



BioLaw Journal

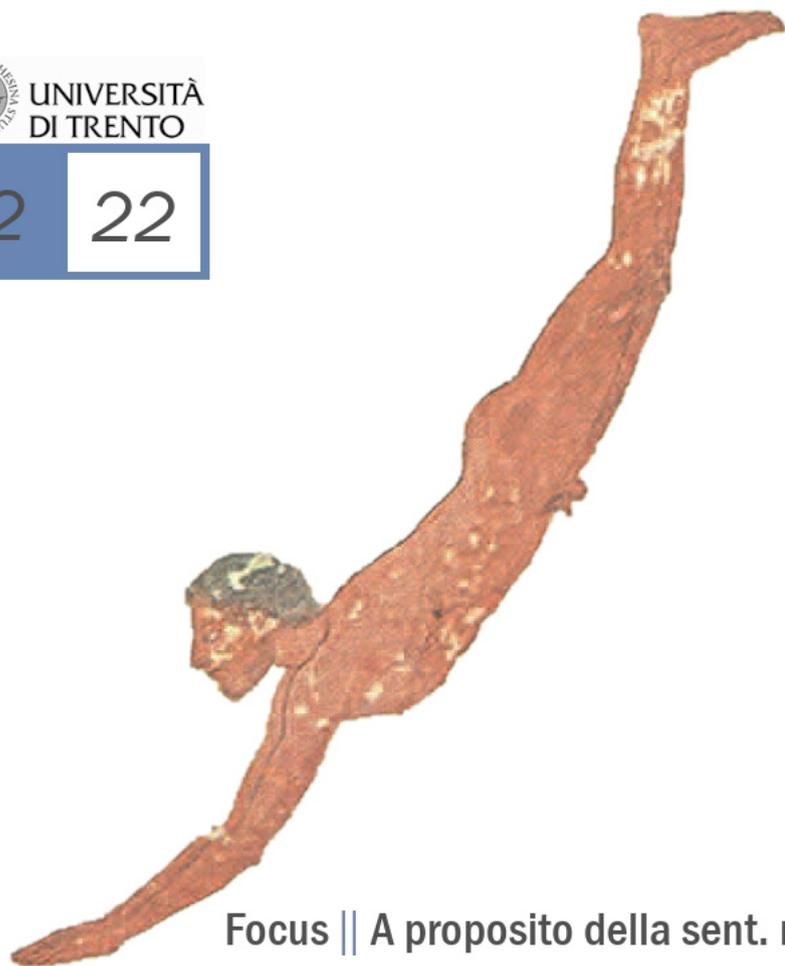
Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

2

22



Focus || A proposito della sent. n. 50/2022

Call for papers || Ambiente, generazioni future e animali

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.

July 2022

ISSN 2284-4503

© Copyright 2021



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. 2/2022

Table of contents

La Costituzione e il dovere di pensare al futuro	1
<i>Antonio D'Aloia</i>	
 FORUM – A PROPOSITO DELLA SENTENZA N. 50 DEL 2022	
Ammissibilità/inammissibilità	7
<i>Benedetta Liberali, Andrea Pugiotto, Ugo Adamo</i>	
Vulnerabilità e autodeterminazione	19
<i>Matilde Botto, Chiara Lalli, Mariassunta Piccinni, Antonio Ruggeri, Vladimiro Zagrebelsky, Nereo Zamperetti</i>	
Volontà popolare e ir/responsabilità istituzionale	45
<i>Maurizio Benato, Lorenzo d'Avack, Donata Lenzi</i>	
Disponibilità/indisponibilità della vita	55
<i>Patrizia Borsellino, Marilisa D'Amico, Luciano Orsi, Laura Palazzani, Lorenza Violini</i>	
 CALL FOR PAPERS – AMBIENTE, GENERAZIONI FUTURE, ANIMALI NELLA COSTITUZIONE. PER UNO STUDIO SULLA RECENTE MODIFICA COSTITUZIONALE DEGLI ARTT. 9 E 41 COST.	
Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell'articolo 9 della Costituzione	73
<i>Ferdinando G. Menga</i>	
Le generazioni future e il loro interesse: oggetti sconosciuti di rilievo costituzionale. Osservazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022	93
<i>Christian D'Orazi</i>	
Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e non-detti di un principio di origine giurisprudenziale	115
<i>Alessandro Lauro</i>	
Tutela degli interessi delle generazioni future nel sistema CEDU: quali prospettive scaturiscono da un nuovo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?	135
<i>Valentina Zambrano</i>	

Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici	157
<i>Francesco Gallarati</i>	
Costituzione, legge e interesse intergenerazionale: tutela dei diritti e (auto)vincoli legislativi	183
<i>Massimiliano Malvicini</i>	
Una teorizzazione di un approccio fondato sui diritti umani alla protezione delle generazioni future nell'ambito del contenzioso ambientale internazionale e nazionale	203
<i>Simona Fanni</i>	
Le tonalità dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione	225
<i>Ilaria Rivera</i>	
L'elefante nella stanza. Considerazioni sparse sui diritti degli animali (e dei robot)	245
<i>Francesca Morganti</i>	
La tutela degli animali nella Costituzione italiana	261
<i>Alessandra Valastro</i>	
ESSAYS – SAGGI	
From the UK Abortion Act 1967 to the present: the woman's decision-making journey	283
<i>Ilaria Bertini</i>	
Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti perversi del divieto di maternità surrogata	299
<i>Alessandra Pisu</i>	
Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?	317
<i>Matteo Caldironi</i>	
La Vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo	329
<i>Kostanza Tomaino</i>	
La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP	353
<i>Andrea Perin</i>	
Riflessioni sulla titolarità del consenso nella donazione di staminali del cordone ombelicale	377
<i>Stefania Flore</i>	

Food Traceability in Europe, the US and China: Comparative Law and Technological Regulation	399
<i>Andrea Stazi, Riccardo Jovine</i>	
 COMMENTARIES – NOTE A SENTENZA	
Danno da nascita indesiderata tra aggettivi qualificativi e mimetismi linguistici. Commento a Cass. civ., III sez., ord. 06.10.2021, n. 27114	427
<i>Elena Ioriatti</i>	
La sentenza C-055 del 2022 della Corte Costituzionale colombiana: la scelta di depenalizzare l'aborto entro la 24 settimana e la sua rilevanza nel riconoscimento dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne	437
<i>Mariangela Barletta</i>	
 PERSPECTIVES – PROSPETTIVE	
Morte medicalmente assistita e sua possibile connessione con la legge 219/2017	449
<i>Francesca Giardina</i>	
La posizione della partoriente come misura del grado di medicalizzazione del parto: ricostruzione storica e prospettive odierne	457
<i>Sibilla Zoraide Maria Cipolla</i>	
 ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW	
Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi	473
<i>Nicoletta Rangone</i>	
L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali	489
<i>Edoardo Chiti, Barbara Marchetti, Nicoletta Rangone</i>	
Regulatory impact of harmonized artificial intelligence regulation proposal to clinical research landscape in the European Union	509
<i>Alma Linkeviciute, Giuseppe Curigliano, Fedro Alessandro Peccatori, Paulius Pakutinskas</i>	

La Costituzione e il dovere di pensare al futuro

Antonio D'Aloia

Sostenibilità, climate change, transizione ecologica, resilienza sono parole ormai centrali nel lessico costituzionale. Viviamo un tempo di shock e di emergenze che si susseguono così rapidamente da assumere un volto di inquietante ordinarietà. «Interesting times», scrive Slavoj Žižek, ma purtroppo ciò che è interessante è molto preoccupante.

Il compito del diritto (e soprattutto del diritto costituzionale) rispetto al futuro diventa più drammatico. La posta in gioco non è semplicemente migliorare la società, renderla più giusta e inclusiva, assicurare il progresso civile e materiale, ma addirittura “salvare il mondo”, impedire o mitigare l’alterazione irreversibile degli equilibri naturali, rendere possibile il futuro, o almeno un futuro che non sia irrimediabilmente degradato.

Insomma, c’è «*Qualcosa di nuovo sotto il sole*», come scrive lo storico americano dell’ambiente John Robert McNeill¹, ribaltando la celebre (e invero enigmatica) formula del Qohelet. E questo “qualcosa” è in realtà un’accelerazione impressionante di processi che comportano un cambiamento ecologico, che può portare a conseguenze catastrofiche, non più reversibili, mettendo in discussione i presupposti basilari del vivere comune. Al “rischio” del disastro si va sostituendo la “paura” di non essere più in grado di invertire la rotta, di aver già raggiunto il cd. *tipping point* (punto di non ritorno). «*E se smettessimo di fingere?*» è il titolo eloquente dell’ultimo pamphlet di Jonathan Franzen².

¹ J.R. MCNEILL, *Qualcosa di nuovo sotto il sole. Storia dell’ambiente nel XX secolo*, Torino, 2004.

Negli ultimi 25/30 anni, le Costituzioni (e le leggi), in molti Paesi e aree giuridico-culturali del mondo, hanno cominciato a “riflettere” questa nuova consapevolezza, attraverso l’inserimento di clausole e principi dedicati a rafforzare la protezione dell’ambiente e dei contesti naturali, a promuovere politiche orientate alla sostenibilità, a farsi carico degli interessi delle generazioni future.

Una sessantina di Costituzioni contengono riferimenti, diretti o indiretti, al tema della sostenibilità, e alla sua proiezione intergenerazionale. Dal Rapporto Brundtland del 1987, che appunto sanciva l’impegno globale «*to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generation to meet their own needs*», ha preso avvio una gigantesca operazione culturale e normativa, che a livello internazionale ha trovato la sua espressione forse più completa nei 17 goals e nei 169 targets dell’Agenda 2030.

Il linguaggio costituzionale si è adeguato, ha dovuto prendere atto di questa nuova contestualità, di ciò che ne discende in termini di consapevolezza e di responsabilità morale. Non bastano evidentemente le vecchie parole, pur suscettibili di profonde ed espansive operazioni interpretative.

È apparso necessario marcare anche formalmente questa svolta così importante nella (ri)definizione della “mission” costituzionale; usare parole nuove, capaci di esprimere più immediatamente la centralità della questione ecologica, questa nuova prospettiva del costituzionalismo di fronte a quella che è stata chiamata “la tragedia dell’orizzonte”.

² J. FRANZEN, *E se smettessimo di fingere? Ammettiamo che non possiamo più fermare la catastrofe climatica*, Torino, 2020.

In questo scenario, che ormai si fa fatica a definire inedito o solo di prospettiva, si inserisce, venendo a noi, la riforma costituzionale che ha interessato gli artt. 9 e 41 Cost.

La legge cost. 1/2022, votata a larghissima maggioranza, ha introdotto formalmente nell'art. 9 Cost., dedicato alla tutela del patrimonio storico, artistico e culturale del Paese, il principio della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche *nell'interesse delle future generazioni*. Inoltre, viene affidata alla legge l'individuazione e la disciplina di modi e forme per la tutela degli animali. Quanto all'art. 41 poi, l'ambiente, la salute, i fini ambientali, diventano rispettivamente limiti dell'iniziativa economica privata (insieme alla dignità umana, alla libertà e alla sicurezza), ovvero elementi finalistici dell'attività di programmazione, indirizzo e coordinamento dell'attività economica.

Proprio la comparsa di questi due nuovi "attori" della scena giuridica (le generazioni future e gli animali) costituisce la novità più grande e visibile di questo intervento di riforma. L'ambiente, nelle sue diverse declinazioni, è da tempo un valore fondamentale con un chiaro, per quanto "implicito" (invero, il lemma "ambiente" è stato inserito per la prima volta in Costituzione con la riforma regionalista del 2001) radicamento costituzionale.

La tutela dell'ambiente c'è sempre stata nella nostra Costituzione, appunto come sintesi rielaborativa delle implicazioni legate agli artt. 9 e 32 Cost. È nota l'evoluzione interpretativa che ha avuto il secondo comma dell'art. 9, appunto la norma sul paesaggio.

Inizialmente ritenuta quasi superflua, o fuori contesto, assorbita nel riferimento alle leggi di tutela delle bellezze naturali (penso alle tesi di

Bianchi D'Espinosa, o di Spagna Musso), trova nella ricerca di Alberto Predieri una lettura dinamica, integrale³.

Il paesaggio viene rappresentato come forma del territorio nazionale – «forma dell'intero Paese» –, così come plasmata e risultante dall'interazione tra uomo e ambiente, dalle dinamiche delle forze naturali e dalle forze dell'uomo.

Nell'analisi di Predieri, la locuzione "paesaggio" non può esaurirsi né in quella di bellezze naturali né in quella di natura o di paesaggio naturale.

Il paesaggio è al tempo stesso «un fatto fisico oggettivo, e un farsi, un processo creativo continuo», su cui incide la mano dell'uomo, «l'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata»⁴.

Gradualmente, questa visione così acuta e penetrante, in cui l'art. 9 che è già un principio fondamentale viene agganciato al secondo comma dell'art. 3, che forse è il super principio della nostra Costituzione, è entrata progressivamente nel linguaggio della giurisprudenza costituzionale e amministrativa. In alcune decisioni degli anni '80 viene sottolineato il legame del Paesaggio con «scelte di civiltà di più ampio respiro»; e, in altra prospettiva, la necessità di tener conto dinamicamente delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del Paese e di quelle legate alla protezione dell'ambiente, pur nella maggiore complessità e ricchezza di significati della dimensione giuridica del paesaggio, che oltre alla componente ecologica e naturalistica, rivela una altrettanto forte componente identitaria, culturale, di testimonianza di civiltà.

D'altro canto, il concetto di Paesaggio ha sempre mostrato altresì una proiezione intertemporale. Nel Commento all'art. 9 del 1975 Fabio Merusi

³ A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del Paesaggio*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969.

⁴ *Ivi*, 383-384.

parla dell'art. 9 come «progetto per il futuro», piuttosto che semplice legittimazione del presente⁵. Anni dopo, Peter Häberle svilupperà questa riflessione proprio con riferimento al nostro art. 9, considerato come emblema di quelle «clausole di eternità» che quasi si pongono come una Costituzione nella Costituzione⁶.

Paesaggio e Patrimonio storico-artistico condividono proprio il senso del patrimonio, cioè la «trasmissione», e preliminarmente, la conservazione e la tutela proprio in vista della consegna alle generazioni successive. Come scrisse Thomas Jefferson in una Lettera a Madison del 1789, «*the Earth belongs in usufruct to the living*»: un usufrutto a cui hanno diritto però anche le generazioni a venire, per cui, se ciascuna generazione, di volta in volta attuale, abusasse di questa possibilità di occupare le terre, ovvero obbligasse le persone che gli succedono a pagare i debiti che egli ha contratto, allora «la Terra apparterebbe ai morti»⁷.

L'usufrutto richiede un atteggiamento custodiale; nel linguaggio moderno diremmo che l'usufrutto implica la responsabilità di usare le risorse attuali in modo ragionevole, sostenibile, capace di assicurare la loro trasmissione alle generazioni future in condizioni equivalenti o non palesemente compromesse.

Secondo un famoso detto indiano, «non abbiamo ricevuto la Terra in eredità dai nostri Padri, ma in prestito dai nostri nipoti»⁸.

Un implicito richiamo alla ragionevolezza, che conferma il carattere «future-oriented» di molti principi costituzionali. Come ho sostenuto in un'altra occasione, la ragionevolezza «è relazione con gli altri, con i loro

diritti/aspettative/interessi; è consapevolezza delle implicazioni (anche per gli altri) di ciò che si fa o si rivendica»⁹. Rovesciando la prospettiva, è l'uso smodato (e perciò irragionevole) delle risorse e dei beni da parte delle generazioni (di volta in volta) presenti a mettere in discussione il mantenimento nel tempo (e per le generazioni future) di condizioni equivalenti nella disponibilità di risorse essenziali e nella qualità della vita. Nel concetto di ragionevolezza è insita l'idea del limite (e dell'autolimito): l'idea che nella valutazione di quello che posso fare oggi deve avere un ruolo anche l'analisi degli effetti che scelte, comportamenti, decisioni possono determinare per il futuro, quando questi effetti hanno un impatto potenzialmente irreversibile e tale da compromettere la conservazione e la trasmissione alle generazioni future di beni, risorse, condizioni di vita che noi stessi riteniamo essenziali.

Insomma, la protezione dell'ambiente, lo stesso interesse intergenerazionale, sono in qualche modo già dentro l'art. 9.

Tuttavia, non bisogna pensare che la riforma sia un risultato inutile o ripetitivo. L'art. 9 è uno dei «luoghi» più rappresentativi dell'identità costituzionale, e dunque questa nuova collocazione del valore ambientale non può che riflettersi in senso positivo sulla sua rilevanza. A loro volta, nozioni come «biodiversità» ed «ecosistemi» apportano un indubbio arricchimento al discorso ecologico, alla luce soprattutto delle sfide poste dalla crisi climatica, e della consapevolezza delle connessioni sempre più marcate tra ambiente e salute.

⁵ F. MERUSI, Art. 9, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975.

⁶ P. HÄBERLE, *Stato costituzionale. Sviluppo storico*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2000.

⁷ T. JEFFERSON, *The Writings of Thomas Jefferson*, A.E. BERGH (a cura di), VII, Washington D.C., 1907, 456 ss.

⁸ L. WESTRA, *Environmental Justice and the rights of unborn and future generations*, London, 2006, 143.

⁹ R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, cit., XXVI.

Non è piaciuta a tutti questa riforma, a dispetto della larghissima condivisione parlamentare. Qualche autore si è anche spinto a sostenere che l'intervento modificativo su un articolo contenuto nella Primiissima Parte della Costituzione sarebbe di per sé un fatto negativo, perché aprirebbe una porta che deve invece rimanere chiusa, quella della revisione dei principi fondamentali¹⁰.

Così posta, la questione mi sembra francamente eccessiva. L'intoccabilità dei principi fondamentali non significa impossibilità di qualunque modifica testuale alle norme contenute nella Prima Parte della Costituzione, o nei primi dodici articoli.

I livelli della tutela costituzionale possono certamente essere rafforzati e migliorati; e in ogni caso, la linea invalicabile della rigidità è rappresentata dal nucleo essenziale dei diritti e dei principi fondamentali. Non ogni modifica è vietata, ma solo quelle che abbassano in modo significativo il nucleo vitale dell'interesse costituzionalmente protetto. E questa ipotesi non mi sembra nemmeno lontanamente prefigurabile per la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.

Non penso che la tutela del paesaggio debba temere per forza di cose il bilanciamento con gli interessi legati all'equilibrio ecologico. A parte il fatto che questo tipo di bilanciamento c'è da tempo, e a prescindere dalla riforma del 2022, il punto è che non possiamo continuare a non vedere la drammatica complessità e novità delle sfide sociali, economiche, giuridiche, antropologiche, che la crisi climatica ci pone davanti.

Come dice Margaret Atwood, «climate change is everything»: non è un problema settoriale, né un fenomeno temporaneo, ma qualcosa che

cambierà radicalmente moltissimi aspetti della nostra esperienza individuale e collettiva.

Questo significa che non ha molto senso ragionare di paesaggio e ambiente come se fossero parti staccate, come se la posta in gioco non fosse quella estrema e irrimediabile del "broken world" di cui parla Tim Mulgan¹¹.

«Perché dovrebbe importarmene delle generazioni future? Cosa hanno fatto loro per me?». È una battuta di Marx (non Karl, ma Groucho, l'attore comico). Effettivamente non hanno fatto nulla, ma nemmeno potrebbero farlo. Noi invece sì, possiamo fare tanto per le generazioni future, nel bene e nel male. E proprio questo è il punto di svolta che ha portato l'etica e il diritto ad occuparsi delle generazioni che verranno, a prendere sul serio l'idea che abbiamo una responsabilità morale e giuridica verso di loro, un dovere di considerazione che nasce dalla presa d'atto della enorme potenza distruttiva delle nostre azioni (e delle nostre omissioni, se guardiamo allo stallo che caratterizza le *climate policies*).

La questione del clima è il simbolo di questa nuova "narrazione" etica e giuridica, insieme ad altri elementi come la biodiversità, i progressi talvolta inquietanti delle tecnologie genetiche, alcune implicazioni legate all'evoluzione dei sistemi di intelligenza artificiale, i disastri sociali ed economici di un mondo troppo diseguale, come ci ha ammonito Papa Francesco nella sua splendida Enciclica *Laudato Si'*.

Lo sguardo che le Costituzioni normalmente rivolgono al futuro, con l'ambizione di durare nel tempo, di cambiare la società, renderla migliore e più giusta, assume oggi un tratto diverso. Il futuro è incerto, a rischio, e quindi va preservato, reso possibile in condizioni non troppo deteriori

¹⁰ G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi*, 16, 2021, 1 ss.

¹¹ T. MULGAN, *Future People*, Oxford, 2006.

rispetto a quelle attuali. L'ambiente, le risorse naturali, la biodiversità, vanno protetti non solo in funzione di specifiche e attuali esigenze sociali, ma in quanto beni fondamentali per garantire l'equilibrio dei contesti e delle condizioni per la sopravvivenza del genere umano.

Anche se il riferimento alle generazioni future non è – come ho provato a dire prima – una totale novità nel panorama giuridico e istituzionale italiano (lo troviamo già in alcune leggi e in alcune sentenze della Corte Costituzionale), quando una parola entra stabilmente nel linguaggio costituzionale, pur apparentemente senza imporre obblighi immediatamente azionabili, poi prende la sua strada che può essere anche diversa da quella immaginata dai suoi estensori, e talvolta riesce a produrre conseguenze e cambiamenti molto importanti.

Il nuovo art. 9 è chiaramente una norma a struttura “programmatica”¹². Ma questo non ne riduce la rilevanza giuridica.

Quante norme originariamente programmatiche della nostra Costituzione hanno finito con l'assumere progressivamente un impatto significativo sulla vita delle persone e sulle dinamiche sociali, diventando risorse argomentative a disposizione dei giudici e della Corte costituzionale, o elementi di legittimazione del lavoro legislativo.

In Germania, una norma costituzionale introdotta nel 1994 sulla protezione da parte dello Stato dei fondamenti naturali della vita e degli animali (e sulla responsabilità nei confronti delle generazioni future) è stata utilizzata l'anno scorso dal BVerfG per censurare l'insufficienza delle politiche del Governo tedesco in tema di *climate change*¹³. Una sentenza rivoluzionaria, che

dimostra proprio come, una volta inserite in Costituzione, certe parole possono acquistare nel tempo forza, e capacità di modificare e di condizionare “obbligatoriamente” il comportamento delle istituzioni.

Non è una prospettiva semplice. Anzi, è un percorso lungo e accidentato. Rimanendo sul piano giurisprudenziale, è sufficiente confrontare alla rigorosa sentenza del Tribunale costituzionale tedesco la recentissima decisione (del 30/6/2022) con cui una Corte Suprema Americana ormai profondamente divisa sulle grandi questioni etiche e politiche ha bocciato il *Clean Power Plan* dell'Amministrazione Obama, ritenuto eccessivo nella configurazione dei poteri di intervento dell'*Environmental Protection Agency* rispetto alle previsioni del *Clean Air Act*. Nel dissent di Justice Elena Kagan si coglie quasi un senso di incredulità rispetto alla posizione della maggioranza: mentre «*the text, context, history and purpose of the Clean Air Act, as well as common sense and scientific imperative of dealing with climate change, supported the EPA's position, the Court appoints itself – instead of Congress or the expert agency – the decisionmaker on climate policy. I cannot think of many things more frightening*»¹⁴.

L'istanza intergenerazionale pone una sfida radicale alle forme reali della politica e della democrazia, che appaiono invece schiacciate sugli interessi del presente, sulle preferenze di chi vota oggi, sul tempo corto dei sondaggi.

In questo scenario, gli interessi e le aspettative delle generazioni future rischiano di scomparire, di essere troppo deboli. Chi non c'è ancora non esiste al tavolo della negoziazione politica. Può

¹² E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo*, 1, 2022, 3

¹³ BVerfG, Order of the First Senate of 24 March 2021 - 1 BvR 2656/18 -, paras. 1-270,

http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html.

¹⁴ *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, No. 20–1530. Argued February 28, 2022—Decided June 30, 2022, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf.

solo sperare che qualcuno decida di rappresentarlo e di farsi carico delle sue esigenze. La democrazia sconta un pesante divario generazionale (evidente anche solo nel contrasto tra i giovani che nelle piazze di tutto il mondo hanno manifestato per una svolta seria nelle politiche sul clima e i “rappresentanti” dei Paesi dalle cui decisioni alla fine dipende la speranza di fermare o mitigare questa emergenza), e questo è un problema per la stessa democrazia, e non solo per chi non trova spazio nelle sue procedure.

Il fatto che queste esigenze abbiano ora un posto formale nel disegno costituzionale, segna un cambio di passo, una consapevolezza nuova, che opera come un fattore di rafforzamento delle politiche e delle misure (che vengono o possono essere) adottate sul piano legislativo e amministrativo, mettendole al di sopra dell'indirizzo politico della maggioranza di turno. Inoltre, si conferisce ai giudici un parametro di sindacato e di contestazione delle scelte e delle omissioni legislative e amministrative.

Dobbiamo sapere però che non è solo una questione politica o giuridica.

Un futuro veramente sostenibile, il rispetto per gli interessi delle generazioni future, richiede a tutti noi comportamenti responsabili, coerenti, la convinzione che questo valore deve diventare parte di un grande scopo morale comune, di cui dobbiamo sentirci protagonisti e non solo spettatori. Solo così questa riforma sarà davvero il punto di inizio di una nuova e promettente storia costituzionale. Il nuovo art. 41 del resto è un richiamo al mondo economico e imprenditoriale a fare la propria parte in questo nuovo contesto.

In fondo, questa è anche la prospettiva più autentica e profonda che viene riproposta dall'art. 2 della nostra Carta Fondamentale.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 3.

La prospettiva della solidarietà, come motivazione della responsabilità (e del dovere di considerazione e di rispetto) verso chi non esiste ancora. L'art. 2 integra in una dimensione unitaria diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. La solidarietà, che è consapevolezza e responsabilità verso il destino di ognuno, è la chiave di sintesi e di (ri)composizione tra diritti e doveri: come ha scritto Stefano Rodotà, la solidarietà, «pur immersa nel presente, non è immemore del passato e impone di contemplare il futuro»¹⁵.

Nella logica della solidarietà, i diritti incorporano il tema della responsabilità verso gli altri, il farsi carico della conservazione e della continuità per gli altri e nel tempo (e quindi anche per gli “altri nel futuro”) delle condizioni sostanziali che ne costituiscono il presupposto, la necessità di rivendicarli e di usare le risorse che sono l'oggetto di questi diritti in modo sostenibile, ragionevole, non eccessivo, “custodiale”, sul presupposto che «la disponibilità dei beni del pianeta» non è infinita, e che perciò è inaccettabile «spremerlo fino al limite e oltre il limite»¹⁶.

In questo nuovo scenario, parlare di diritti (o interessi) delle generazioni future, ovvero di doveri delle generazioni presenti nei loro confronti, non è semplicemente un arricchimento quantitativo del variegato mondo degli *human rights* o delle situazioni legate al soggetto, ma un modo di ripensare aspetti fondamentali della teoria dei diritti e del costituzionalismo in generale.

¹⁶ PAPA FRANCESCO, *Laudato si, Sulla cura della casa comune*, Bologna, 85.

A proposito della sentenza n. 50 del 2022

Con la sentenza n. 50 del 2022 la Corte costituzionale si è pronunciata sull'inammissibilità del referendum sull'art. 580 del codice penale. La rilevanza dell'argomento affrontato e la particolare attualità del dibattito sulle scelte di fine vita rappresentano l'occasione per un approfondimento su alcune questioni affrontate nella decisione. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto ha proposto ad alcuni esperti una riflessione su quattro binomi intorno ai quali ruota l'argomentazione della Corte (ammissibilità e inammissibilità; vulnerabilità e autodeterminazione; volontà popolare e ir/responsabilità istituzionale; disponibilità e indisponibilità della vita).

Ammissibilità/inammissibilità

Benedetta Liberali

Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

Mail: benedetta.liberali@unimi.it

Riflettere sulle ragioni che hanno condotto la Corte costituzionale a pronunciarsi nel senso dell'inammissibilità (definita *prevedibile, prevista, ma non scontata*¹) del quesito referendario relativo all'art. 579 cp. induce a soffermarsi su tre specifici passaggi argomentativi in cui si snoda la sent. n. 50 del 2022.

Preliminarmente, la Corte costituzionale ricorda l'obiettivo del giudizio di ammissibilità del

referendum (ossia verificare se il venir meno della disciplina non comporti di per sé un *pregiudizio totale* rispetto all'applicazione di un precepto costituzionale) e le modalità con cui esso deve essere condotto (che non devono trasformarlo in un giudizio di legittimità costituzionale anticipato sulla normativa di risulta)².

In secondo luogo, la Corte rileva lo scostamento fra la finalità oggettiva del quesito (ossia la liberalizzazione senza alcun limite dell'omicidio del consenziente, tranne laddove evidentemente il consenso non possa essere ritenuto sussistente) e il proposito del comitato promotore (teso a rendere lecita la condotta dei terzi che pongano in essere la condotta nei confronti di soggetti che si trovano in specifiche condizioni di salute).

Da ultimo, la Corte conclude per la qualificazione dell'art. 579 cp. quale normativa, allo stato, costituzionalmente necessaria, ma non per questo a contenuto costituzionalmente vincolato.

Ecco che in questo ultimo passaggio – in cui viene ricostruita, in modo pur sintetico, la classificazione delle discipline sottratte al “rischio abrogativo” – emergono alcuni spunti di interesse, che consentono di soffermarsi con osservazioni di più ampio respiro non solo sulla valutazione che in sede di giudizio di ammissibilità del referendum è demandata alla Corte, ma anche – e forse soprattutto – sul rapporto fra questa e il legislatore, nella specifica materia della fine della vita.

1. La Corte non condivide la tesi dei promotori circa la possibilità di interpretare la normativa di risulta alla luce del quadro ordinamentale in cui si inserisce, in particolare tenendo conto della legge n. 219 del 2017 in riferimento alla

RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale*, in *Dirittifondamentali*, I, 2022, 479, che prefigura la possibilità di un controllo di ammissibilità che si apra al merito dei quesiti.

¹ S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato?*, in *Diritticomparati*, 17 marzo 2022.

² Si vedano M. D'AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale: alcune riflessioni sul referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, I, spec. IV, 2022, 11, e A.

costruzione del consenso e della sent. n. 242 del 2019 della stessa Corte con riguardo alla fattispecie dell'aiuto al suicidio³.

2. La Corte, in ogni caso e in modo particolarmente significativo, non si sottrae dal qualificare esplicitamente l'iniziativa referendaria quale *reazione* all'inerzia del legislatore in materia, che si è protratta nonostante i *ripetuti moniti* a esso indirizzati con l'ord. n. 207 del 2018 e la sent. n. 242 del 2019, con ciò rendendo quanto mai chiaro il suo fermo disappunto e non potendo però che ritenere irrilevanti i propositi dei promotori che pure avrebbero voluto *fungere da volano* per un'iniziativa legislativa tesa a colmare il vuoto normativo determinato dall'esito abrogativo della consultazione referendaria⁴.

3. La Corte, laddove qualifica l'art. 579 cp. quale *normativa costituzionalmente necessaria*, ma non a contenuto costituzionalmente vincolato, ulteriormente tiene a ricordare – se ve ne fosse bisogno – che proprio in quanto tale essa può ben essere modificata o sostituita nel suo impianto dal legislatore, non costituendo per definizione l'unica soluzione costituzionalmente compatibile; un bilanciamento fra la tutela della vita umana e la garanzia della libertà di autodeterminazione è, infatti, possibile, ma non attraverso la pura e semplice abrogazione.

4. Qui risiede il passaggio forse più rilevante della decisione di inammissibilità: sia perché esso ci riconsegna, in fondo, il motivo ultimo che impedisce alla Corte di decidere nel senso

dell'ammissibilità, sia perché con esso si arricchisce di un ulteriore importante e niente affatto secondario tassello il quadro del complessivo e complesso rapporto con il legislatore.

La sent. n. 50, infatti, sottolinea la portata ampia e generale della liberalizzazione della condotta omicidiaria (con il valido consenso della persona uccisa), che sarebbe introdotta per via referendaria, *senza alcun riferimento limitativo*.

In tale prospettiva vengono dettati quattro specifici profili la cui mancanza (nella normativa di risulta) rende inammissibile il quesito e la cui indicazione da parte della Corte (al contrario e in positivo) sembra costituire l'ennesimo tentativo di dialogo con (o un vero e proprio suggerimento verso) il legislatore.

Non potendo peraltro la Corte, con ogni evidenza, fare ricorso alla tecnica inaugurata con l'ord. n. 207 del 2018 (ossia al differimento della trattazione delle questioni sottese al quesito referendario), essa indica – in ben due passaggi della motivazione – gli elementi che sembrano necessari per assicurare la tutela minima del bene della vita, in relazione alla condotta omicidiaria del consenziente: a) la selezione dei motivi per i quali il consenso viene prestato; b) la definizione delle forme di espressione dello stesso; c) la qualità del soggetto agente (e anche le ragioni che lo muovono); e d) le modalità con cui viene provocata la morte.

Proprio questo arricchimento di merito delle motivazioni che sorreggono la decisione di inammissibilità sembra costituire un ulteriore sollecito o aiuto al legislatore, cui viene precisamente

³ Si veda U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in *Oss. AIC*, I, 2022, 248 s., che aveva suggerito l'ipotesi di una decisione *interpretativa di ammissibilità*.

⁴ Sulla possibilità di una decisione della Corte nel senso dell'ammissibilità con monito al legislatore sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Un'occasione "storica" per la Corte costituzionale (fra giudizio di ammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente e iniziativa legislativa sul suicidio assistito)?*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, I, spec. IV, 2022, 27.

suggerito il percorso che andrebbe seguito nella definizione della futura e auspicabile disciplina. Sullo sfondo resta la considerazione per la quale la Corte costituzionale in occasione sia della sent. n. 242 del 2019, sia della sent. n. 50 del 2022 si è potuta occupare esclusivamente della condotta dei terzi (nel primo caso quella dell'aiuto al suicidio, nel secondo quella omicidiaria), pur con le note differenze che caratterizzano il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale e il giudizio di ammissibilità del referendum.

La centralità del soggetto che chiede di essere aiutato a suicidarsi o di essere ucciso certamente emerge in entrambe le occasioni, ma con esiti diversi proprio considerando il tipo di giudizio costituzionale prescelto. Nella sent. n. 242 la posizione del soggetto che viene aiutato al suicidio contribuisce in modo decisivo a definire lo stesso perimetro di liceità della condotta del terzo, dandosi preminente rilievo alla dignità intesa in senso soggettivo, senza però che questo conduca al riconoscimento di un vero e proprio diritto all'aiuto al suicidio (non essendo questo l'oggetto delle questioni di legittimità costituzionale sollevate). Nella sent. n. 50, invece, la posizione del richiedente la morte impedisce di eliminare seccamente la *tutela minima* predisposta dall'art. 579 cp., proprio perché secondo la Corte non sarebbe possibile differenziare la valutazione a seconda della tipologia di condizioni fisiche o psichiche in cui si trova lo stesso.

Qui risiede in fondo il punto nevralgico del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (ma anche fra quest'ultimo e corpo elettorale) che segna la stessa scelta fra ammissibilità e inammissibilità del quesito referendario, che ha costituito l'oggetto specifico dei *ripetuti moniti* della prima nei confronti del secondo e che consentirà di valutare le possibili ulteriori tappe di questo

percorso: la necessità di una specifica regolamentazione funzionale a garantire effettività di accesso alla prestazione richiesta suicidaria o omicidiaria. In relazione a entrambe le fattispecie la Corte ha individuato gli specifici requisiti e i profili che devono essere presi in considerazione da parte del legislatore nell'esercizio della sua pur riconosciuta discrezionalità in materia.

Come è altrettanto noto, però, il legislatore, se non ha colto l'occasione per introdurre una disciplina organica a seguito dell'ord. n. 207 del 2018, negli ultimi mesi ha accelerato il percorso di approvazione del disegno di legge sulla morte anticipata medicalmente assistita, da un lato non aderendo in modo eccentrico ad alcune indicazioni contenute nella sent. n. 242, dall'altro lato limitandosi a regolare la fattispecie dell'aiuto al suicidio e non anche quella dell'omicidio del consenziente⁵.

Considerando i passaggi della motivazione in cui si valorizzano le argomentazioni del comitato promotore, si riconosce che il quesito non poteva essere diversamente costruito e, in definitiva, emerge un implicito giudizio circa il perimetro di disponibilità della propria vita, come avvenuto nella sent. n. 242, la decisione di inammissibilità del quesito referendario sembra prevalentemente orientata, ancora una volta, verso il legislatore: una decisione di inammissibilità che si potrebbe definire "vestita", dunque, con monito particolarmente rafforzato.

⁵ In senso critico si vedano G. F. PIZZETTI, *L' "aiuto medico alla morte volontaria" in Italia fra via*

referendaria e via parlamentare, in *Federalismi*, IV, 2022, 763 ss., e volendo ancora B. LIBERALI, cit.

Andrea Pugiotta

Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

Mail: pua@unife.it

1. «Ammissibile», per la lingua italiana, è ciò che si può accettare, concedere, ammettere. Il suo uso presuppone una valutazione condotta alla luce di una regola pregressa. Ne deriva un corollario: l'oggetto valutato potrà essere (o meno) ammissibile, ma prima ancora dovrà esserlo il parametro di giudizio adoperato da chi è chiamato a deciderne l'ammissibilità.

L'ammissibilità, dunque, esprime una condizione *double face*, valida per il "giudicato" non meno che per il "giudicante". Se si deve rileggere la sent. n. 50/2022 che ha respinto il referendum in tema di omicidio del consenziente, andrà fatto da entrambe le prospettive.

2. Guardiamo, innanzitutto, al "giudicato". Il referendum mirante all'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., è stato dichiarato inammissibile «per la natura costituzionalmente necessaria della normativa oggetto del quesito» (§6, *cons. dir.*). La formula giuridica è la sintesi finale di molteplici ragioni, squadernate in motivazione. Il quesito, infatti, è stato bocciato innanzitutto perché nella sua oggettività – andando ben oltre l'*intentio* dichiarata dei promotori – avrebbe introdotto una «liberalizzazione» dell'uccisione per mano altrui, previo consenso della vittima, anche fuori da qualsiasi contesto eutanasi. Perché l'abrogazione – sia pure parziale – della normativa in oggetto avrebbe, inoltre, minato la tutela minima costituzionalmente necessaria al bene della vita, «in generale e con particolare riferimento ai soggetti più deboli e vulnerabili» (così il comunicato stampa ufficiale che ha preannunciato la sentenza). Perché, infine, il valore della vita investito dal quesito abrogativo «si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti

fondamentali della persona» e non può essere sacrificato in nome di un'incondizionata «libertà di autodeterminazione individuale».

Tra i motivi di inammissibilità non compare una censura alla tecnica del ritaglio adoperata per confezionare la richiesta referendaria: la Consulta, anzi, riconosce nell'intervento chirurgico sull'art. 579 c.p. l'effetto tipico dell'abrogazione parziale della disposizione sull'omicidio del consenziente. E tuttavia, proprio la saldatura tra l'*incipit* del 1° comma e la parte residua del 3° comma dell'art. 579 c.p. avrebbe generato una normativa di risulta che presentava «un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione».

3. Viene così demolita, da cima a fondo, la strategia referendaria che mirava a rovesciare il principio di indisponibilità della vita (di cui l'art. 579 rappresenta, con l'art. 580, il presidio penale) nell'opposto principio della sua disponibilità, al fine di rendere consentibile il *se*, il *come* e il *quando* porre termine alla *propria* esistenza. La richiesta referendaria poneva un dilemma: vivere è un dovere o un diritto? La sua struttura binaria non rispondeva solo alla necessità di assicurare agli elettori una scelta all'interno di un'alternativa chiara e netta, come esige la giurisprudenza referendaria: ne esprimeva, prima ancora, la *ratio* politica di fondo.

Per come era formulato, il quesito confermava la punizione a titolo di omicidio volontario di chi provoca la morte altrui in assenza di un consenso validamente espresso. E poiché, quanto al suo accertamento, il diritto vivente giurisprudenziale sedimentatosi sull'art. 579 c.p. è rigorosissimo, per esprimerlo validamente (e con effetto penalmente scriminante) sarebbe stato necessario veicolarlo nelle forme della legge sul consenso informato (che la stessa Consulta richiama nella sua sent. n. 242/2019 sul "caso Cappato"):

l'espressione «con il consenso di lui», sopravvissuta nell'art. 579 c.p. perché non interessata dal ritaglio referendario, avrebbe prestato il gancio normativo a tale interpretazione sistematica. Questo per l'immediato dopo-referendum. La vittoria del sì nelle urne, poi, avrebbe prevedibilmente trainato il Parlamento – finora spettatore – a normare le scelte di fine vita, introducendo procedure adeguate nella direzione tracciata dall'esito referendario e dalla giurisprudenza costituzionale relativa al contiguo reato di aiuto al suicidio (rimasta ad oggi priva di seguito legislativo).

Tutto ciò secondo le intenzioni dei promotori. Intenzioni che la Corte costituzionale giudica prive di fondamento, perché «nulla autorizzerebbe a ritenere che l'esenzione da responsabilità resti subordinata al rispetto della "procedura medicalizzata" prefigurata dalla legge n. 219 del 2017». Una strategia referendaria, peraltro, condotta all'insegna di uno *slogan* – «Referendum per l'eutanasia legale. Liberi fino alla fine» – che il Presidente della Consulta, nella sua conferenza stampa del 16 febbraio scorso, ha finanche censurato perché ingannevole rispetto alla finalità obiettivamente incorporata nel quesito.

4. Guardiamo ora al "giudicante". Dal 1970 ad oggi, i referendum sottoposti alla cognizione della Corte costituzionale si contano in 163: 83 dichiarati ammissibili, 80 inammissibili. Colpa dell'incapacità dei promotori a confezionare quesiti costituzionalmente corretti, verrebbe da pensare (e da dire, come ha fatto il Presidente Amato in questa occasione). Ma non è così. I limiti tracciati dall'art. 75, 2° comma, Cost. sono pochi e alla Consulta spetterebbe giudicare delle richieste referendarie solo alla luce di questi (come prescrive l'art. 2, legge cost. n. 1 del 1953).

¹ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, 381-391.

Sono limiti inequivoci, perché escludono non generiche *materie* ma specifiche *leggi*: tributarie, di bilancio, di amnistia e indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. E sono limiti di stretta interpretazione, come sempre quando è in gioco l'esercizio di un diritto (di voto, in questo caso).

Detto altrimenti, secondo il disegno costituzionale il referendum è la regola, la sua inammissibilità l'eccezione. Come si spiega, allora, un'ecatombe pari al 50% dei quesiti vagliati a Corte in tutti questi anni?

La risposta è risaputa. A partire dalla sent. n. 16/1978, la Consulta ha forgiato per via pretoria «una serie di cause inespresse, ricavabili dall'intero ordinamento costituzionale del referendum abrogativo» che rendono «indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa». Le leggi sottratte ad abrogazione popolare si sono così moltiplicate esponenzialmente, in ragione di criteri inediti, variamente interpretabili, sempre più sofisticati e numerosi. Farne l'inventario è impresa ardua: un accreditato manuale, per censirli tutti, impegna una decina di pagine¹.

Inevitabili le aporie e le contraddizioni interne a una simile giurisprudenza. Riempitosi nel tempo, è come un serbatoio colmo fino all'orlo di precedenti cui attingere a sostegno – indifferentemente – dell'ammissibilità e dell'inammissibilità di uno stesso quesito. Qui, tesi e antitesi non portano ad alcuna dialettica della composizione; semmai si elidono reciprocamente, rendendo imprevedibile la decisione del giudice referendario.

5. Anche all'interno di una giurisprudenza così creativa esiste comunque un limite invalicabile,

imposto dalle fonti pertinenti e riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale (cfr. sentt. nn. 10/1972; 251/1975; 16/1978; 24 e 26/1981; 26/1987; 63/1990; 25/2004; 45, 46, 47 e 48/2005; 15 e 16/2008; 26/2011; 17/2016; 27/2017; 10/2020): il divieto di fare del giudizio di ammissibilità del referendum l'occasione per un sindacato di costituzionalità preventivo sui suoi ipotetici esiti normativi.

È un confine tracciato anche nella sent. n. 50/2022: «Il giudizio di ammissibilità che questa Corte è chiamata a svolgere si atteggia, per costante giurisprudenza, con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge [...]. Non sono pertanto in discussione, in questa sede, profili di illegittimità costituzionale, sia della legge oggetto di referendum, sia della normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria» (§3, *cons. dir.*).

Eppure, è proprio quanto accaduto². Il criterio del livello minimo di tutela legislativa implica una previa valutazione di costituzionalità della normativa di risulta e, prima ancora, della stessa legge sottoposta a referendum (che, se illegittima, non può certo considerarsi costituzionalmente necessaria). L'originaria distinzione tra leggi a contenuto costituzionalmente vincolato (inabrogabili) e costituzionalmente necessarie (abrogabili) riposava esattamente sulla differenza strutturale e funzionale tra giudizio di ammissibilità e di legittimità: azzerando la prima (come fa la sent. n. 50/2022), si nega pure la seconda. Escludere un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di risulta, di

cui anzi si afferma espressamente l'illegittimità, significa anticiparne un sindacato di (non) conformità a Costituzione. Bocciare un quesito per il *vulnus* che provocherebbe al valore della vita equivale ad esercitare un giudizio astratto di legittimità sul suo esito normativo. Valutare la ragionevolezza del bilanciamento legislativo tra diritti (alla vita e all'autodeterminazione) è compito della Consulta, ma solo *ex post* in sede di giudizio incidentale, non *ex ante* in sede di cognizione dell'ammissibilità del referendum.

6. L'affilatissima polemica consumatasi tra i promotori e la Corte costituzionale ha raggiunto picchi inconsueti nei rapporti tra poteri dello Stato. L'accusa reciproca è stata quella di manomissione delle parole: quelle spese dal Comitato durante la campagna referendaria, quelle adoperate dalla Consulta a motivo della bocciatura del quesito. «Manomissione» è sinonimo di alterazione, di violazione: decida il lettore chi in questa vicenda referendaria, manipolando le parole di cui ha fatto uso, ha esercitato in modo discutibile le proprie prerogative costituzionali.

«Manomissione», però, è parola inclusiva anche di un altro e opposto significato «che discende direttamente dall'antico diritto romano (manomissione era la cerimonia con cui uno schiavo veniva liberato)»: così intesa, «è sinonimo di liberazione, riscatto, emancipazione»³. Smontando e rimontando diversamente l'art. 579 c.p., il quesito intendeva – in questo senso – manomettere il contenuto per affrancarlo dalla sua originaria portata normativa.

Da questo punto di vista, la battaglia referendaria ha fallito il suo scopo. Sul terreno resta, immutata, una disposizione legislativa che sottrae

² È la tesi di fondo che ho ampiamente sostenuto in altra sede: cfr. A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei*

suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 83 ss.

³ G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Milano, 2010, 13.

la disponibilità della vita a chi la vive per attribuirli alla maggioranza politica: «il Parlamento (fascista) del 19 ottobre 1930, e per omissione (mancata abrogazione) i Parlamenti repubblicani che fin qui si sono susseguiti»⁴. Una disposizione che sacrifica interamente il principio di autodeterminazione sull'altare del dovere di vivere: quello che per la sent. n. 50/2022 è il nucleo minimo di tutela del diritto alla vita, infatti, «coincide con il nucleo massimo, cioè con un'assoluta e indiscriminata protezione»⁵.

Nulla di nuovo, dunque. Verso i diritti scomodi l'atteggiamento prevalente si conferma quello di sempre: paternalistico o proibizionistico.

⁴ P. FLORES D'ARCAIS, *Questione di vita e di morte*, Torino, 2019, 19-20.

⁵ R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela massima o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema Penale*, 1 aprile 2022, 4-5.

Ugo Adamo

Ricercatore (RTD-B) di Istituzioni di diritto pubblico,
Università della Calabria

Mail: ugo.adamo@unical.it

Come rilevato già all'indomani del deposito delle firme raccolte per la richiesta di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., uno dei rischi paventati era che il controllo di ammissibilità potesse assumere i contenuti di un giudizio di costituzionalità a seguito di un *avvicinamento* del primo al secondo; ciò si è pienamente realizzato con la sent. n. 50/2022¹ nella misura in cui merito e metodo si sono trovati intrecciati in modo inestricabile. Che ciò avvenisse era altamente probabile, ma di certo non scontato, tanto che la lettura delle motivazioni che reggono il dispositivo non riescono a mitigare una insoddisfazione verso il metodo adottato dalla Corte che non ha colto la possibilità di definire con chiarezza gli ambiti spettanti al suo giudizio di ammissibilità *ex art. 75 Cost.* La Corte costituzionale – indossando le vesti che più le sono proprie, quelle di giudice delle leggi – ha assunto una prospettiva teleologicamente orientata a giudicare la conformità a Costituzione della normativa risultante dal *referendum* non arrestando il suo scrutinio a quello della mera ammissibilità. Così facendo si è posizionata, arricchendola, su quella scia giurisprudenziale che contribuisce all'*avvicinamento* fra i due giudizi (se non proprio allo *scivolamento* di uno verso l'altro, fino a una sostanziale loro sovrapposizione) che viene sovente segnalato come

¹ Anche se il testo non è accompagnato da note esplicative, si rinvia almeno a: F. BIONDI, *La nuova tornata referendaria: quali novità quanto ai limiti di ammissibilità, al rapporto con partiti e Parlamento, alle strategie comunicative della Corte costituzionale*, in *Associazione dei costituzionalisti*, Lettera, marzo 2022; S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritti Comparati*, 17 marzo

distonico alla funzione di controllo affidata alla Corte. E anche se più di una volta viene dichiarata la distanza da (pieni) apprezzamenti di merito, è proprio il richiamo che viene fatto al criterio della «tutela minima» che – per ciò solo e per come d'appresso si vedrà – apre a un giudizio anticipato di costituzionalità.

La Corte conclude la parte motiva della sentenza affermando che la ragione per cui la normativa oggetto del quesito è sottratta all'abrogazione referendaria, con conseguente inammissibilità, risiede nella «natura costituzionalmente necessaria della normativa» oggetto della richiesta.

Quindi, nel caso in esame – come riconosce la stessa Corte – non si tratta di una legge a contenuto *costituzionalmente vincolato*, ma di una a contenuto *costituzionalmente necessario*, ovvero appartenente a quegli atti legislativi che non realizzano che una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione. E allora, la sentenza n. 50 assume la disposizione dell'articolo 579 c.p. come legge che realizza una delle astratte attuazioni costituzionali. Mentre per la sentenza che le ha concettualizzate (la n. 16/1978) le leggi costituzionalmente necessarie – a differenza di quelle vincolate – potevano prestarsi a essere indifferentemente abrogate o mantenute in vigore, modificate oppure conservate nei loro contenuti, oggi il quesito referendario non è sfuggito alla “mano pesante” della Corte perché essa ha ritenuto che la legge sull'omicidio del consenziente è necessaria

2022; A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista Aic*, 2, 2022, 83 ss.; A. RUGGERI, *Autodeterminazione 'versus' vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2022, 464 ss.

a garantire il *livello minimo di tutela* del bene vita, per cui la richiesta abrogativa è inammissibile.

La Corte richiama la sua giurisprudenza con la quale si allontana dalla dicotomizzazione compiuta con la sent. n. 16/1978 e iscrive la sua decisione in quella produzione giurisprudenziale con la quale il confine prima delineato è stato sfumato fino al punto di scomparire producendo una immedesimazione totale tra le norme legislative che non possono essere oggetto di richiesta referendaria. Qui, però, interessa rilevare almeno due criticità: una prima risiede nel fatto che l'autocitazione non comporta di per sé che la giurisprudenza richiamata e le conclusioni tratte debbano essere considerate come postulato fisiologico anziché patologico, a maggior ragione se la netta distinzione tra le leggi costituzionalmente vincolate e quelle obbligatorie o necessarie è stata tracciata dalla Corte proprio per permettere la richiesta abrogativa delle seconde e non già per rendere impossibile l'abrogazione di entrambe; una seconda criticità sta nell'aver escluso in modo netto che dal quesito referendario risultasse una disciplina in grado di non privare (del tutto) l'ordinamento della tutela del bene vita. Rifiutando quest'ultima tesi, la giurisprudenza autocitata e persino la sent. n. 50 non aiutano a capire quale sia il *livello minimo di tutela* richiesto, a maggior ragione quando si invoca – come in sentenza – la necessità di un bilanciamento. A ben vedere, il rinvio al criterio della «tutela minima» dovrebbe esplicitare il grado di tutela assicurato ai beni costituzionali in rilievo non solo *pro futuro* ma anche in sede di giudizio di ammissibilità, pur ricadendo nuovamente nello scivolamento verso un giudizio di merito. Il richiamo al *livello minimo di tutela* proprio a questo conduce, con l'aggravante, per la Corte, di non aver rilevato che a oggi il diritto di autodeterminazione non c'è (vi è invece,

esclusivamente, un dovere di vivere), per la semplice constatazione che per esso non è prevista alcuna tutela, neanche quella minima costituzionalmente necessaria. Non varrebbe neppure argomentare che l'omicidio del consenziente è punito con una pena meno grave, sia perché saremmo comunque dinanzi a una pena draconiana, sia perché l'eventuale esercizio di un diritto verrebbe comunque considerato reato.

Quindi, il richiamo – vago nella sua indeterminazione – all'assenza del *livello di tutela minima* si pone fra l'arduo (se si guarda a una ipotetica norma futura) e l'insostenibile (se si ha a mente la normativa vigente).

Così come viene osservata, la normativa è frutto di una fin troppo stretta interpretazione, quasi fosse l'unica possibile, tanto che per la Corte sarebbe incostituzionale. Astraendoci da un giudizio di mera ammissibilità, intanto si rileva che le leggi si dichiarano costituzionalmente illegittime non perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali; per di più la Corte non prende in considerazione, anzi espressamente rifiuta, l'ipotesi per cui in caso di consenso invalido – per granita giurisprudenza di merito e di legittimità – ci si sarebbe trovati nella fattispecie dell'omicidio volontario ex art. 575 c.p. Alla luce di ciò non si comprende in che misura tale indirizzo giurisprudenziale non sarebbe riuscito ad assicurare il *livello minimo* di tutela del bene della vita. Con riguardo, invece, all'ipotesi per cui l'espressione del principio di autodeterminazione sul proprio bene vita potesse avere un riconoscimento, stante una norma che ora lo rifiuta, questo era proprio l'intento del *referendum*, che è rimasto tale perché l'intenzione non ha potuto farsi risolutiva a causa dell'anticipazione di un giudizio di legittimità costituzionale che ha rilevato come illegittima la normativa di risulta.

Ragionare di situazione normativa eventualmente risultante dalla pronuncia popolare non dovrebbe essere possibile per una Corte che è chiamata a esaminare (solo) se il quesito è ammissibile o meno; è evidente che parlare di normativa di risulta significa *anticipare* un giudizio di legittimità sulla disciplina oggetto di *referendum* che è incomparabile con quello *successivo*; riconoscere nei tanti precedenti la praticabilità di un giudizio nei fatti preventivo non ci esime dal rilevare l'intrinseca 'irragionevolezza' di tale giurisprudenza referendaria.

Le ragioni sono plurime e possono essere così sintetizzate. Quello della Corte è un controllo che si inserisce in un procedimento più ampio e che si conclude con l'ammissibilità o meno della richiesta; il controllo è su ciò che è stato (limiti legali) e non su cosa sarà (la norma), non è un sindacato preventivo su disposizioni (*recte* su richieste), che è per sua natura astratto e non prende in considerazione la norma che trae concretezza dal caso.

Sebbene avesse affermato la non intrusione nel giudizio di legittimità, la Corte comunque procede a una valutazione *liminare* del merito della normativa di risulta, ma le conseguenze di un controllo così carente frustra eccessivamente le aspettative dell'istituto referendario. La valutazione liminare per come si struttura non potrà mai equipararsi a un giudizio di ragionevolezza sulla normativa di risulta per questioni di merito e processuali (tanto che non si sa bene come un giudizio di merito, né pieno né approfondito, possa essere esperito e con quali conseguenze e nulla, invece, potrebbe escludere che un giudizio pieno e approfondito condurrebbe a esiti diametralmente opposti).

Il giudizio di ragionevolezza non può che essere successivo, perché viene espresso dalla Corte su una norma attuale, frutto dell'originario bilanciamento effettuato dal legislatore e dell'eventuale

interpretazione da parte dei giudici comuni. Un giudizio anticipato sulla situazione normativa risultante dall'avvenuta (in ipotesi) abrogazione referendaria, verte(rebbe) su norme future e incerte, senza che una questione sia sorta in occasione di una concreta vicenda applicativa della norma censurata (con elusione della portata del diritto vivente).

Si è dinanzi a una chiara violazione delle regole del processo costituzionale, che vietano al giudice delle leggi di procedere allo scrutinio di costituzionalità senza che l'ordinanza di rimessione definisca il *thema decidendum*, escluda una interpretazione conforme a Costituzione, instauri un giudizio fondato sulla l. n. 87/1953 e sulle Norme integrative – e sul contraddittorio tra le parti, se costituite –, vincoli la Corte al parametro evocato e alle motivazioni addotte e, quindi, al rispetto del principio del chiesto-pronunciato. Mentre un giudizio preventivo, astratto e a oggetto ipotetico (che in mancanza di un introduttore verte su una questione prematura), permette di fatto alla Corte una valutazione che è pienamente nelle sue disponibilità argomentative, *in primis* rispetto ai parametri costituzionali (liberamente individuati).

L'ordinamento già prevede gli strumenti per valutare e correggere la produzione delle fonti del diritto; anticiparli bloccando il procedimento referendario ha inciso sulla libera espressione del diritto di voto, incrinando la stessa legittimazione dell'istituzione: si sarebbe, quindi, dovuto tenere ferma la differenza che (deve) intercorre(re) tra il *controllo* di ammissibilità e il *giudizio* di costituzionalità, ovvero sia tra *possibilità* di svolgimento del *referendum* e *merito* circa la conformità o meno della legge alla Costituzione tutta.

A oggi, comunque, non è stata dichiarata incostituzionale alcuna legge sull'eutanasia, anzi, questa non solo è possibile, ma diremmo che è

richiesta per una tutela rispettosa dei principi di non discriminazione e di ragionevolezza per tutte quelle persone che non riescono ad accedere per motivi di malattia all'aiuto al suicidio.

A proposito della sentenza n. 50 del 2022

Con la sentenza n. 50 del 2022 la Corte costituzionale si è pronunciata sull'inammissibilità del referendum sull'art. 580 del codice penale. La rilevanza dell'argomento affrontato e la particolare attualità del dibattito sulle scelte di fine vita rappresentano l'occasione per un approfondimento su alcune questioni affrontate nella decisione. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto ha proposto ad alcuni esperti una riflessione su quattro binomi intorno ai quali ruota l'argomentazione della Corte (ammissibilità e inammissibilità; vulnerabilità e autodeterminazione; volontà popolare e ir/responsabilità istituzionale; disponibilità e indisponibilità della vita).

Vulnerabilità e autodeterminazione

Matilde Botto

Dottoranda di ricerca in diritto penale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

Mail: matilde.botto2@unibo.it

¹ Nella specie, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 242 del 2019, ha rilevato la parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi ha agevolato l'esecuzione del proposito suicida di una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli», così al § 2.3 *Considerato in diritto* della richiamata sentenza.

² Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022 (dep. 2 marzo 2022), n. 50.

³ Questo, letteralmente, il testo del quesito: «Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale ("Omicidio del consenziente") approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole "la reclusione da sei a

quindici anni"; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole "Si applicano"?», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GU Serie Generale n. 95 del 21-04-2021).

I concetti di «autodeterminazione» e di «vulnerabilità» sono comparsi tanto nella sent. n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, concernente il reato di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)¹, quanto nella successiva n. 50 del 2022², relativa alla declaratoria di inammissibilità del c.d. *referendum sull'eutanasia legale* (dal quesito avente ad oggetto la parziale abrogazione del delitto di omicidio del consenziente, di cui all'art. 579 c.p.)³.

Si tratta di due pronunce che sono inevitabilmente collegate tra di loro: in entrambi i casi, infatti, la Corte è stata chiamata a confrontarsi con la dilemmatica questione del "fine vita"; in particolare, prima dovendosi pronunciare in materia di aiuto medico a morire e, dopo, *ampliando* la propria riflessione sino a toccare, seppur in via collaterale, il tema dell'eutanasia in senso stretto⁴. Il nesso tra le due sentenze, inoltre, trova un fondamento "ulteriore" – come rilevato dalla stessa Consulta nella più recente delle due – nella stretta interconnessione che lega i due reati sopra richiamati; infatti, l'art. 579 c.p. è descritto dalla Corte come una «norma incriminatrice strettamente finitima, nell'ispirazione, a

quindici anni"; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole "Si applicano"?», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GU Serie Generale n. 95 del 21-04-2021).

⁴ È bene evidenziare sin da subito che il c.d. *referendum sull'eutanasia legale* avendo ad oggetto l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., in realtà, avrebbe avuto effetti ben oltre l'ambito eutanasiaco; la stessa Consulta, infatti, osserva che: «L'effetto di liceizzazione dell'omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili» (ossia nei casi per cui, dopo la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, è stata affermata la non punibilità dell'aiuto al suicidio), Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022 (dep. 2 marzo 2022), n. 50, § 3.2 *Considerato in diritto*.

quella del successivo art. 580 c.p., che incrimina l'aiuto (oltre che l'istigazione) al suicidio». Proseguono, inoltre, i giudici costituzionali asserendo che le due disposizioni: «riflettono, nel loro insieme, l'intento del legislatore del codice penale del 1930 di tutelare la vita umana anche nei casi in cui il titolare del diritto intenderebbe rinunciare, sia *manu alius*, sia *manu propria*, ma con l'ausilio di altri»⁵.

Una precisazione doverosa, da premettere, è che, sebbene ad oggi ambedue le fattispecie sono state al centro del dibattito sull'agevolazione medica a morire, è bene rilevare che, in realtà, si tratta di due delitti forieri di per sé di una più ampia portata con riferimento al bene giuridico protetto (ossia la vita). Che si parli di art. 579 («Omicidio del consenziente»), oggetto del referendum, o di art. 580 c.p. («Istigazione o aiuto al suicidio»), oggetto della parziale declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte nella pronuncia n. 242 del 2019, siamo dinnanzi a due disposizioni che coprono non solo l'aiuto medico a morire⁶ ma anche casi di apporto alla morte altrui esterni dal contesto sanitario. Nate in un'epoca assai diversa da quella contemporanea e ispirate al momento della loro stesura da una *ratio* fortemente paternalistica e ancorata ad una visione indisponibilista della vita, le due disposizioni appena menzionate si rivolgono a qualsivoglia forma di apporto di terzi nel primo caso nell'agevolare o nel rafforzare, mediante l'istigazione, il proposito suicidario altrui, nel secondo nel rendersi autori della morte di un altro soggetto con il suo consenso (validamente prestato, comma 1).

⁵ Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022, n. 50 (dep. 2 marzo 2022), § 3.1 *Considerato in diritto*.

⁶ L'espressione è qui usata come comprensiva di qualsiasi forma di apporto medico finalizzato alla morte del paziente, senza distinguere se si tratti di aiuto al singolo ad autosomministrarsi la morte o di eutanasia in senso stretto.

Una *ratio legis* “comune” quindi, fin dall'origine, che oggi – come si evince dalle due citate pronunce della Consulta – richiede di essere “attualizzata”. Il processo di “rilettura” della ragion d'essere delle due disposizioni, operato dai giudici costituzionali è stato commentato e qualificato in dottrina⁷ attraverso il richiamo al concetto di *paternalismo soft* o moderato. Il paternalismo moderato pare infatti emergere anche nella più recente pronuncia del 2022, laddove testualmente, si osserva che «(se) è ben vero, cioè, che il legislatore del 1930, mediante la norma incriminatrice di cui all'art. 579 c.p., intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile anche in funzione dell'interesse che lo Stato riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini, non è però affatto arduo cogliere, oggi, la *ratio* di tutela della norma alla luce del “mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi”»⁸. Ebbene l'opera di ridefinizione dell'interesse oggetto della tutela tanto dell'art. 579 c.p. quanto dell'art. 580 c.p. è stata definita una «rilettura in chiave personalista» delle due disposizioni, dal momento in cui la si fa coincidere con una visione kantiana dell'essere umano, visto non come “mezzo” ma come “fine”; una visione che, poi, si accompagna ad una prospettiva di tipo “solidaristico” nel momento in cui la Corte, individuata una particolare categoria di persone, i soggetti «vulnerabili», rileva la costituzionalità di norme penali che abbiano come scopo quello di tutelare specialmente quest'ultime (ma non solo) da possibili

⁷ Si rinvia, per tutti, a G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sistemapenale.it*, 11 giugno 2020.

⁸ Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022, n. 50 (dep. 2 marzo 2022), § 5.3 *Considerato in diritto*.

scelte autodistruttive. Ciò si evince dal passaggio in cui si sottolinea che nel vietare a terzi di farsi “esecutori” di richieste di morte (anche se espresse validamente) «l’incriminazione dell’omicidio del consenziente assolve, in effetti, come quella dell’aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018), allo scopo, di perdurante attualità, di proteggere il diritto alla vita, soprattutto – ma occorre aggiungere: non soltanto – delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate»⁹.

Il riferimento all’ordinanza n. 207 del 2018 – la quale ha preceduto la pronuncia n. 242 del 2019 – consente, ancora una volta, di rinvenire una contiguità tra le due sentenze. Nel 2019, infatti, dovendosi la Corte confrontare con la legittimità costituzionale dell’istigazione o aiuto al suicidio, ha scelto di sposare – se pur non espresamente – un approccio argomentativo “intermedio” tra le due tesi, opposte, dell’illiceità strutturale della condotta suicida e del riconoscimento dell’esistenza di un “diritto” al suicidio ex art. 2 Cost. (una lettura, la seconda, che avrebbe condotto, nel caso di specie, alla incostituzionalità della fattispecie di cui all’art. 580). Non pare sbagliato, infatti, osservare che il suicidio viene considerato dai giudici costituzionali come una libertà di fatto, appartenente alla c.d. “area del lecito”; ciò posto, tuttavia, l’incriminazione dell’aiuto-istigazione al suicidio trova fondamento in quella “dimensione sociale” a cui si è accennato, in quanto risulta essere «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle

persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema ed irreparabile come quella del suicidio». Si è quindi (ri)fondata la *ratio* dell’art. 580 alla luce dei principi alla base del vigente assetto costituzionale, facendola coincidere con lo «scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»¹⁰.

Da quanto rilevato sino ad ora, si comprende perché, nell’introduzione al presente scritto, è stato osservato che il richiamo alla condizione di vulnerabilità di taluni soggetti¹¹ sia presente in entrambe le pronunce; alla luce del ragionamento fin qui sviluppato, si può aggiungere a ciò che non pare erroneo rilevare che la rievocazione dello stesso è strettamente correlata al ritenere costituzionalmente legittima la possibilità per il legislatore penale di intervenire, proibendo e sanzionando condotte che siano agevolatrici delle altrui scelte suicide o che sanzionino la condotta di coloro che uccidono taluno con il suo consenso.

La Corte, tuttavia, si interroga anche sul piano del ciò che, mantenendo in vigore le due norme, viene ad essere “bilanciato” con la tutela della vita, ossia la libertà di autodeterminazione.

Qui, sembra utile operare alcune considerazioni specifiche, per rinvenirne i tratti comuni, prima guardando alla sent. 242 del 2019 poi alla n. 50 del 2022. Nel caso della prima pronuncia, l’approccio seguito dai giudici della Consulta si può descrivere come fondato su una nozione di

⁹ Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022, n. 50 (dep. 2 marzo 2022), § 5.3 *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte Cost., sent. 24 settembre 2019 (dep. 22 novembre 2019), n. 242, § 2.2 *Considerato in diritto*, riprendendo l’ordinanza n. 207 del 2018.

¹¹ Corte Cost., sent. 24 settembre 2019 (dep. 22 novembre 2019), n. 242, così come già prima ord. n. 207 del 2018.

libertà di autodeterminazione “in concreto”, poiché si sceglie di guardare non alla sua valenza come principio astratto, ma di tenere in considerazione il fatto che il contesto in cui un soggetto matura una volontà suicida è di sovente caratterizzato da disagio e abbandono; inoltre la Corte – nell’ottica di muoversi in realizzazione della c.d. eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost. – opta per inserire tale questione nella prospettiva di un dovere “di intervento” dell’ordinamento che si fonda in quello, costituzionalmente postulato, di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Nel secondo caso, il confronto con il concetto di *autodeterminazione* si ha nei passaggi in cui la Corte considera la portata del quesito referendario e, in particolare, ribadisce che andando ad abrogare una disposizione che si riferisce a *qualsiasi omicidio del consenziente* e non solamente a quello operato e proceduralizzato medicalmente, si avrebbero effetti incompatibili con la tutela della vita quale bene costituzionalmente rilevante. Specifica, infatti, la Corte che «(a)lla luce della normativa di risulta, la “liberalizzazione” del fatto prescinderebbe dalle motivazioni che possono indurre a chiedere la propria morte, le quali non dovrebbero risultare necessariamente legate a un corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari caratteristiche, potendo connettersi anche a situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo), sino al mero *taedium vitae*, ovvero pure a scelte che implicano, comunque sia, l’accettazione della propria morte per mano altrui. Egualmente irrilevanti risulterebbero la qualità del soggetto attivo (il quale potrebbe bene non identificarsi in un esercente la professione sanitaria), le ragioni da cui questo è mosso, le forme di manifestazione del

¹² Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022, n. 50 (dep. 2 marzo 2022), § 3.2 *Considerato in diritto*.

consenso e i mezzi usati per provocare la morte (potendo l’agente servirsi non solo di farmaci che garantiscano una morte indolore, ma anche di armi o mezzi violenti di altro genere). Né può tacersi che tra le ipotesi di liceità rientrerebbe anche il caso del consenso prestato per errore spontaneo e non indotto da suggestione»¹².

È qui che la Corte richiama se stessa e, come già prima nell’ordinanza e nella sentenza relative all’art. 580 c.p., ribadisce che il valore della vita è un valore dal rilievo «cardinale»: ciò non vuol dire concepire il bene vita come indisponibile – nel modo in cui lo intendeva il legislatore del 1930 – dunque prospettare un «dovere di vivere a tutti i costi», ma coincide con la volontà che scelte sulla materia del fine vita non siano mosse, come si diceva, da una concezione astratta dell’autonomia individuale e ignorino «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite»¹³ (ordinanza n. 207 del 2018). La proposta di abrogazione dell’art. 579 c.p., di fatto, si sarebbe tradotta in un “non bilanciamento” tra tutela della vita e autodeterminazione individuale, venendo la seconda a prevaricare totalmente sulla prima.

Il fatto che, nel quesito referendario, si proponesse un’abrogazione parziale – restava infatti inalterato il secondo comma dove si dispone che nei casi in cui il consenso è viziato si applicano le disposizioni dell’omicidio volontario (art. 575 c.p.) – non può dirsi, infatti, secondo i giudizi della Consulta, elemento sufficiente per ravvisare la sopravvivenza della c.d. tutela minima del bene vita. Infatti, citando la Corte, quando nelle due pronunce sul fine vita si è richiamato il concetto di «situazioni di vulnerabilità e debolezza» si fa riferimento a condizioni che non possono ritenersi esaurite a quelle “tipizzate” nel secondo

¹³ Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022, n. 50 (dep. 2 marzo 2022), § 5.3 *Considerato in diritto*.

comma dell'art. 579 c.p. (ossia a quelle della minore età, infermità di mente e deficienza psichica), ma si vuole comprendere anche tutte quelle che possono «connettersi a fattori di varia natura (non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici)»¹⁴. La Corte, poi, in materia di omicidio del consenziente, supera addirittura il riferimento ai soggetti che si trovano in una condizione di vulnerabilità, sottolineando che la portata autodistruttiva che connota la collaborazione da parte di terzi all'altrui morte, proprio per la sua intrinseca natura, fa sì che vi sia un'esigenza di tutela che può prescindere dallo stato in cui verte il soggetto e che attinge al fatto che la scelta risulti essere, o meno, adeguatamente ponderata.

Ciò che trapela, quindi, è che la via intrapresa dai giudici della Consulta nelle due pronunce, che si sono susseguite a distanza di pochi anni, è "coerente con se stessa" e si traduce nella prospettiva del bilanciamento e del temperamento¹⁵ tra interessi contrapposti: non si postula, si ribadisce, né un "dovere di vivere" né, all'opposto, una tutela astratta dell'autodeterminazione che prevalga, incondizionatamente su qualsiasi altro bene confliggente.

L'inammissibilità del referendum c.d. eutanasia legale, l'impatto sull'opinione pubblica e gli – inevitabili – interrogativi che la scienza penale si è posta sulla sensatezza di continuare a punire penalmente le condotte di eutanasia (meglio assistenza a morire) medica (se non altro di quelle

che astrattamente rientrerebbero nei "quattro requisiti" individuati dalla Corte nel definire la non punibilità ai sensi dell'art. 580 c.p.), fanno comunque avvertire la necessità – non più rimandabile – di legiferare sul punto.

Con riferimento esclusivo ad un "contesto medico", infatti, pare effettivamente opportuno domandarsi se abbia senso distinguere ed assoggettare a regimi giuridici "differenziati" una condotta di agevolazione dell'altrui proposito suicidario da quella di eutanasia in senso stretto, da intendersi come azione pratica del medico che con la sua condotta cagiona la morte del malato. Il ragionamento dovrà essere condotto non solo attraverso il confronto, indispensabile, alla luce del "metodo laico"¹⁶, ma anche cercando di mantenersi, in sede di scelte finali, ancorati ad una linea di coerenza di fondo. Il tutto, nella consapevolezza che il baricentro dovrà restare sempre la libera, stabile e consapevole decisione di chi chiede di essere aiutato a morire (indipendentemente, ad avviso di chi scrive, dal fatto che si tratti di una condotta il cui gesto finale spetta alla stessa persona o al medico); centrali, quindi, come osservato da autorevole dottrina¹⁷, sono da una parte la tematica del suo accertamento e dall'altra la garanzia che il singolo possa scegliere avendo accesso a tutte le possibili alternative, compresa la possibilità di intraprendere un percorso di terapia del dolore e cure palliative.

Legiferare in materia di morte medicalmente assistita e di eutanasia, infatti, è un'operazione che

¹⁴ Corte Cost., sent. 15 febbraio 2022, n. 50 (dep. 2 marzo 2022), § 5.4 *Considerato in diritto*.

¹⁵ Che pare essere in linea con il concetto di laicità come metodo in quanto orientata da un lato a "bilanciare" appunto beni confliggenti tra di loro, dall'altro a seguire la linea del c.d. "minimo mezzo per il giusto scopo". Cfr. C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del 'secolo delle paure'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2016, p. 1187 s.

¹⁶ Si rinvia, per una panoramica sul punto, a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 29

s. Con riferimento al referendum sull'art. 579 si rimanda inoltre al recente scritto di D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistemapenale.it*, 19 ottobre 2021.

¹⁷ Cfr. le riflessioni di S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, spec. pp. 56 ss.

non può essere condotta “in astratto” sul piano esclusivo delle ideologie e dei principi, ma deve scendere nella realtà concreta. Si fa apprezzare, quindi, la parte in cui la Corte argomenta richiamando la vocazione “sociale dell’ordinamento” che non può non considerare le reali condizioni di sofferenza, abbandono e disagio che, chiunque, potenzialmente – non solo i soggetti “tipicamente” vulnerabili – potrebbe trovarsi a vivere. Al fine di consentire una piena realizzazione della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) è necessario, infatti, che da un lato si tenga ferma, a livello ordinamentale, la centralità del tema della prevenzione del suicidio e della realizzazione di un sistema di assistenza sanitaria e psicologica accessibile e concretamente funzionante su tutto il territorio, dall’altro che si operi, realmente, nel senso di dare una piena attuazione al contenuto della legge 219 del 2017.

L’eterogeneo panorama italiano, in materia di assistenza sanitaria, a ben vedere, comporta che se non si interverrà a monte per garantire i diritti afferenti alla sfera del rifiuto/rinuncia a trattamenti sanitari (anche *life saving*) già esistenti e sanciti dalla legge 219 del 2017, che concernono la possibilità di scegliere, in qualsiasi momento, di rifiutare un trattamento sanitario e, soprattutto, di morire senza dolore, i pericoli di una china scivolosa potrebbero essere accentuati e, ciò, non può non tenersi in considerazione se ci si muove nell’ottica di regolamentare l’assistenza medica a morire. Deve evitarsi, in concreto, che la richiesta di assistenza medica a morire possa rischiare di configurarsi come una scelta senza opzioni, dunque difficilmente definibile come libera¹⁸, per coloro che vivono in uno stato di sofferenza e *non possono* concretamente intraprendere un percorso al fine di

¹⁸ Così, si parla di “scelta obbligata” in S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima*, cit., p. 48 e p. 56.

ridurne la portata o comunque mutarne i confini perché non hanno la possibilità di ricevere assistenza. È qui che quel *paternalismo soft* che emerge dalle righe delle due pronunce della Consulta non sembra essere un appello ad un concetto “astratto” radicato su “arcaiche concezioni del bene vita” ma si declina come un’esigenza di tutela concreta.

Il passo verso l’intervento normativo si ritiene essere “inevitabile” e, di più, “doveroso” per un ordinamento laico, poiché non è più possibile ignorare e negare l’esistenza della sofferenza di persone che, in balia di una grave malattia, maturano la volontà di voler porre fine alla propria vita in totale solitudine¹⁹ o che, incapaci di “autosomministrarsi la morte”, chiedono di recuperare la propria dignità nel vivere attraverso un intervento medico eutanasico. Tuttavia, è proprio vedendole e volendo dar loro una risposta che, prima di tutto, si ritiene si debba agire per assisterle nella loro condizione di fragilità, con tutti i mezzi disponibili, tutelando quindi la loro stessa persona da possibili interessi o ingerenze di terzi che potrebbero alterare la formazione o la manifestazione della loro “scelta”, evitando che siano abbandonate a se stesse e limitando i casi in cui la formazione della volontà sul finire di vivere sia maturata da un individuo in totale solitudine. E forse, ci si chiede, un possibile punto di partenza, per articolare questa riflessione – anche in sede parlamentare –, potrebbe essere avviarla e condurla in una prospettiva “diversa”, iniziando a domandarsi se la dignità-autodeterminazione e il diritto alla vita debbano essere letti non in contrapposizione, come “confliggenti”, ma piuttosto essere considerati quali espressione di diverse declinazioni della dignità umana, che deve essere salvaguardata tanto come libertà di autodeterminarsi nelle scelte ultime, quanto come

¹⁹ Come osservato da S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima*, cit., spec. p. 56 s.

tutela sociale della propria esistenza quando si vive una condizione di vulnerabilità.

Forum



Chiara Lalli

Docente di Storia della medicina e Deontologia, "Sapienza" (Roma)

Mail: chiara.lalli@gmail.com

«In attesa del deposito della sentenza, l'Ufficio comunicazione e stampa fa sapere che la Corte ha ritenuto inammissibile il quesito referendario perché, a seguito dell'abrogazione, ancorché parziale, della norma sull'omicidio del consenziente, cui il quesito mira, non sarebbe preservata la *tutela minima costituzionalmente necessaria della vita umana*, in generale, e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili» (i corsivi sono miei).

È il 15 febbraio e la Corte costituzionale dichiara inammissibile il referendum sull'omicidio del consenziente, cioè l'abrogazione parziale dell'articolo 579 del Codice penale (la sentenza numero 50 sarà depositata alcuni giorni più tardi, *Giudizio sull'ammissibilità dei referendum*, 2 marzo 2022).

Che cosa significano debolezza e vulnerabilità? E che cosa significa che non sarebbe stata garantita la tutela minima della vita umana? Perché il ritaglio dell'articolo 579 non era privo di condizioni: maggiore età, non infermità o deficienza psichica o abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti, consenso non estorto, indotto o carpito con l'inganno. Insomma, come la stessa Corte scrive:

«Il risultato oggettivo del successo dell'iniziativa referendaria sarebbe, dunque, quello di rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione. Eliminando la fattispecie meno severamente punita di omicidio consentito e limitando l'applicabilità delle

disposizioni sull'omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso dianzi indicate, il testo risultante dall'approvazione del referendum escluderebbe implicitamente, ma univocamente, a contrario sensu, la rilevanza penale dell'omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi: sicché la norma verrebbe a sancire, all'inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo».

Forse sta tutto qui o quasi. Nell'ammettere o no la liceità del poter disporre pienamente della nostra vita. E nell'usare la vulnerabilità come una scusa per opporsi a questa possibilità, per «proteggere il diritto alla vita». Anche quando non vogliamo essere protetti.

Pensavamo di conoscere il significato di autodeterminazione, ma in effetti troppe persone a Piergiorgio Welby e a Fabiano Antoniani hanno risposto «soffri, sei depresso, non puoi decidere» (se già è incerta la premessa – cioè una diagnosi non richiesta e a distanza – figuriamoci quel è la tenuta della implicazione). Oppure «certo che puoi rifiutare un trattamento x ma non quello y, quindi non puoi staccare il ventilatore, non puoi staccare la PEG» (se sono davvero libera di scegliere di curarmi oppure no, dovrei anche essere libera di interrompere un trattamento – qualunque esso sia e con qualunque effetto). O ancora, con una feroce presunzione: «se vi avessero accudito meglio non avreste chiesto di morire» (non solo la presunzione di sapere come abbiamo vissuto finora, ma di sapere quali sono davvero i nostri desideri e di assumere che la sopravvivenza sia sempre preferibile, in ogni circostanza).

Se non posso avere la piena disponibilità della mia vita, chi dovrebbe averla? Chi decide per me?

Accertare le condizioni dell'esercizio della nostra autodeterminazione non è facile ma quali alternative abbiamo?

La sola obiezione interessante alla validità delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) è anche quella cui non c'è rimedio: se compilo oggi un modulo e decido quali trattamenti accettare e quali rifiutare per un futuro che potrebbe anche essere lontano, cosa posso saperne della me di domani? Che è anche vero, ma è un problema che c'è in ogni promessa e in ogni contratto – sebbene spesso faccia meno impressione perché il tempo è più breve e l'oggetto del contratto o della promessa è meno definitivo (una casa e non la nostra vita). Che è anche vero, ma dimentichiamo sempre di chiederci quale sarebbe l'alternativa: chi deciderà per me? Dimentichiamo anche di dire che ovviamente quelle decisioni le posso cambiare finché sono in grado di farlo.

L'implicazione meno accettabile della nostra vita come bene prezioso è quella che trasforma un diritto in un dovere. Se è vero che la vita è il bene più prezioso e la premessa necessaria per godere degli altri beni (scrivono i giudici: "Come questa Corte ha avuto modo di chiarire in più occasioni, il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost., è da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – "all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana" (sentenza n. 35 del 1997). Esso concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona (sentenza n. 238 del 1996)"), non

è giusto – proprio per questo – che io possa disporre? Cioè, è inviolabile pure per me che ne sono la detentrica? È come un regalo pregiato di cui non posso liberarmi?

E se posso disporre, quali sono i limiti di questo esercizio? Il principio del danno a terzi sembra essere l'unico criterio non ingiusto e non paternalistico. Ma allora se escludo i modi dannosi per altri (morire per malattia infettiva?), decidere di non curarsi e di morire non implica danni ad altri. È una decisione che riguarda solo me.

E allora torniamo alla vulnerabilità. Che differenza c'è tra la vulnerabilità e il paternalismo, cioè al "te lo vieto per il tuo bene"? Non rischia di somigliare alla trappola del diritto che diventa dovere, del bene che diventa accolto?

Perché se prendiamo sul serio l'autodeterminazione è davvero difficile giustificare la *protezione* di chi è capace di decidere e di chi non vuole essere protetto. La protezione dalla sua volontà.

D'altra parte rischia di diventare un secchio dentro cui mettere tutto se non disegniamo i confini con precisione e senza pietismo: se io (maggiormente, in grado di capire le conseguenze delle mie azioni, non sotto effetto di sostanze che limitano le mie capacità cognitive) volessi morire, ci sarebbe qualcuno che potrebbe impedirmelo e che dovrebbe proteggermi? E cosa cambia se cambia il modo con cui ottengo quel risultato? Penso al suicidio assistito o alla eutanasia, giudicati spesso diversamente, tollerato il primo e condannata la seconda. Eppure la differenza riguarda solo le modalità, cioè il come. Ma le premesse e il fine sono gli stessi e dunque le stesse dovrebbero essere la considerazione morale e la valutazione normativa. Se posso davvero decidere se e quando morire, di cosa avrò bisogno

per farlo non dovrebbe intaccare o cambiare questa possibilità.

Insomma esiste una vulnerabilità oltre all'accertamento delle condizioni del mio consenso? O meglio, può valere come una giustificazione per limitare la mia libertà? Oppure è solo una scusa che magari superficialmente suona bene ma che nasconde soltanto un paternalismo indesiderato?

Non dimentichiamo che le conseguenze della scusa della vulnerabilità implicano la discriminazione di alcune persone: tutti quelli che non possono accedere al suicidio assistito, come molti malati oncologici e quelli già esclusi dalla sentenza 242 che stabilisce tra i requisiti la presenza di un sostegno vitale. Anche se la definizione di "sostegno vitale" è ambigua e può essere forzata come ha suggerito di fare la sentenza della Corte d'Assise del 27 luglio 2020: "sostegno vitale" è qualsiasi intervento "realizzato con terapie farmacologiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici", insomma non soltanto dipendenza da una macchina e la cui interruzione causa la morte "anche in maniera non rapida".

Cosa significa rapida, ore, giorni o settimane? E perché indicare un requisito con un significato tanto ampio e che rischia di confondere chi deve applicarlo e di spingerlo alla interpretazione più restrittiva e dunque discriminatoria? Che senso ha un criterio che è inutile oppure ingiusto? Perché una norma somiglia a un indovinello o a un rompicapo da sciogliere? E ancora, se non ci sono ragioni valide e forti (che sembrano esaurirsi nelle condizioni del ritaglio dell'articolo 579), perché non lasciare a noi le scelte che riguardano la nostra vita?

Mariassunta Piccinni

Professoressa associata di diritto privato, Università degli Studi di Padova

Mail: mariassunta.piccinni@unipd.it

1. Vulnerabilità della persona nell'esercizio dell'autodeterminazione sul proprio corpo. C'è spazio per una tutela giuridica?

La dichiarazione di inammissibilità della richiesta di referendum sull'art. 579 cod. pen. (Corte cost., sent. n. 50/2022) ha portato ad interrogarsi sul significato dell'intervento statale, in particolare attraverso la legge penale, a tutela degli interessi della persona che eserciti il diritto di autodeterminazione sul proprio corpo per attuare scelte libere e consapevoli che richiedono la cooperazione altrui. Ha senso, in altre parole, in questo contesto che il legislatore "imponga" una "cintura protettiva" al soggetto¹?

L'affermazione della Corte – secondo la quale una qualche forma di tutela non solo è opportuna, ma è anche "necessaria", mentre la mancanza assoluta di tutela penale non sarebbe ammissibile, (soprattutto) quando il bene in gioco sia la vita – sembra condivisibile.

Una risposta positiva all'interrogativo non è, d'altronde, necessariamente legata ad un'"ottica statualista", nella quale il diritto all'autodeterminazione sarebbe sacrificato in nome della tutela di beni di rilevanza sociale. Come dottrina e giurisprudenza hanno da tempo di fatto "riscritto" l'art. 5 del codice civile – collocato nel rinnovato quadro costituzionale con il superamento della *ratio* storica che portò alla sua introduzione nel codice del 1942 – anche gli artt. 579 e 580 del

codice penale possono essere affrancati da quest'ottica.

Il processo di revisione in un'ottica "personalistica" delle fattispecie penali qui previste ha subito un'accelerazione anche grazie alla giurisprudenza costituzionale², ed è in questa direzione che mi pare collocarsi l'ultima sent. n. 50/2022.

Lo Stato può e deve (artt. 2 e 3 Cost.) occuparsi di tutelare beni come la salute, l'integrità, la vita della persona, anche pienamente in grado di autodeterminarsi, in considerazione della condizione di vulnerabilità, che nel caso dell'art. 579 e 580 cod. pen. discende dalla scelta di congedarsi dalla vita, avvalendosi della cooperazione altrui. La vulnerabilità della persona che chieda di essere aiutata a morire può dipendere da numerosi fattori, che variano molto in relazione al contesto in cui la richiesta è posta e che non sono limitati al problema della "capacità" o di un'adeguata formazione della "volontà". Si pensi, anzitutto, alla sofferenza esistenziale di chi non sia più in grado di percepire la propria esistenza come meritevole di essere vissuta; possono, poi, aggiungersi altri fattori, quali la malattia, la sofferenza psico-fisica, l'età, la solitudine, la povertà economica o "sociale". Tutti elementi che richiedono un vaglio delle decisioni, l'attivazione di interventi di sostegno e la garanzia di procedure attuative dignitose, a tutela della persona che faccia una tale richiesta.

Ricorda il filosofo che la condizione di vulnerabilità è ciò che accomuna tutti gli esseri umani³. Per limitarci al solo rapporto tra la persona e l'impresa medico-scientifica, si può riflettere sulle possibilità di risposta giuridica a partire dalle numerose norme, anche di rilievo internazionale (si

¹ Ad esempio, con estrema chiarezza A. Pisu, *Il bene "vita" tra morale, diritto e nuovi compiti della medicina*, p. 152, nell'ambito del Dialogo sull'aiuto medico al morire, tratto dai Seminari del gruppo "Undiritto-gentile", in *Resp. med.*, fasc. 1, 2022.

² Già Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 6, parte motiva.

³ Per E. LÉVINAS, *Umanesimo dell'altro uomo*, Genova, 1985, 143: «L'uomo da capo a piedi, fin nelle midolla delle ossa, è vulnerabilità».

pensi, per restare al contesto europeo, alla Convenzione di Oviedo ed all'art. 3 della Carta diritti fondamentali UE), che riconoscono particolari situazioni di vulnerabilità della persona che affida la propria "integrità" alla medicina ed alla biologia e ne fanno derivare divieti (come, ad esempio, quello «di fare del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro») e limiti giuridici anche nell'esercizio del diritto di autodeterminarsi sul proprio corpo attraverso le scelte sulla propria salute. I limiti sono, di solito, legati al rispetto delle norme di buona pratica clinica (v., ad esempio, l'art. 4 della Convenzione di Oviedo), da accertarsi con diversi meccanismi, che prevedono l'interazione tra comunità medica, società ed individuo cui il trattamento si riferisce.

Sono di particolare interesse i principi emersi a livello internazionale in materia di sperimentazione che riguarda gli esseri umani, dai quali deriva anche la normativa europea ed italiana, che pongono limiti alla partecipazione di pazienti e volontari sani alla ricerca. In questo contesto sono riconosciute come "popolazioni vulnerabili" non solo i minori di età, o le persone non in grado di prendere decisioni autonome, ma anche, ad esempio, per le più disparate ragioni, le donne, le persone con malattie rare, le persone in condizioni carcerarie o di soggezione, le popolazioni dei paesi in via di sviluppo; più in generale, i volontari sani e, per opposti motivi, i pazienti, cui si chiedi di partecipare ad una sperimentazione. Anche in questo caso si tratta di riferimenti importanti e universalmente riconosciuti, che spaziano dalla Dichiarazione di Helsinki, della WMA alle *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, del CIOMS.

Per tornare al più generale contesto medico l'istituto del "consenso informato", espresso dalla persona in grado di decidere per sé, viene in gioco solo nella misura in cui siano rispettate

le regole di cautela dettate dai diversi ordinamenti. Tra gli strumenti di tutela della persona contro scelte potenzialmente dannose, accanto a norme di natura amministrativa (dalla necessaria abilitazione per l'esercizio delle professioni sanitarie, alle procedure per iniziare e proseguire sperimentazioni cliniche, a quelle di autorizzazione per l'immissione in commercio di farmaci e dispositivi medici, ai farmaci vendibili solo su prescrizione medica, solo per fare alcuni esempi) e di natura privatistica (limiti nella relazione di cura, regole di responsabilità civile), vi è anche la sanzione penale a carico di chi fornisca prestazioni, anche "a beneficio del paziente", se non sono rispettate determinate regole di cautela.

2. Due scenari "così lontani così vicini"

Per tornare alla sent. n. 50/2022, il problema che la Corte costituzionale ha affrontato si potrebbe porre in questa prospettiva: a tutela della vulnerabilità della persona che, pienamente in grado di scegliere, abdichi alla propria vita con conseguente richiesta di ausilio ad un terzo, è costituzionalmente necessaria una «cintura di protezione indiretta rispetto all'attuazione di decisioni in suo danno», attraverso la minaccia di sanzione penale per i terzi che vi cooperino?

Per rispondere, devono considerarsi due scenari che anche la Corte ha distinto quando ha individuato la "portata" del quesito referendario.

Lo scenario prospettato dall'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione con l'attribuzione del titolo: "Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)" sembra, infatti, più ampio e, sul piano dei valori da tutelare, molto distante da quello che i promotori del referendum avrebbero voluto delineare con il titolo proposto: "Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole, informato".



Nel primo scenario, infatti, si colloca quello che la Corte ha individuato come il “risultato oggettivo” che sarebbe conseguito all’eventuale successo dell’iniziativa referendaria: con il proposto ritaglio dell’art. 579 cod. pen. sarebbe stata «penalmente lecita l’uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso» risultasse «invalido per l’incapacità dell’offeso o per un vizio della sua formazione». La normativa di risulta avrebbe liberalizzato qualsiasi condotta cooperativa rispetto alla richiesta della propria morte che riguardasse una persona in condizioni di capacità e la cui volontà non risultasse viziata da «violenza, minaccia o suggestione» o determinata dall’«inganno» altrui. E questo a prescindere dalle motivazioni del richiedente, dalla qualità del soggetto attivo, dalle «ragioni da cui questo è mosso», dalle forme di manifestazione del consenso e dai mezzi usati per provocare la morte⁴.

Il secondo scenario, evocato dal riferimento al “consenso informato” dei promotori, è quello della persona affetta da una malattia grave ed irreversibile che si rivolga ad un medico, nell’ambito di una procedura medicalizzata, controllata da una struttura del servizio sanitario nazionale, analoga a quella introdotta dalla sent. n. 242/2019 della Corte cost. per l’ipotesi di agevolazione nell’esecuzione del proposito di suicidio, nella disciplina di cui all’art. 580 cod. pen.⁵. Ci troviamo nella relazione di cura e fiducia tra un paziente, affetto da una grave malattia inguaribile, ed il suo curante.

I due scenari, che appaiono così vicini quando li si osserva nella prospettiva deformante degli artt. 580 e 579 del codice penale, sono “normativamente” lontani, come si chiarisce non

appena si cambia prospettiva e si assume, come ha fatto la Corte nel caso Cappato, quella della relazione di cura e fiducia⁶.

3. Quale tutela per la persona che chiede un aiuto medico a morire?

Se si conviene che la vulnerabilità della persona vada considerata dall’ordinamento anche rispetto all’esercizio consapevole del diritto di autodeterminazione sul proprio corpo che si espliciti nella richiesta di aiuto a morire, ci si può interrogare su quale tipo di intervento normativo sarebbe auspicabile. La Corte ha, infatti, riconosciuto che serve una tutela minima necessaria, ma che la tutela non è a contenuto costituzionalmente vincolato⁷.

La strada per rispondere a questa domanda è stata spianata dalla Corte costituzionale già con l’ord. n. 207/2018, che ha ritenuto necessario, anzitutto, distinguere i due scenari ora richiamati.

Nel caso di richiesta di aiuto a morire al di fuori di una relazione di cura e di un contesto di grave malattia, sembra opportuno mantenere un divieto generale, che inibisca l’intervento di terzi attraverso la sanzione penale.

Nel secondo contesto, sono pure necessarie regole di garanzia per le quali serve l’intervento del Parlamento. In proposito, preoccupa la discussione parlamentare in corso, nella quale sembra delinearsi una convergenza politica verso procedure di “morte medicalmente assistita” in cui il senso della relazione di cura e fiducia ed il rispetto del paziente – che considera l’aiuto medico a morire «l’unica via d’uscita per sottrarsi [...] a un mantenimento artificiale in vita non più

⁴ Corte cost., n. 50/2022, punto 3.2, della parte motiva.

⁵ *Ivi*, punto 3.3, della parte motiva.

⁶ Per tutti, più di recente: S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima e corpi prigionieri*, Bologna, 2021, *passim*.

⁷ Già Corte cost., n. 242/2019, punto 4 i.f., parte motiva, rispetto all’art. 580 cod. pen.

voluto» (Corte cost., ord. n. 207/2018) – rischiano di essere sviliti dalla burocratizzazione delle procedure⁸.

Sembra, allora, necessaria una riflessione sull'orizzonte valoriale che dovrebbe guidare la disciplina.

La contrapposizione tra tutela della vita e rispetto dell'autodeterminazione sul proprio corpo, come evidenziato da molti commentatori, appare sterile. La stessa differenza tra *disponibilità della vita da parte del titolare ed inviolabilità della stessa da parte di terzi* viene, in effetti, a vacillare quando dal problema del rifiuto di cure salvavita⁹ si passi alla richiesta di essere aiutati a morire. Lo testimonia il riferimento fatto dai promotori del referendum alla libertà di "disporre della propria vita" attraverso l'esercizio del proprio diritto di autodeterminarsi.

D'altro canto, il riferimento al valore dell'"inviolabilità" (più che della vita) della persona da parte dei terzi (la Carta dei diritti fondamentali UE parla di "diritto all'integrità della persona") può forse portare verso un'altra strada e ad un altro vocabolario, più utile a rispondere alla vulnerabilità del paziente che chiede al medico di essere aiutato a morire, senza invaderne ingiustificatamente la sfera privata. Per far ciò è necessario allontanarsi dalla logica dell'"omicidio del consenziente"/"aiuto al suicidio" del codice penale, per calarsi nel contesto della relazione di cura e fiducia in cui il paziente affida al medico la sua richiesta. Sono le vulnerabilità della persona che si trova in questo particolare contesto (di malattia, di avvicinamento della morte naturale e perdita di controllo sulla propria esistenza, di sofferenza esistenziale, fisica e psichica, e di

difficoltà di attribuire un senso alla propria morte) che devono essere considerate nel disegnare la tutela (anche e non solo penale) del paziente. Il richiamo all'"inviolabilità" della persona mi sembra richiedere di mettere al centro il rapporto tra libertà (il valore che sta dietro al diritto all'autodeterminazione sul proprio corpo) e dignità¹⁰. Se la libertà è un concetto eminentemente "individuale", l'affiancargli il concetto di dignità lo rende immediatamente relazionale¹¹. Non è una questione di concezione oggettiva o soggettiva della dignità, come valore astratto, ma di possibilità di riconoscere spazi per le decisioni libere della persona nell'ambito di una relazione di cura e fiducia che ne promuova la dignità nel morire. E se, come svela anche il termine inglese "dignified", la dignità è intrinseca alla persona, ma non può che essere riconosciuta da altri¹², non resta che recuperare, come in fondo volevano anche i proponenti del referendum, il senso vero di quel consenso "libero, consapevole, informato", tutti aggettivi che a ben vedere richiedono che sia il paziente ad essere libero, consapevole ed informato. L'intervento dei professionisti della salute (il medico, ma non solo) diviene allora fondamentale non tanto per il "controllo" di queste condizioni, ma per la loro stessa realizzazione: non può che essere compito del curante non solo appurare la condizione di sofferenza, ma anche prestare il proprio apporto professionale per lenirla, ove possibile; ed, ancora, rendere, per mezzo delle proprie competenze, il paziente edotto di eventuali alternative, ed, infine, più consapevole dei propri bisogni e, quindi, nelle proprie scelte.

⁸ V. il testo unificato (rel. Bazoli e Provenza), approvato alla Camera il 10.3.2022, ed ora in esame al Senato come d.d.l. S. n. 2553/2022, *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*.

⁹ Sul punto la storica sentenza del TRIB. ROMA, g.u.p., 17.10.2017, caso Riccio.

¹⁰ V. già art. 1 l. n. 833/1978.

¹¹ Di «nuova antropologia giuridica» parla S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 547 ss.

¹² Su questa ambiguità v. H. ARRENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004, pp. 412 ss.

Antonio Ruggeri

Professore Emerito di Diritto Costituzionale, Università di Messina

Mail: antonio.ruggeri@unime.it

Non sempre ciò che è chiaro e certo *in vitro* lo è anche *in vivo*. Così è per i concetti evocati dai termini che danno il titolo alla succinta riflessione che ora si avvia, a motivo del fatto che non si tratta di dati fissi ed immoti bensì di condizioni idonee a presentarsi in *forme* continuamente cangianti e, soprattutto, con *gradi* diversi, senza che sia affatto agevole stabilire quando se ne abbia effettivo e pieno riscontro. Si danno, tuttavia, per vero, circostanze al verificarsi delle quali è possibile senza soverchie difficoltà o incertezze predicarne ora l'esistenza ed ora la mancanza. Basti solo por mente al fatto che talune persone afflitte da gravissime patologie versano, a un tempo, in una condizione di certa vulnerabilità ed altrettanto certa incapacità di autodeterminazione, malgrado per una delle tante finzioni di cui si alimenta la vita del diritto il volere si consideri ugualmente esistente, ora perché manifestato dallo stesso soggetto prima che sopravvenisse la condizione patologica in cui versa ed ora – e peggio... – perché espresso per suo conto da terzi (in ispecie, da familiari) che lo garantiscono per certo. In entrambi i casi, si tralascia però, indebitamente, di considerare che – com'è stato ampiamente dimostrato da studiosi di varia estrazione (medici, filosofi, giuristi e altri ancora) – ciò che davvero conta è l'*attualità* del volere, *liberamente* e *consapevolmente* manifestato: tre requisiti, questi, che devono congiuntamente e simultaneamente aversi perché possa considerarsi sussistente il volere stesso. Dunque, anche laddove la persona abbia espresso il proprio pensiero con cristallina e cruda chiarezza in situazioni – diciamo così – di quiete, ugualmente nessuna certezza si ha a riguardo del fatto che lo stesso sia quello *attualmente vero*. Per questo

verso, il c.d. testamento biologico – espressione che giudico impropria ma che seguito qui pure ad adoperare unicamente per non discostarmi da una consuetudine linguistica alquanto consolidata – non è governato, se ci si pensa, da un regime diverso da quello del testamento *tout court*, potendo essere in ogni tempo entrambi modificati e persino riscritti di sana pianta. Più ancora, anzi, direi che ciò debba valere con riferimento alla vita, che è bene d'inestimabile valore.

È, poi, chiaro che si danno circostanze al verificarsi delle quali ogni decisione al riguardo adottata, *quale che sia*, si presenta ancora più tragica di quella che si ha in condizioni, sì, di grande sofferenza ma meno avverse; e basti solo por mente allo strazio al quale sono sottoposti i genitori (e familiari in genere) di bambini in tenera o tenerissima età afflitti da patologie gravissime, chiamati a determinarsi, in un senso o nell'altro, per conto di questi ultimi.

A rendere ancora più complicato il quadro è, poi, il fatto che non poche volte non è possibile oggettivamente stabilire né quando vi sia piena autodeterminazione né se sussista una condizione di vulnerabilità, dal momento che – come si diceva – possono entrambe presentarsi in gradi diversi.

Quanto alla prima, è un dato di comune esperienza quello per cui assai di frequente nei processi penali per omicidio si tenta di giocare la carta del momentaneo offuscamento della capacità d'intendere e di volere in capo al responsabile del crimine al fine di sottrarlo alla giustizia o di temperare la pena, senza che peraltro si disponga di indici che ne consentano in modo sicuro il riscontro. Non a caso, peraltro,

un'avvertita dottrina¹ ha patrocinato la tesi favorevole all'iniziativa referendaria volta alla parziale abrogazione dell'art. 579 c.p. con l'argomento che la parte residua dell'enunciato avrebbe comunque assicurato quella "tutela minima" al bene della vita nei cui riguardi la giurisprudenza costituzionale ha mostrato una spiccata, sensibile attenzione, facendone quindi il punto di forza della dichiarazione d'inammissibilità dell'iniziativa stessa adottata con la sent. n. 50 del 2022. La Consulta ha, però, in questa decisione giustamente spostato – mi è venuto di dire in uno scritto originato dalla lettura della stessa² – il tiro, rilevando come la "tutela" in parola debba sussistere ben oltre i casi, prefigurati dalla norma penale, non presi di mira dai promotori. Allo stesso tempo, ha preso opportunamente le distanze dall'idea, sottesa all'iniziativa referendaria e fatta propria dai suoi benevoli *laudatores*, dell'autodeterminazione quale valore bisognoso di affermarsi in modo tirannico su ogni altro, foss'anche appunto la stessa vita della persona, tenendo fermo piuttosto il punto secondo cui tutti i valori, in un ordinamento costituzionale e pluralista, sono chiamati a partecipare ad operazioni di "bilanciamento" secondo i casi. La soluzione adottata dalla disciplina penale dell'omicidio del consenziente e fatta oggetto di bersaglio dai promotori del referendum appare invero essere – si è fatto notare nello scritto da ultimo richiamato – *ragionevole e costituzionalmente necessaria*, muovendo dall'assunto che l'autodeterminazione, nel suo rapporto con la vita, non sia né *tutto* né *niente*, tant'è che la sanzione penale per l'uccisione del consenziente è in sensibile misura ridotta rispetto alla fattispecie

¹ Spec. A. PUGIOTTO, in più scritti, tra i quali *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 83 ss.

generale, di cui all'art. 575, eccezion fatta dei casi dallo stesso art. 579 riportati nell'orbita di quest'ultimo.

Quanto, poi, alla vulnerabilità, non è, per vero, chiaro quale idea davvero il giudice costituzionale se ne sia fatto, descrivendola anche in anteriori pronunzie in termini concettualmente incerti ed oscillanti, specie con riferimento ai casi in cui la stessa possa condizionare variamente l'autodeterminazione (v., ad es., sentt. nn. 141 e 242 del 2019). Di sicuro è dalla Consulta avvertito il bisogno di mettere al riparo il bene della vita in relazione a circostanze in cui potrebbe, a causa di un momentaneo momento di debolezza o di sofferenza, essere pregiudicato. Inequivoco è, al riguardo, un passaggio della 50, sopra cit., in cui si rimarca il bisogno di preservare la vita «soprattutto – ma occorre aggiungere non soltanto – delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate». Ancora si mette opportunamente in evidenza che «quando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene...» (punto 5.3 del *cons. in dir.*).

Il passo insegna molte cose: per ciò che è qui di maggior rilievo, due.

Per un verso, esplicitamente conferma che possono darsi "gradi" diversi – come si diceva – di "debolezza" e "vulnerabilità"; per un altro, che quest'ultima può legarsi non soltanto a condizioni di salute ma anche a qualsivoglia altra causa di sofferenza. D'altronde, è chiaro che chi

² *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, 464 ss.

desidera ardentemente porre fine ai propri giorni è perlopiù persona afflitta da indicibile travaglio interno, non escludendosi nondimeno quella eventualità del mero *taedium vitae* cui la stessa sent. 50 fa opportuno riferimento.

Insomma, sembra di capire che autodeterminazione e vulnerabilità possono presentarsi in una gamma assai estesa di misure e di varianti. Prendere per oro colato ciò che il soggetto dichiara di volere per sé (o, peggio ancora, è dichiarato da altri...) fa dunque correre alla vita rischi ai quali la stessa non può (e non deve) trovarsi comunque esposta.

Fin qui il punto di vista della Consulta, quale in particolare messo in chiaro nella sua ultima pronuncia in fatto di esperienze di fine-vita.

Ebbene, è interessante notare lo scollamento rispetto ad esso che invece si registra nella progettazione legislativa in cantiere riguardante le esperienze medesime. Lo spazio concessomi non mi consente di riservare qui la dovuta attenzione al testo unificato licenziato dalla Camera nel marzo scorso in tema di “morte volontaria medicalmente assistita”³. Mi limito solo ad indicare, con la massima rapidità, i punti di maggiore gracilità teorica dell’impianto argomentativo maldestramente eretto dall’autore del testo in parola, il primo dei quali è già reso evidente dalla norma di esordio dell’articolato, laddove al riferimento ad “una patologia irreversibile e con prognosi infausta” si aggiunge quello di “una condizione clinica irreversibile” (non presente – si faccia caso – tra le indicazioni date dalla Consulta in *Cappato*), senza che sia chiaro né in cosa si distingua dalla prima né quale possa esserne la consistenza e l’ampiezza, pur sembrando

evidente che il ventaglio sia suscettibile di spiegarsi in considerevole estensione.

In secondo luogo, l’intero articolato poggia sul presupposto, a mia opinione erroneo, che si dia un vero e proprio *diritto costituzionale* al suicidio medicalmente assistito, tant’è che, pur salvaguardandosi (in modo peraltro ambiguo) l’obiezione di coscienza del medico, la struttura sanitaria cui il paziente si rivolge (o chi per lui...) sarebbe tenuta a dar seguito alla sua volontà suicidaria. Con il che viene, per un verso, a riscontrarsi una grave torsione metodico-teorica, ove si convenga a riguardo del fatto che il suicidio – come si è tentato di argomentare altrove – è un *fatto* dolorosissimo sia per chi lo compie che per chi resta (sovente schiacciato da sensi di colpa per averlo forse incoraggiato o, comunque, per non essere riuscito ad impedirne la realizzazione) ma non già l’oggetto di un *diritto*, nella sua ristretta e propria accezione: i *veri* diritti costituzionali, al pari peraltro dei doveri, presuppongono infatti *tutti* la vita, non già la morte. Per un altro verso, poi, com’è stato egregiamente argomentato (ancora G. Razzano, nello scritto sopra richiamato), si assiste qui ad un’ulteriore, evidente deviazione dal solco tracciato dalla Consulta in *Cappato*, che ha inteso unicamente stabilire la non punibilità del medico che agevoli il comportamento suicidario, non pure introdurre obblighi di sorta a carico dello stesso o della struttura di appartenenza conducenti all’appagamento del supposto (ma inesistente) diritto al suicidio del paziente.

In terzo luogo, si fa qui un uso improprio e sibillino del termine “dignità” (e derivati), più volte evocato in campo, senza che, nuovamente, si capisca bene a cosa intenda farsi riferimento.

³ Su cui ho già avuto modo d’intrattenermi nel mio *Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita*, in *ConsultaOnline*, 1, 2022, 300 ss.; lo stesso, peraltro ha costituito

oggetto di acuti e pertinenti rilievi critici da parte di G. RAZZANO, *La proposta di legge sulla morte volontaria medicalmente assistita*, in *Federalismi.it*, 9, 2022, 53 ss.

Peraltro, lo stesso dettato in esame tiene – opportunamente – a distinguere tra la dignità stessa e la “qualità della vita” (v., part., art. 2), pur non dandone la necessaria chiarificazione. Già in altri luoghi di riflessione scientifica, ho ritenuto di dover opporre a quanti, numerosi, si sono dichiarati dell’avviso che condizioni di grave sofferenza pregiudichino la “dignità” che, in realtà, a patirne non è quest’ultima bensì la “qualità” della vita, dal momento che la dignità stessa, facendo tutt’uno con la *humanitas* della persona, non viene a mancare o risulta, come che sia, incisa per effetto dello stato patologico in cui la persona versa.

In quarto luogo, si prefigura l’esito che venga meno la cooperazione medico-paziente o, se si preferisce altrimenti dire, la fiducia da parte del secondo (o, *more solito*, di chi per lui...) nei riguardi del primo e che, a conti fatti, possa fare da arbitro della *querelle* il giudice, sicuramente non attrezzato per formazione culturale al fine di poter definire *causa cognita* il caso.

Qui, per vero, il discorso dovrebbe spostarsi alla più generale questione riguardante i conflitti tra esponenti del mondo del diritto (principalmente, legislatore e giudici) e tecnici o scienziati, in merito alla quale tuttavia nulla può ora dirsi⁴. Sta di fatto, però, che la chiusura del cerchio è dall’articolato in commento demandata ad un verdetto in sovrana solitudine emesso su questione scientificamente sensibile da chi non ne ha la naturale competenza, salvo naturalmente il caso che il giudice non reputi di dover chiedere lumi ad altro operatore sanitario: una eventualità, invero, da non scartare ma della quale non si fa qui, stranamente, parola alcuna. Si tenga, ad ogni buon conto, presente che il testo in esame presuppone che nei riguardi della volontà suicidaria manifestata dalla persona si siano già

negativamente espressi sia il medico o la *équipe* sanitaria che lo assiste sia il Comitato per la valutazione clinica allo scopo istituito.

È così, dunque, che può spegnersi una vita umana: come soleva dire una vecchia canzone, *senza un vero perché*.

⁴ Per ragguagli attorno al mio pensiero sul punto di cruciale rilievo, rimando a *Diritti fondamentali e*

scienza: un rapporto complesso, in *Consulta OnLine*, 1, 2022, 130 ss.

Vladimiro Zagrebelsky

Direttore del Laboratorio dei Diritti Fondamentali –
Collegio Carlo Alberto, Torino

Mail: v.zagrebelsky@gmail.com

Considero qui lo stato della questione in Italia, per trattare il tema della vulnerabilità, come concetto che interviene nel dibattito e nelle decisioni legislative o giudiziarie quanto a divieto o invece regolamentazione dell'aiuto al suicidio. Esso trova riscontro in varie esperienze di diritto comparato e riguarda l'aiuto medico al suicidio richiesto da persona malata, gravemente sofferente. Il superamento del divieto puro e semplice con sanzione penale è accompagnato dalla previsione di un comportamento attivo da parte della amministrazione pubblica, fornito a chi si veda riconosciuta la possibilità di ottenere aiuto al suicidio. La ipotesi dell'omicidio del consenziente (finitima, secondo quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 50/2022 che ha dichiarato inammissibile il referendum) non è considerata, così come non si tratta di un generale diritto al suicidio e all'aiuto a realizzarlo. Non è considerata quindi l'autodeterminazione della persona in generale, che pure in altri contesti è ritenuta espressione della dignità della persona, titolare del diritto di definire tempi e modi della propria morte (art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani)¹ o di una libertà garantita a livello costituzionale². Merita di essere comunque ricordato che nel quadro di un generale rispetto della volontà di morire, sono però ammesse e richieste condizioni e garanzie riguardanti il controllo della libertà e consapevolezza della volontà manifestata dal

soggetto³. Si tratta di tema che, nella sua difficoltà e centralità, è comune a qualunque disciplina che non si limiti ad un semplice generale divieto di aiuto al suicidio.

La discussione delle questioni di fine vita e di aiuto al suicidio vede abituale il richiamo alla necessità e dunque legittimità di prevedere condizioni e limiti alla eliminazione dei divieti previsti dalla legge, in funzione della protezione delle persone vulnerabili. Essa è menzionata dalla Corte europea dei diritti umani⁴, dalla Corte suprema del Canada⁵, dalla Corte costituzionale italiana⁶, dalle Corti costituzionali tedesca⁷ e austriaca⁸. Nella sua genericità l'argomento è tale da richiamare apprezzamento e condivisione. Tuttavia, a ben vedere, esso è tutt'altro che chiaro ed univoco nelle conseguenze che implica. Occorre chiarire quale sia il rapporto tra la persona che chiede di morire e la condizione di vulnerabilità. Ci si riferisce all'appartenenza ad una categoria generale di persone vulnerabili o alla vulnerabilità della specifica persona? Si considerano le persone in astratto vulnerabili o quelle in concreto "vulnerate"? Rileva solo la vulnerabilità attuale o anche quella ritenuta ineluttabile in futuro? Quale conseguenza della vulnerabilità si prende in considerazione? È lecito usare una persona che non presenta conseguenze della sua appartenenza ad una categoria vulnerabile per evitare rischi che si temono sulla condotta di altre persone vulnerabili? È lecito in questa materia ragionare per categorie, invece che in considerazione del dettaglio dei singoli casi?

¹ *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, §§ 64-67; *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011, § 51.

² Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2347/15, 26 febbraio 2020.

³ *Haas c. Svizzera*, cit., §§ 53-58.

⁴ V. nota 1.

⁵ *Carter c. Canada*, 6 febbraio 2015, punti 76, 86.

⁶ Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019.

⁷ Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2347/15, cit.

⁸ Verfassungsgeschichtshof, G 139/2019-71, 11 dicembre 2020.

La scissione possibile in pratica tra vulnerabilità per l'appartenenza ad una categoria astratta o come personale soggezione a conseguenze sul piano della "qualità" della maturata volontà di morire è provata dalla esperienza pratica. Essa è menzionata ad esempio dalla Corte suprema canadese, che ne ha fatto argomento di incostituzionalità di un divieto che si riferiva a situazioni personali diverse pur nel quadro di categorie astratte di vulnerabilità⁹. E ciò proprio in considerazione dell'incidenza della condizione personale sulla capacità di esprimere una valida volontà di morire. Invece la Corte europea dei diritti umani ha respinto il ricorso di persona che, pur trovandosi in condizioni di salute di drammatica gravità (vulnerabilità), era tuttavia del tutto in grado di esprimere una libera e consapevole volontà di morire¹⁰. In tal modo la Corte ha ignorato la natura della propria giurisdizione, che riguarda ricorrenti e casi singoli e ha fatto della persona della ricorrente oggetto e strumento di un indirizzo di politica generale¹¹.

Le cause o circostanze della vulnerabilità – cioè della speciale debolezza o esposizione ad essere feriti, colpiti, danneggiati da altri o da se stessi – sono varie ed eterogenee. L'elenco è aperto. Esso comprende fattori riguardanti la salute fisica compromessa o l'età, ma anche lo stato psichico, il contesto sociale della persona o la sua condizione economica. Questi ed altri – come la valutazione soggettiva dell'esaurimento del senso della propria vita – nella esperienza pratica, sono i motivi che spingono le persone al suicidio, senza che siano presenti condizioni mentali patologiche. Nella discussione attuale si vuole dar rilievo ai soli motivi legati a gravi, dolorose, inevitabili condizioni di malattia. In ogni caso l'incidenza di simili motivi rileva in quanto

ne derivino conseguenze sul piano della capacità di elaborare una decisione così grave come è quella di por fine alla propria vita. Con però un problema difficile, derivante dal fatto che la decisione di cui si tratta discende proprio da quei fattori che cagionano la vulnerabilità. Essi la spiegano e al tempo stesso la condizionano. In loro assenza l'idea stessa del suicidio non si presenterebbe. La depressione può essere il chiaro (e inquietante) esempio. Escludere la considerazione della volontà di suicidio perché è condizionata o è prodotta dai fattori che inducono la vulnerabilità significherebbe chiudere del tutto al rispetto della volontà della persona. E d'altra parte nella legge n. 219/2017 le condizioni di vulnerabilità del paziente non lo privano del diritto di rifiutare trattamenti sanitari, anche quando ne possa seguire la morte¹².

Stretto e inevitabile è il nesso tra le condizioni personali che determinano la vulnerabilità e la possibile incidenza sull'esercizio della autodeterminazione e sulla qualità e validità della volontà di porre termine alla propria vita. Un tale nesso indica la necessità di risolvere e rimuovere fin che possibile quelle ragioni di vulnerabilità (piuttosto che rassegnarsi a prender atto della volontà di morire che ne deriva). Si considera solitamente in primo luogo l'offerta concreta ed efficace di cure palliative e si tratta di un aspetto indispensabile. Ma il dolore fisico non è l'unico che rileva. Così volta per volta altri aspetti della condizione della persona vanno affrontati. E per far questo occorre l'intervento di professionalità ulteriori rispetto a quelle mediche. La condizione di libertà del soggetto nella decisione di morire potrà essere valutata solo dopo che chi la esprime ha vista offerta la possibilità di risolvere diversamente il complesso di ragioni che l'hanno

⁹ *Carter c. Canada*, cit., punto n. 86

¹⁰ *Pretty c. Regno Unito*, cit., § 73

¹¹ *Pretty c. Regno Unito*, cit., §§ 74-78.

¹² V. anche *Pretty c. Regno Unito*, cit., § 68

spinto su quella via. Indipendentemente dalla scelta fatta dalla Corte costituzionale e dall'orientamento conforme che il Parlamento pare incline a adottare, di ricorrere alla definizione di condizioni oggettive in cui la persona si trova, la questione della volontà di morire è in ogni caso fondamentale così come l'offerta (non vincolante, ma concreta) di alternative vie di uscita.

Nereo Zamperetti

Medico palliativista, Azienda ULSS 8 Berica – Vicenza

Mail: nereo.zamperetti@aulss8.veneto.it

Il tema dell'aiuto medico a morire è basilare per la Medicina, in quanto insiste sulla definizione del fondamento della moralità dell'attività di cura. La Medicina nasce come professione (cioè come una pratica fondata su una moralità interna) con il Giuramento di Ippocrate. Oggetto del Giuramento è la responsabilità (intesa come impegno morale irrinunciabile) del medico ad operare per il bene della persona malata, preservandola – per quanto possibile – in salute ed in vita. La Medicina nasce quindi come cura della fragilità, della vulnerabilità della persona. Ma quale fragilità? Nella visione classica, l'impegno richiesto al medico è concentrato sulla dimensione fisica della persona, per cui il medico è investito socialmente della *mission* (anche morale) di fare tutto il possibile per salvaguardare la salute e la vita delle persone a lui affidate; il limite al suo intervento è il limite intrinseco della Medicina nel sostenere la fragilità/vulnerabilità dell'organismo. In tale visione, il medico non può fare nulla contro la vita¹. Inoltre, in tale visione la persona malata è oggetto di cura, non soggetto delle decisioni; il medico è come un padre di famiglia che si prende cura di un bambino incapace

¹ Il giuramento di Ippocrate ad un certo punto recita "Non somministrerò ad alcuno, neppure se richiesto, né suggerirò un farmaco mortale"

² Dal Codice di Deontologia Medica 2006: «Art. 35, Acquisizione del consenso: Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. [...]. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente

di gestirsi (e si parla in questo senso di medicina paternalistica).

Negli ultimi decenni, si è andata affermando una visione che promuove la centralità della persona all'interno dei percorsi di cura che la riguardano. L'interesse si è quindi spostato dalla malattia alla persona malata, che diventa protagonista delle scelte fatte. Il fondamento etico dell'attività medica è sempre e comunque focalizzato sulla cura della vulnerabilità, ma il limite all'intervento medico è dato dalla possibilità che la persona riconosca la sua fragilità biologica come limite al proprio progetto di vita e quindi alla possibilità di intervento sul proprio corpo. La Medicina riconosce ufficialmente questa visione almeno dal 2006², il diritto lo ha fatto con la legge 219/2017. È una prospettiva che sostanzialmente rimane nel solco della visione classica della moralità dell'attività di cura: la persona ha il diritto di ricevere una cura, oppure può rifiutarla ed in tal caso di lasciarsi morire per la sua patologia – lasciando che la natura faccia il suo corso.

Con la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 è invece riconosciuta, per certe e limitate situazioni, la non punibilità del medico che – all'interno di un definito percorso di cura e assistenza – aiuti attivamente una persona a darsi la morte con un'azione a ciò diretta. Questo può avvenire solo quando, oltre ad altre condizioni³, la persona sia dipendente da supporti vitali che

incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente».

³ «[...] casi in cui l'aspirante suicida si identifichi (come nel caso oggetto del giudizio a quo) in una persona "(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli"». sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, richiamando l'ordinanza n. 207 del 2018

può lecitamente rifiutare, cioè nella condizione di una fragilità biologica incompatibile con la sopravvivenza; in tal senso, la Corte cerca forse di rimanere all'interno del paradigma tradizionale, pur portando questa posizione al massimo della tensione possibile⁴.

Con la proposta referendaria oggetto della sentenza 50/2022 della Corte costituzionale, si è tentato un ulteriore passo verso l'affermazione della autodeterminazione della persona, slegandola dalla fragilità/vulnerabilità. Il riferimento non è più l'art. 580 (Istigazione o aiuto al suicidio), in riferimento al suicidio assistito, ma il 579 (Omicidio del consenziente), ed il riferimento è quindi l'eutanasia. La Corte esamina il risultato del "ritaglio" proposto dal quesito referendario⁵ ed esprime diverse considerazioni⁶. Una delle più rilevanti, mi pare essere che l'eutanasia verrebbe sradicata da un contesto di cura (non necessariamente dovrebbe collocarsi in una situazione di malattia, né dovrebbe essere un medico a praticarla, né infine dovrebbe essere causata

attraverso farmaci che garantiscano una morte indolore). Sembra in questo modo che la Corte intenda che il contesto corretto per l'eutanasia è il contesto di cura.

La Medicina, quindi, non può chiamarsi fuori; è peraltro evidente che, a questo punto, dovrà far fronte ad un problema di enorme rilevanza. Da millenni abituata a confrontarsi con la fragilità/vulnerabilità dell'organismo umano, da pochi decenni essa sta tentando di far entrare nella sua visione anche l'autodeterminazione della persona malata, prendendo quindi in considerazione anche la fragilità/vulnerabilità della storia e del progetto di vita di questa persona. Il problema diventa allora capire se la Medicina considera accettabile poter intervenire su una persona che chiede di essere aiutata a porre fine alla sua esistenza, nel momento in cui il suo organismo non sia ancora così fragile e vulnerabile da non riuscire a sostenersi autonomamente. E

⁴ «[...] se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri», Corte costituzionale, sentenza n. 242/2019.

⁵ «Per effetto del ritaglio e della conseguente saldatura tra l'incipit del primo comma e la parte residua del terzo comma, la disposizione risultante dall'abrogazione stabilirebbe quanto segue: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno"», sentenza 50/2022 della Corte costituzionale, punto 3.2.

⁶ «Alla luce della normativa di risulta, la "liberalizzazione" del fatto prescinderebbe dalle motivazioni che possono indurre a chiedere la propria morte, le quali non dovrebbero risultare necessariamente legate a un corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari caratteristiche, potendo connettersi anche a situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo), sino al mero *taedium vitae*, ovvero pure a scelte che implicano, comunque sia, l'accettazione della propria morte per mano altrui. Egualmente irrilevanti risulterebbero la qualità del soggetto attivo (il quale potrebbe bene non identificarsi in un esercente la professione sanitaria), le ragioni da cui questo è mosso, le forme di manifestazione del consenso e i mezzi usati per provocare la morte (potendo l'agente servirsi non solo di farmaci che garantiscano una morte indolore, ma anche di armi o mezzi violenti di altro genere). Né può tacersi che tra le ipotesi di liceità rientrerebbe anche il caso del consenso prestato per errore spontaneo e non indotto da suggestione». Sentenza 50/2022 della Corte costituzionale, punto 3.2.

quale sia il valore da dare ad una così significativa fragilità/vulnerabilità biografica⁷.

È chiaro che più ci si allontana dalla visione tradizionale della moralità dell'attività di cura (fondata sull'attenzione alla dimensione biologica), più la Medicina dovrà cercare un altro fondamento, se vorrà far sì che la professione rimanga ancorata ad una sua moralità interna. Difficilmente tale fondamento potrà essere solo l'auto-determinazione della persona sofferente, anche se questa dovrà esserne parte costitutiva: è impensabile tanto spogliare il medico di ogni attributo etico, relegandolo a mero esecutore tecnico di azioni che si vorrebbero moralmente neutre, quanto immaginare un atto o, peggio, un percorso di cura che vada contro la volontà ed il progetto della persona cui si riferisce. Chi ha esperienza di cura di fine vita, sa peraltro che tale progetto di vita e di cura raramente è dato *ab origine* come entità cristallina; spesso deve essere costruito: la persona ha diritto di essere informata, di vedere riconosciuta e valorizzata la sua autonomia, ma anche di essere supportata, aiutata, talvolta consolata. Il rispetto dell'auto-determinazione non può essere vissuto dal curante come momento di estraneità ("io ti informo, tu decidi, io faccio"), quanto piuttosto di prossimità ("in questo momento difficile ti aiuto a comprendere davvero la tua situazione, ti prospetto quello che può esserti utile, ti aiuto a capire quello che vuoi davvero e ti sostengo nelle

tue decisioni; quello che mi interessa è che la tua decisione sia il più possibile conforme ai tuoi valori e non dipenda invece da incomprendimento o paura"). In questo senso, un percorso di decodificazione della domanda di morire è indispensabile⁸. Ma una volta chiarita l'autenticità della richiesta, la Medicina dovrà chiarire qual è la base morale per poter dare la morte ad una persona che lo richiede. La *World Medical Association* ha più volte sottolineato la sua assoluta contrarietà ad ogni atto mirato a dare deliberatamente la morte⁹, e tale ragionevolmente rimarrà la sua posizione – a meno che non cambi la definizione del fondamento della moralità dell'attività di cura.

In un testo recente¹⁰ ho potuto contribuire ad argomentare una possibile opzione; l'ho fatto non senza difficoltà, essendo un medico che – avendo più di sessant'anni – si è formato quando la visione classica della medicina era la sola possibile. La proposta fatta (che qui posso solo enunciare, e per la cui argomentazione rimando al testo citato) è di ridefinire come scopo della medicina e fondamento della sua moralità interna quello di «affiancare la persona malata per permetterle – in ogni momento e situazione della sua storia – di concepire e realizzare il miglior progetto di vita che le è possibile, stanti le sue possibilità, le sue aspirazioni ed i suoi limiti, e di aiutarla a realizzarlo attraverso percorsi di cura e un sostegno sanitario e sociale adeguati». Solo in

⁷ Chiedo scusa per il termine, che vorrei usare per intendere quelle che la Corte definisce nel passaggio sopra riportato come «situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo)».

⁸ Perché una persona chiede di essere aiutata a morire? È la presenza di un sintomo refrattario (il dolore, la dispnea o altro)? È la paura di un sintomo futuro, di morire soffocata o dilaniata dal dolore, o da sola – di notte – senza riuscire a chiamare aiuto? È richiesta disperata di rassicurazione e di presenza? È richiesta di attenzione, di essere badata, considerata (dai

familiari), oppure riconosciuta come persona, come interlocutore, come soggetto morale (dai curanti)? È la paura o, peggio, la netta sensazione di essere di peso? È una richiesta di senso di fronte alla perdita dell'autonomia o alla sofferenza? È una "fragilità biografica" insostenibile ed insanabile?

⁹ Nella *Declaration on Euthanasia* del 1987, nello *Statement on Physician Assisted Suicide* del 1992, nella *Resolution on Euthanasia* del 2002.

¹⁰ L. BUSATTA, N. ZAMPERETTI, *Scelte di (fine) vita: cambia il diritto, può cambiare la medicina?*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, XLII, 2020, 651-682.

questo modo, mi pare che si possa cercare di far convergere la cura della fragilità/vulnerabilità della persona malata e la promozione della sua autodeterminazione. Diventa così reale, «alla fine di un percorso di cura ben condotto e in cui la persona è stata ascoltata, supportata e accompagnata, anche la possibilità di discutere la richiesta di rinunciare ad un supporto vitale o addirittura quella di una eventuale assistenza medica al suicidio, accettando di valutare tutte le opzioni possibili ed eventualmente di concordare se e fino a che punto sia possibile procedere, nel rispetto della sensibilità morale di tutti i soggetti coinvolti (prima fra tutti la persona malata)».

Non sono sicuro che questa sia la proposta migliore. Ma mi pare una possibile base per aprire una discussione.

Vorrei a questo aggiungere solo un ulteriore pensiero. In questa prospettiva, è forse più corretto non focalizzarsi tanto sul termine di *obiezione di coscienza* per quei sanitari che ad un certo punto capissero di non poter farsi coinvolgere fino alla fine in questo accompagnamento, nel momento in cui il progetto di vita della persona contemplasse una richiesta di intervento attivo cui non si sentissero in coscienza di aderire. Preferibile mi pare la scelta di parlare di *disponibilità di coscienza* per quei curanti che sentono di potersi coinvolgere fino alla fine. Questa scelta semantica permetterebbe alla coscienza morale del singolo curante di impegnarsi a fondo in ogni storia, mettendosi in gioco volta per volta senza essere legata a scelte fatte a priori rispetto ad un intervento; perché il centro dell'attenzione non è la prestazione richiesta ma la persona che la chiede, e la dimensione morale della cura si gioca certamente su principi purissimi (il bene assoluto) ma anche e soprattutto nella fatica della realtà di ogni storia umana (il bene possibile). Ma anche questo punto mi limito ad enunciarlo, e

me ne scuso, non avendo il tempo e lo spazio per argomentarlo.

A proposito della sentenza n. 50 del 2022

Con la sentenza n. 50 del 2022 la Corte costituzionale si è pronunciata sull'inammissibilità del referendum sull'art. 580 del codice penale. La rilevanza dell'argomento affrontato e la particolare attualità del dibattito sulle scelte di fine vita rappresentano l'occasione per un approfondimento su alcune questioni affrontate nella decisione. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto ha proposto ad alcuni esperti una riflessione su quattro binomi intorno ai quali ruota l'argomentazione della Corte (ammissibilità e inammissibilità; vulnerabilità e autodeterminazione; volontà popolare e ir/responsabilità istituzionale; disponibilità e indisponibilità della vita).

Volontà popolare e ir/responsabilità istituzionale

Maurizio Benato

Già delegato FNOMCEO presso CNB

Mail: benatodr.maurizio@virgilio.it

Sono state ormai chiarite le motivazioni che hanno dato adito al rigetto da parte della Corte Costituzionale del quesito referendario che voleva intervenire sulla disposizione ex art. 579 c.p. relativa all'«Omicidio del consenziente». I temi che vengono trattati dalla Consulta ricalcano quanto la Corte ha già avuto modo di argomentare negli ultimi quattro anni, sul caso Cappato-Dj Fabo, caso portato all'attenzione pubblica, per l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dai fatti che circostanziavano il reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) da parte del Cappato per il DJ Fabo consenziente. Afferma la Corte che è illegittimo punire chi agevola il suicidio del malato che, in piena libertà e consapevolezza, decide di

rifiutare terapie mediche che gli infliggono sofferenze fisiche o morali, e che reputa contrarie al suo senso di dignità. Tuttavia, ribadisce la Corte, che urge un intervento del Legislatore per definire modi e condizioni di esercizio del diritto a ricevere un trattamento di fine vita. Insomma si riconosce l'illegittimità dell'art. 580 c.p., si riconosce il diritto all'autodeterminazione, si richiama il Parlamento al suo ruolo legislativo per colmare il vuoto che limita ad un solo tipo di procedura nella scelta di fine vita, ossia al rifiuto o all'interruzione di cure e alla palliazione; non ci sono infatti garanzie di autodeterminazione per chi invece voglia porre fine alle proprie sofferenze in maniera attiva e celere. Il quesito referendario ha sicuramente avuto ampio seguito nell'opinione pubblica, tanto che l'associazione Luca Coscioni, cui si deve la proposta, era riuscita a raccogliere più di un milione e 200mila firme per questa iniziativa. Dobbiamo pertanto constatare, come da altre esperienze della nostra storia politica del passato, che, salvo rari casi, le soluzioni abrogative, le uniche permesse dalla nostra legislazione e proprie del referendum popolare, si rivelano molto spesso insufficienti e con risultati insoddisfacenti per la tutela delle persone. Infatti il richiamo forte della Corte è ancora una volta diretto al Parlamento, cui è affidato il potere legislativo per espressione della volontà popolare e che, proprio in questi casi, ha il compito di porre al centro la persona e il suo diritto di scelta se questo è frustrato dalla assenza di leggi in materia; è urgente definire un bilanciamento costituzionale per il diritto all'autodeterminazione del consenziente, bilanciamento che assicuri una tutela minima del bene vita e subordini la depenalizzazione della condotta a un riferimento limitativo. Insomma occorre provvedere l'emanazione di una nuova disciplina che contempra diritti, prerogative, procedure, obblighi e tutele. Se vogliamo parlare di irresponsabilità,

questa è la massima irresponsabilità istituzionale che evidenzia l'incapacità di una classe politica di colmare un vuoto legislativo che non può essere ridotto ad una mera questione di bioetica. Infatti alla prestazione di aiuto materiale al suicidio, priva di disciplina legale, verso persone affette da una *patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche intollerabili, tenuta in vita con trattamento di sostegno vitale ma capace di prendere decisioni libere e consapevoli*, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto, vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi. Questo è sicuramente compito dell'ordinamento politico! Non si può dire che la discussione bioetica non avesse offerto spunti di approfondimento e utili per una soluzione. Il Comitato Nazionale per la Bioetica, dopo attenta discussione aveva già individuato le modalità atte a garantire l'equilibrio tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla vita, un diritto da sempre considerato fondamentale ma anche in grado di permettere la scelta di una morte dignitosa. Si era già interrogato, partendo dal consenso informato ritenuto logicamente prioritario, se questo istituto, che costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, possa incontrare un limite e aveva concluso che, senza il consenso informato, l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente. Pertanto è escluso che il diritto alla autodeterminazione terapeutica possa incontrare un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. La salute dell'individuo non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Nell'alleanza di cura tra il malato ed il medico, nel rispetto reciproco delle convinzioni culturali di ciascuno e nella ricerca fatta insieme di ciò che è bene, di fronte al rifiuto della cura c'è solo lo spazio per una strategia di persuasione, perché il compito del medico si esaurisce nell'offrire il supporto della massima solidarietà concreta

nelle situazioni di debolezza e di sofferenza. Certamente non si può escludere la possibilità, tutt'altro che remota, che la legittimazione del suicidio assistito nelle condizioni già citate dalla Corte ovvero in guaribilità, sofferenza insopportabile, consapevolezza, presenza di trattamenti di sostegno vitale, possa scivolare in un pendio inclinato dove potrebbero collocarsi domande di riconoscimento di altre forme e condizioni di anticipazione della morte con la giustificazione dei noti principi etici di giustizia, uguaglianza e non discriminazione. Anche la professione medica (FNOMCEO) da tempo ha sciolto due importanti nodi presenti nella sua pratica con risposte concrete e responsabili al quesito sulla natura e gli scopi della medicina e al conflitto tra paternalismo e autonomia. Ha precisato come il campo della medicina e quello della società siano sempre più intrecciati e assumano pertanto contorni sfumati e incerti; di conseguenza, un'indagine sulle finalità e valori della prima deve tenere in considerazione gli scopi e il substrato culturale della seconda. La via segnata è una ragionevole via di mezzo tra la concezione essenzialista che rintraccia i fini della medicina a partire da un'analisi sulla natura costitutiva della pratica medica e storicistica che afferma che la medicina consiste in un insieme di pratiche cliniche prive di un nucleo sostanziale stabile senza alcun compito dato a priori; i fini della medicina sono determinati dai valori e dagli obiettivi della società in cui opera la medicina stessa. E affrontando l'autonomia del paziente, pur ribadendo che non può essere una sommatoria di diritti o prerogative giuridiche, ha affermato che è un bene solo se è capace di stabilire con il medico una relazione che non smette mai di essere asimmetrica, per cui l'orientamento del medico è di fare "il bene del paziente" e le rispettive autonomie non sono da considerarsi poli opposti e in conflitto. Ha scritto Edmund Daniel Pellegrino bioeticista e

accademico americano «Quando siamo malati, il corpo non è più un docile strumento della volontà e non abbiamo le conoscenze e le abilità necessarie per fare le scelte che ristabiliranno la salute; siamo necessariamente soggetti al potere di altri; la nostra immagine integrata, il nostro “io” incarnato da cui la vita acquista il suo significato, viene coperto da un’ombra»¹.

In questo milieu culturale con un atto di responsabilità il Consiglio nazionale della Federazione degli Ordini dei Medici (FNOMCEO) ha approvato all’unanimità in data 6 febbraio 2020, una rilevante modifica dell’articolo 17 del Codice di Deontologia medica già intitolato “*Atti finalizzati a provocare la morte*” che escludeva a priori qualsiasi finalità a provocare la morte del paziente. La modifica attuata individua un’area di non punibilità disciplinare proprio per il medico che agevola l’esecuzione del proposito di suicidio.

L’attuale formulazione dell’art. 17 “*Atti finalizzati a provocare la morte*” è pertanto la seguente:

«Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte. La libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell’individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte Costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli

elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare».

Per concludere dobbiamo prendere atto che nella nostra società si confrontano responsabilità diverse che partono spesso da poli etici in opposizione, come ha affermato Max Weber, l’etica della convinzione o dei principi (*Gesinnungsethik*) di chi agisce seguendo il pensiero che ritiene giusto in sé, a prescindere dalle loro conseguenze e l’etica della responsabilità (*Verantwortungsethik*) di chi agisce tenendo conto delle conseguenze prevedibili delle sue scelte e dei suoi comportamenti. Sarebbe auspicabile che queste due visioni almeno per una volta agissero nel mondo su vie destinate a incontrarsi.

¹ In *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15, 1990, (fascicolo monografico dedicato all’opera di E. Pellegrino).

Lorenzo d'Avack

Professore emerito di Filosofia del diritto, Università Roma Tre

Mail: lorenzo.davack@tin.it

Fra i vari sintomi di crisi di cui soffre il nostro sistema politico-istituzionale, non ultimo appare la difficile convivenza tra la Corte costituzionale e l'istituto del referendum. È stato questo un recente periodo di proposte referendarie e fra queste in specie quella del partito Radicale in merito all'art. 579 c.p. *omicidio del consenziente*. Possono essere considerate la conferma di almeno una perdurante vitalità e attualità dell'istituto che consente di ritenere che la democrazia, garantita dal nostro sistema costituzionale, non è completamente rappresentativa, poiché si consentono interventi diretti del popolo su specifiche decisioni pubbliche.

Il referendum abrogativo in particolare ha risposto all'esigenza di garantire una partecipazione diretta del popolo alle decisioni collettive. Esso ha avuto l'innegabile merito di evitare che il principio di sovranità popolare si svolgesse interamente sul versante della mediazione politico-parlamentare. E il ricorso alla consultazione referendaria è stato tanto più frequente quanto in misura maggiore si è avvertita la sfiducia nella rappresentanza e la disaffezione dei cittadini alla vita politica.

Al contempo neanche si può parlare di una democrazia prevalentemente o totalmente diretta, poiché non è accolto il principio secondo il quale tutte le leggi possano essere sempre sottoposte alla volontà popolare (art.75 Cost.). Pertanto per definire la presente forma di stato democratica si sono suggerite formule di democrazia "semi-diretta" o democrazia "semi-rappresentativa". Tanto più che la Corte costituzionale ha ritenuto

che sulla disciplina legislativa che residua dall'esito abrogativo del referendum le Camere mantengano intatta la loro funzione legislativa, potendo «correggere, modificare o integrare la disciplina» risultante dall'esito abrogativo (Corte cost. 32/1993). Preclusa è la possibilità di prolungare gli effetti della legge abrogata in via referendaria, dovendosi così interpretare il limite, più volte ricordato dalla Corte stessa, in base al quale il legislatore non può far rivivere «né formalmente, né sostanzialmente» quanto abrogato con il referendum (Corte cost. 468/1990). E in questa prospettiva è possibile parlare di "irresponsabilità istituzionale".

Ovviamente il referendum si traduce anche in una responsabilità che scivola dal parlamento verso i cittadini. È possibile ipotizzare che il potere diretto dei cittadini, chiamati a scegliere contrasti di opinioni sorti nel proprio Paese, si debba assumere più di una responsabilità, in specie poi quando si tratta di una scelta referendaria (sì o no) che presuppone che i cittadini, oltre ad essere informati su possibili alternative, siano pronti a comprenderne i diversi significati soprattutto quando sono di forte impatto religioso ed etico.

Un esempio lo abbiamo avuto di recente con la proposta referendaria, anche se bocciata, sull'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), un referendum che ha risentito del vuoto legislativo perdurante da oltre due anni, malgrado le sollecitazioni della Corte costituzionale (ordinanza n.207/2018 e sentenza n. 242/2019) in merito all'aiuto al suicidio medicalizzato. Nelle more di questi due anni il Parlamento è stato silente e confuso e i disegni di legge presentati da diversi gruppi parlamentari risultavano impostati su di una regolamentazione piuttosto della eutanasia, che non del suicidio assistito medicalizzato¹.

Sarli; C. 1888 Pagano e C. 2982 Sportiello.

¹ Fra le proposte di legge: C.2 d'iniziativa popolare; C.1418 Zan; C. 1586 Cecconi; C. 1655 Rostan; C. 1875



Come a ritenere che tra gli artt. 579 c.p. e 580 c.p. non vi fosse alcuna reale e penale differenza². Ciò ovviamente non poteva non preoccupare, dato che non è la prima volta che il Parlamento ignorava o lasciava troppo a lungo senza risposta le indicazioni della Corte costituzionale. Ma il quesito referendario, portato avanti dall'Associazione Luca Coscioni sull'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), anche se almeno in parte nato quale reazione all'inerzia del legislatore, non avrebbe potuto fungere, così come formulato, da volano per il varo di una legge organica sul fine vita. È tuttavia un fatto incontrovertibile che anche dopo la bocciatura del referendum non si intraveda la conclusione dell'iter della legge sul fine vita, malgrado gli interventi giurisdizionali anche ai massimi livelli, tra i quali in ultimo la sentenza della Corte costituzionale del 2019. Resta la L. 219/2017 che regola il consenso informato e la possibilità delle disposizioni anticipate di trattamento.

Tuttavia, anche l'iniziativa referendaria con i suoi quesiti dovrebbe richiedere particolare attenzione. In definitiva il referendum non costituisce di per sé una forma approssimativa di democrazia "autentica", ma acquista una "utilità" democratica soltanto se ben strutturato nella sua disciplina positiva e se permette al popolo di intervenire effettivamente nelle decisioni del legislatore al fine di correggerle nel senso conforme alla volontà generale.

Come la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire in più occasioni ed anche nella fattispecie, il quesito referendario deve dunque risultare "omogeneo" e non è possibile che «l'obiettivo dei sottoscrittori vada desunto dalle

dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte e orali espresse in sede di giudizio di ammissibilità), ma esclusivamente dalla finalità "incorporata nel quesito", cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione e all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento» (Corte cost., sentenza 50/2022). Tanto più che la volontà popolare non può esprimersi in forme intermedie, quali ad esempio l'adesione parziale o condizionata ad una delle due opposte soluzioni proposte: la risposta dovrà essere uniforme. Nella fattispecie la Corte osserva che «può rilevare ai fini del giudizio di ammissibilità della richiesta referendaria, soltanto una valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se [...] il venir meno di una determinata disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale»³.

Nel referendum la volontà popolare non è autorizzata, ma costituisce sempre la risposta al quesito predisposto da altri soggetti (frequentemente cittadini promotori), pertanto è il referendum che deve dimostrare di assumere una conformazione veramente democratica, cioè di controllo democratico sull'operato degli organi dirigenti. E affinché questo avvenga bisogna anche che il referendum con i suoi quesiti non debba nutrire eccessiva fiducia sulla capacità generale della gente comune di riuscire a valutare la portata della materia. Nel nostro caso non in tutti i cittadini può esserci la necessaria

² Così è importante che la recente Proposta di legge di Alfredo Bazzoli, denominata "*Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*" (2022) sia stata approvata il 10 marzo scorso alla Camera risultato di una mediazione che ha tenuto conto di

tante sensibilità diverse. Un risultato importante anche se il percorso è ancora lungo e probabilmente nella seconda parte al Senato si dovranno affrontare diversi emendamenti.

³ Corte cost., sent. 50/2022.

consapevolezza critica per riuscire a esprimersi pro o contro la scelta di rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dei casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione. Siamo parlando di un bene come la vita, di un bene con tanti e tali riflessi esistenziali e sociali, individuali e collettivi che non possono essere affrontati con conoscenze superficiali. Se è indiscutibile, come ricorda la Corte, che il legislatore del 1930 intendeva con gli artt. 579 e 580 c.p. tutelare la vita umana intesa come un bene sempre indisponibile, anche in funzione dell'interesse dello Stato di conservare la vita dei propri cittadini, queste stesse norme possono oggi rientrare nel mutato quadro costituzionale che guarda alla persona umana come ad un valore in sé e non come un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi. E la Corte costituzionale (sent. n. 49/2000) ebbe a puntualizzare che le leggi "costituzionalmente necessarie" poiché sono dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento. L'art. 579 c.p. non può essere pertanto puramente e semplicemente abrogato a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale pur non trattandosi di una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, non essendo quella indicata, come ricordato, l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale del bene della vita umana. Discipline come quella considerata possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina, ma non possono

essere puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela del diritto alla vita. In tutte queste ipotesi l'approvazione della proposta referendaria che potrebbe rendere lecito l'omicidio di chi vi abbia validamente consentito, a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore, dal fatto e dai modi in cui la morte è provocata comporterebbe il venir meno di ogni tutela del diritto alla vita che, come la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire in più occasioni, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 cost., è «da iscrivere tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata in quanto appartengono... all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la costituzione italiana (sentenza n. 35/1997)».

Donata Lenzi

Parlamentare nella XV, XVI, XVII legislatura e relatrice della legge 219/2017

Mail: donata.lenzi@gmail.com

Le recenti sentenze della Corte costituzionale che dichiarano inammissibili tre referendum (eutanasia, depenalizzazione cannabis, responsabilità dei magistrati) hanno provocato la reazione negativa di quella parte di opinione pubblica che avendo individuato nella Corte il proprio riferimento si è sentito tradito. Le critiche pesano, incidono sull'autorevolezza dell'organo, ne appannano il ruolo. In un sistema democratico in crisi da tempo è interesse di tutti che le poche istituzioni che ancora godono di fiducia e svolgono un delicato ruolo di garante della Costituzione siano rispettate.

Si veda ad esempio Francesco Merlo che a proposito della recente sentenza sul doppio cognome scrive su *La Repubblica*: «è il confronto tra i diritti negati e i diritti concessi: solo il paragone con la svelta bocciatura dei tre referendum su eutanasia, la cannabis, e la responsabilità dei magistrati ha trasformato la laboriosa promozione del doppio cognome in una trovatina ideologica»¹. Al netto del malcelato maschilismo è una lettura negativa e tutta politica delle scelte della Corte. La sentenza sul doppio cognome non sarebbe l'esito di una lunga serie di pronunce dello stesso segno e un nuovo caso di supplenza dell'inerzia del parlamento, ma solo una compensazione, insufficiente, per precedenti decisioni che non andavano nel senso auspicato.

Certo la Corte non è tenuta ad adeguarsi ai voleri dell'opinione pubblica, ma non vive fuori dal mondo anzi in questi anni ha saputo spesso rispondere a nuove esigenze in tema di immigrazione, di famiglie, di fecondazione. Per farlo ha

progressivamente aumentato il proprio ambito di intervento con sentenze additive e regolatorie, in modo che si potesse fare a meno del Parlamento. Un ruolo più politico che crea aspettative e sconta delusioni. Mi chiedo allora se la Corte spinta ad agire sostituendosi ad un parlamento inerte non rischi però di prestare troppo il fianco al gioco politico.

Si prendano le delicate questioni di "fine vita". Dopo l'approvazione, con una maggioranza trasversale e non corrispondente a quella che sosteneva l'esecutivo, della legge 219/2017 la Corte costituzionale ha assunto un ruolo da protagonista con l'ordinanza 207/2018, la conseguente sentenza 242/2019 e poi la dichiarazione di inammissibilità del referendum (50/2022). Tutti atti stilati dallo stesso relatore.

Con l'ordinanza di "incostituzionalità prospettata" nel caso Antoniani-Cappato ha didatticamente dettato punto per punto al legislatore la normativa auspicata in materia di suicidio medicalmente assistito. Poi, a fronte dell'inerzia parlamentare, è passata dallo stimolo alla supplenza con la sentenza (242/2019) con la quale non ha solo stabilito la non punibilità in determinati casi del suicidio medicalmente assistito ma ne ha anche regolato la disciplina.

Al di là degli entusiasmi del momento bisognerebbe chiedersi se i puntuali vincoli stabiliti nella sentenza, a cominciare dalla dipendenza da sostegno vitale, fossero proprio necessari, o se non siano invece il risultato di una mediazione interna, oltre che uno schiaffo al parlamento. Mediazione necessaria quando non ci si limita a dire un sì o un no ma ci si esercita nella regolamentazione di un diritto, problema ben noto a chiunque abbia svolto funzioni legislative.

Purtroppo il fatto stesso che il parlamento non abbia reagito a questa palese invasione di campo

¹ F. MERLO, *Posta e risposta*, in *Repubblica*, 30 aprile 2022.

e ora si appresti a portare a termine (auspicabilmente) un testo di mera applicazione delle indicazioni ricevute è indicativo della difficoltà a legiferare in materia in una legislatura particolarmente travagliata.

Nella sentenza 242/2019 non si afferma un diritto assoluto a scegliere come morire con l'aiuto di altri ma si basa la decisione su modalità atte a garantire l'equilibrio tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla vita, diritto esplicitamente ribadito essere un diritto fondamentale.

In base ai principi affermati in quella sentenza l'inammissibilità del quesito referendario sull'eutanasia è palese, e tale sarebbe dovuta apparire almeno alla dottrina.

È possibile che l'intento dei promotori fosse consapevolmente e legittimamente solo politico. La campagna di raccolta firme è di per sé un momento di azione e sensibilizzazione sul tema oggetto del referendum, e a favore dei partiti che lo promuovono.

Non scandalizza chi fa politica il fatto che la narrazione che ha accompagnato la raccolta firme sia stata concentrata su casi dolorosi di persone gravemente malate o invalide che chiedevano un aiuto medico al morire. L'approvazione del quesito però non avrebbe portato a questo esito, non avrebbe garantito ai malati gravi l'aiuto medico richiesto. Avrebbe legittimato invece la morte su sua richiesta di chiunque, indipendentemente dalle condizioni di salute e al di fuori di qualsiasi procedura preliminare di verifica della capacità decisionale. Troppo tardi arriva infatti l'eventuale decisione del giudice, a persona ormai deceduta.

Vero è che in alcuni paesi in particolare in Paesi Bassi è da tempo in discussione una proposta che mira all'allargamento dei casi in cui chiedere l'eutanasia oltre i confini della malattia, per esempio per chi ha più di settant'anni, e la conseguente collocazione dell'eutanasia al di fuori

dell'ambito medico, ma questo confronto è lontanissimo dal dibattito italiano. Ci è stato detto che il malato con grandi sofferenze o disabilità avrebbe potuto ottenere la morte con l'aiuto del medico. Non ci è stato chiesto se fossimo d'accordo alla morte assistita di una madre disperata per la perdita di un figlio, o di un anziano che non vede per sé futuro.

Il fine dichiarato dai promotori, permettere di poter porre fine alle proprie sofferenze dovute alla malattia o all'invalidità, non corrispondeva a quello che il referendum ablativo avrebbe conseguito, la totale depenalizzazione dell'omicidio di un consenziente. Una discrasia che la Corte non poteva che rilevare: «l'effetto di liceizzazione dell'omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili».

Consapevoli dei limiti del quesito, i promotori sostengono davanti alla Corte che il reato di omicidio del consenziente non verrebbe del tutto depenalizzato in quanto rimarrebbe la rilevanza penale delle ipotesi di condotte a danno di persone minori o inferme di mente o affette da deficienza psichica o in caso di consenso estorto con inganno o violenza. Ma, invece ricorda la Corte tali fattispecie, mancando il consenso, rientrano in quella dell'omicidio comune. Personalmente poi considero pericolosa la tesi suggerita dai proponenti di far rientrare la delusione amorosa, che può essere fonte di sofferenza e disperazione come molti di noi hanno personalmente sperimentato, tra i casi di diminuzione della capacità psichica tale da invalidare il consenso alla richiesta di morte, perché si rafforzerebbe contemporaneamente la strada, già purtroppo praticata in alcune sentenze, di considerare incapace chi compie un femminicidio spinto dalla delusione o

dalla gelosia, indirizzando quindi la propria rabbia non verso se stesso ma verso l'ex partner.

In un contesto nel quale i precedenti orientamenti della Corte in materia erano stati salutati con favore e il quesito referendario viene tradotto in un sondaggio: "dite sì o no all'eutanasia?" la comprensione delle ragioni alla base della decisione della Corte è stata impossibile. Le reazioni negative alla bocciatura del quesito hanno costretto il presidente Amato a indire, altra novità, una conferenza stampa per illustrare le ragioni delle decisioni prese e in quella occasione Amato si è spinto fino ad indicare quali altre strade intraprendere per permettere alla Corte un diverso intervento, sempre a carattere additivo e regolatorio.

La Corte sembra quindi ancora più convintamente avviata lungo la strada di supplire alla assenza del parlamento pur scontando i rischi di una valutazione sempre più politica e strumentale del suo operato, ma nel contempo non sembra in grado di aiutare il parlamento a superare la crisi del sistema politico, come fece invece negli anni 90.

Non si cada però in un generico antiparlamentarismo affermando: "il parlamento non fa", quando il problema è che non ci sono in parlamento le maggioranze atte a sostenere le scelte in materia di diritti, anche perché la rigida politicizzazione del dibattito impedisce che si formino maggioranze temporanee e trasversali come altre volte è invece accaduto. Contribuisce a ciò il fatto che non sembra che ci sia collegamento alcuno tra l'orientamento espresso nei sondaggi, favorevole ad esempio all'eutanasia, e la forza politica scelta con il voto da molti dei quaranta milioni di elettori italiani.

Almeno il parlamento potrebbe aiutare la Corte a ridurre la sua esposizione pubblica accogliendo

la proposta di anticipare² la valutazione di inammissibilità in una fase anticipata e non finale del procedimento per l'indizione del referendum. Sarebbe un'operazione onesta verso i cittadini disposti a firmare il quesito e favorirebbe anche un uso più attento dello strumento referendario, una modalità di decisione che prevedibilmente negli anni prossimi aumenterà anche grazie alla semplificazione introdotta nella raccolta delle firme. Auspicabilmente però la strada migliore in una democrazia funzionante sarebbe quella che vede il parlamento riappropriarsi della propria competenza legislativa, esercitandola con orgoglio e nelle modalità richieste dai tempi che viviamo.

² Si tratta della proposta di legge A.C. 3379 dell'On. Ceccanti

A proposito della sentenza n. 50 del 2022

Con la sentenza n. 50 del 2022 la Corte costituzionale si è pronunciata sull'inammissibilità del referendum sull'art. 580 del codice penale. La rilevanza dell'argomento affrontato e la particolare attualità del dibattito sulle scelte di fine vita rappresentano l'occasione per un approfondimento su alcune questioni affrontate nella decisione. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto ha proposto ad alcuni esperti una riflessione su quattro binomi intorno ai quali ruota l'argomentazione della Corte (ammissibilità e inammissibilità; vulnerabilità e autodeterminazione; volontà popolare e ir/responsabilità istituzionale; disponibilità e indisponibilità della vita).

Disponibilità/indisponibilità della vita

Patrizia Borsellino

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Presidente del Comitato per l'etica di fine vita

Mail: patrizia.borsellino@unimib.it

Nel dibattito bioetico e giuridico sul fine vita l'alternativa tra indisponibilità della vita e disponibilità della vita si è ripetutamente proposta, ed è parsa poter assumere il ruolo di vera e propria "dicotomia strategica"¹, in relazione alle più controverse questioni – dal rifiuto dei trattamenti

salvavita, soprattutto, ma non solo, se affidato a una manifestazione anticipata di volontà, alla desistenza terapeutica, alla sedazione palliativa profonda – al centro del confronto e dello scontro sia in ambito teorico, sia in ambito politico-istituzionale. D'altra parte, se è vero che uno sguardo d'insieme sugli interventi normativi in materia di decisioni di fine vita, avvenuti nel nostro Paese nei primi due decenni degli anni duemila, consegna l'immagine di significativi riconoscimenti, sul piano giurisprudenziale e sul piano legislativo, del diritto di ogni individuo ad autodeterminarsi e a compiere scelte determinanti in relazione non solo ai modi in cui si svolge, ma anche a quelli in cui si conclude la sua esistenza, è, altresì, vero che si è trattato di riconoscimenti che, se pur alla fine conseguiti, sono stati contrastati (e ritardati) in nome del principio dell'indisponibilità della vita.

La messa in campo di tale principio ha rappresentato un elemento di centrale rilievo anche nella decisione che la Corte costituzionale ha assunto nella sentenza n. 50 del 15 febbraio 2022, dichiarando inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione parziale dell'art. 579 (omicidio del consenziente) del codice penale. Nel formulare il suo giudizio, la Corte ha, infatti, sostenuto la tesi che dall'interpretazione della disposizione risultante dall'abrogazione parziale dell'art. 579² sarebbe derivata una norma che sancisce «la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo»³. Per contro, ha ritenuto la

è commesso: 1. Contro una persona minore degli anni diciotto; 2. Contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3. Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

³ Sent. 50/2022, paragrafo 3.2.

¹ Per una approfondita caratterizzazione del "paradigma disponibilista" in contrapposizione al "paradigma indisponibilista" cfr. G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia*, Milano 2020.

² Il cui testo sarebbe stato il seguente: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto

norma oggetto del quesito “costituzionalmente necessaria” (se pur non a contenuto costituzionalmente vincolato) e, in quanto tale sottratta al referendum, poiché il suo venir meno comprometterebbe «il diritto alla vita riconosciuto implicitamente dall’art. 2 Cost. [...] da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell’ordinamento una posizione, per così dire, privilegiata, in quanto appartengono “all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”»⁴.

La Corte ha quindi fatto propria la considerazione dell’art. 579, nell’attuale formulazione, come “ultimo baluardo normativo” a presidio della vita come bene indisponibile per chiunque, e quindi anche per chi ha in gioco la propria vita (a prescindere dalle condizioni di salute o di malattia in cui si trova), e ne ha ritenuto inaccettabile l’eliminazione per le inevitabili ripercussioni negative che essa avrebbe sul «“cardinale rilievo del valore della vita”, il quale, se non può tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi, neppure consente una disciplina delle scelte di fine vita che, “in nome di una concezione astratta dell’autonomia individuale”⁵, ignori “le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite”»⁶. E, comunque – si legge nella sentenza – «quando viene in rilievo il bene della vita umana [...] la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima»⁷.

Nel porre con molta enfasi l’accento sul valore della vita, e nel paventare l’abrogazione di una norma, quale quella contenuta nell’art. 579 c.p., che protegge la vita, sottraendola alla libera

determinazione degli stessi individui ai quali la vita appartiene, la Corte ha inteso mettere al riparo dal rischio di avallare la morte procurata, previo loro consenso, sia di soggetti in condizioni di vulnerabilità e debolezza per ragioni ulteriori (affettive, familiari, sociali, economiche), rispetto a quelle previste ai punti 1 e 2 della norma di risulta, in cui troverebbero applicazione le più pesanti misure sanzionatorie previste dall’575 c.p., cioè per l’omicidio volontario, sia di soggetti che prestassero un consenso non inficiato dai vizi contemplati dal punto 3 della norma.

Una cautela (e un’intenzione) che potrebbe sembrare sovrapponibile a quella fatta propria dalla Consulta quando, nell’ordinanza n. 207/2018, osservava che, nonostante il tramonto della concezione della vita umana come bene indisponibile, anche (e soprattutto) in funzione dell’interesse della collettività, di cui era portatore il legislatore del 1930, e, per contro, il necessario riferimento a un quadro costituzionale che guarda alla valorizzazione della libertà di ogni persona come valore in sé, vi sono, buone ragioni per continuare a considerare la criminalizzazione non solo dell’istigazione, ma anche della cooperazione materiale al suicidio, funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela, e, in particolare funzionale alla protezione di «persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»⁸.

A ben guardare, però, nell’ordinanza del 2018, così come nella successiva sentenza n. 242 del 2019, la Corte sembrava preoccupata di prevenire il rischio di improprie intromissioni nella volontà di soggetti che versano in situazioni

⁴ Sent. 50/2022, paragrafo 5.2.

⁵ Sent. 50/2022, par. 3.2.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Ord. n. 207/2018, par. 6.

problematiche, più che di affermare con forza l'indisponibilità della vita come paradigma di riferimento nella delicata materia delle scelte di fine vita. D'altra parte, il rilievo dato, in funzione giustificante la rilevanza penale dell'aiuto al suicidio, all'esigenza di protezione degli individui deboli e vulnerabili, si accompagnava al riconoscimento che, nel multiforme orizzonte della vulnerabilità, rientrano soggetti, come i malati inguaribili e/o in condizioni irrimediabilmente invalidanti, ai quali non può essere preclusa, in nome dell'esigenza di protezione, la possibilità di sottrarsi a una sopravvivenza segnata da sofferenze divenute per loro insostenibili, e di farlo anche ricevendo assistenza nel porre termine alla loro vita, mediante il suicidio assistito, quando la soluzione, valutata come adeguata dagli interessati, non è offerta dalla non attivazione e dalla sospensione dei trattamenti e dalla messa in atto della sedazione palliativa profonda, vale a dire dalle strade per "lasciarsi morire", sulla cui praticabilità – rilevava la Corte – non si possono avere più dubbi dopo la legge n. 219/2017.

Riservando specifica attenzione alle situazioni "inimmaginabili" all'epoca in cui fu emanato il codice penale, proprie «di tutti quei soggetti che la scienza medica è divenuta capace di strappare alla morte», senza, tuttavia, poter «restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»⁹, nelle precedenti pronunce la Corte aveva quindi messo, per così dire, sullo sfondo il riferimento alla vita come valore cardine e bene indisponibile per colui al quale la vita appartiene, ravvisando nel divieto assoluto di aiuto al suicidio un'irragionevole e ingiustificata limitazione della libertà del malato di autodeterminarsi rispetto a qualunque

trattamento, fondata negli artt. 2, 13 e 32, comma 2 della Costituzione.

In altre parole, con riguardo a quella peculiare platea di soggetti, non si metteva in campo la, peraltro vaga e indefinita, nozione di "tutela minima" della vita da assicurare, sempre e comunque, per modulare, ridimensionare o annullare del tutto la libera autodeterminazione del soggetto.

Nella sentenza n. 50/2022, di cui pur la Corte cerca di accreditare la continuità con l'ordinanza n. 207 e con la sentenza n. 242, per quanto attiene all'affermazione della posizione apicale del diritto alla vita nell'ambito dei diritti fondamentali della persona¹⁰, i soggetti, che devono agli interventi della medicina il prolungamento di una sopravvivenza accompagnata da intollerabili sofferenze, rimangono, invece, ai margini degli scenari presi in considerazione per valutare la portata dell'art. 579 e della sua eventuale abrogazione parziale per via referendaria.

Si opera uno spostamento dell'attenzione su situazioni diverse da quelle che riguardano individui che si trovano ad avere un «corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari caratteristiche»¹¹, quando si paventa, in relazione alla normativa di risulta, l'effetto "liberalizzante" dell'uccisione di chi vi ha acconsentito. Né, d'altra parte, si attribuisce rilievo alla circostanza che, per un verso, non vi sia stato in un consistente arco temporale, perlomeno nella giurisprudenza di legittimità, "alcun precedente favorevole all'applicazione dell'art. 579"¹², e che, per altro verso, i rari casi, nel contesto di giudizi di merito, di incriminazione ai sensi dell'art. 579 c.p., abbiano riguardato, come è avvenuto, ad

⁹ O. n. 207/2018, § 8.

¹⁰ Sent. 50/2022, paragrafo 5.2.

¹¹ Sent. 50/2022, paragrafo 3.2.

¹² Cfr., al proposito, T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579*

c.p., in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del Seminario Ferrara, 26 novembre 2021. *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2022, 20-29.

esempio, nel caso del dott. Mario Riccio – poi prosciolto dall'accusa – in relazione alla vicenda di Piergiorgio Welby, atti posti in essere nei confronti di soggetti affetti da condizioni irrimediabilmente invalidanti e comportanti sofferenze per loro insostenibili.

Detto diversamente, nel formulare il suo giudizio, la Consulta non ha considerato meritevole di attenzione la circostanza che è proprio la fattispecie eutanastica¹³ quella in relazione alla quale l'art. 579 c.p. è stato, prioritariamente, se non addirittura esclusivamente, chiamato in causa, servendo, più che a proteggere la vita dei soggetti fragili nelle diversificate situazioni richiamate nella sentenza, a mantenere invalicabile l'argine che separa l'eutanasia da altri interventi di fine vita su persone malate e sofferenti, non più oggetto, come il rifiuto di trattamenti salvavita o la sedazione palliativa profonda, di valutazione negativa sul piano morale e, comunque, di condanna sul piano giuridico.

Ferme restando le specificità (e i vincoli) del giudizio di ammissibilità della proposta referendaria, di cui la Corte era investita, si può osservare che, se nel considerare le situazioni riconducibili sotto la previsione dell'art. 579 c.p., fosse stato dato il dovuto risalto ai sopra richiamati scenari di protrazione dell'esistenza che riguardano soggetti affetti da patologie irreversibili e in condizioni senza rimedio invalidanti, e al fatto che a caratterizzarli è stata la riconduzione dell'evento morte in un orizzonte di possibili, anzi, inevitabili scelte, con l'implicazione di portare in primo piano e di far apparire come ineludibile la domanda sulla spettanza delle scelte stesse, la Consulta si sarebbe trovata nella posizione migliore per superare la contrapposizione in astratto tra

¹³ Vale a dire, l'azione compiuta da un medico, o da un diverso soggetto, con «lo specifico e diretto fine di provocare la morte di un soggetto affetto da una malattia inguaribile, oppure che versa in una situazione

indisponibilità e disponibilità della vita, e possiamo aggiungere, l'alternativa tra affermazione e negazione del valore della vita, e, al tempo stesso, per sottolineare come a essere in primo piano, e a richiedere adeguate soluzioni sul piano normativo, sia stato, e sia tuttora, con specifico riguardo ai soggetti di cui sono gli interventi medici a rendere possibile la sopravvivenza, il problema di tutelare la dignità della vita, riconosciuta come diritto (non come dovere) e come valore, nella valenza biografica e non solo biologica.

È su tale sfondo, e avendo riguardo al problema della tutela della dignità, sino alla fine della vita, di individui gravemente sofferenti, che la risposta "disponibilista", secondo cui le scelte e le decisioni sul modo in cui si conclude, oltre che sul modo in cui si svolge la vita, non possono che rientrare nella sfera della libertà (e della responsabilità) di coloro ai quali la vita appartiene, avrebbe potuto configurarsi come quella non solo preferibile, ma addirittura come quella obbligata, se non si vuole cadere nel paradosso di legittimare, in presenza di scelte ineludibili, che siano altri a decidere e, quindi, a "disporre" dei modi in cui si conclude la vita degli individui di cui si mortifica la possibilità di scelta. E ciò avrebbe consentito l'emergere di un quadro valoriale di riferimento non eccessivamente sbilanciato, come è invece quello presente nella sentenza n. 50/2022, nell'enfaticizzazione della vita come valore e come bene sempre e comunque indisponibile.

Si tratta, a ben guardare, della prospettiva improntata a conciliare l'affermazione del valore della vita con il riconoscimento, ai soggetti in condizioni di sofferenza, del diritto di assumere

irrimediabilmente invalidante, assecondandone la volontà, per liberarlo dalla sofferenza». Cfr., P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto. Nuova edizione aggiornata*, Milano, 2018, 440.

decisioni destinate a incidere anche sulla conclusione della vita stessa¹⁴, grazie alla cui adozione già la legge n. 219/2017 ha ricondotto nella disponibilità di ogni individuo malato la facoltà di sottrarsi alla prosecuzione di una sopravvivenza divenuta per lui insostenibile, rifiutando la messa in atto di trattamenti di sostegno vitale o richiedendone l'interruzione. Ed è la stessa prospettiva nella quale, nel 2019, la Corte ha prospettato l'aiuto del malato a morire, nella forma dell'assistenza al suicidio, come l'ulteriore strada di cui riconoscere la praticabilità, andando oltre il punto al quale si è fermata la l. n. 219/2017, se non si vogliono privare, ledendone i diritti, persone malate e sofferenti dell'unica modalità con cui poter essere liberate dalla prigionia della loro insostenibile condizione.

Adesso che, come peraltro auspicato dalla Corte costituzionale non meno che dai proponenti il referendum, la parola è tornata al Parlamento, l'auspicio, pur non disgiunto da una certa dose di scetticismo riguardo ai tempi in cui l'obiettivo potrà essere raggiunto, è quello di una disciplina legislativa che, nella medesima prospettiva di conciliazione del valore della vita con l'idea della sua disponibilità, in determinate condizioni, per chi la vive, restituisca la possibilità di una morte dignitosa a tutti coloro che ne sono privati in nome di un preteso dovere di sopravvivere, anche se al prezzo di insostenibili sofferenze, e che lo faccia senza dimenticare dei soggetti al centro delle preoccupazioni dei proponenti l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., quelli che, per incapacità fisica, non possono attivare essi stessi il processo che conduce alla morte con un atto

suicidario, ma necessitano dell'intervento di terzi con un atto propriamente eutanasi.

¹⁴ Cfr. per una lettura in questa prospettiva della l. n. 219/2017 e della Sent. della Corte cost. n. 242/2019, P. BORSELLINO, *La legge n. 219/2017 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento": una risposta normativa orientata al superamento del conflitto sui principi*, Working Paper "Laboratorio di Politica comparata e Filosofia

pubblica" 3/2019, in *Annali 2019 del Centro ricerche e documentazione Luigi Einaudi*, pp. 1-15; EAD., *La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: presupposti, punti fermi e questioni aperte*, in G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), *La corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020, 39-58.

Marilisa D'Amico

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Prorettore delegato a legalità, trasparenza e parità di diritti, Università degli Studi di Milano

Mail: marilisa.damico@unimi.it

Il dilemma della disponibilità o indisponibilità della vita, tema fortemente impregnato di risvolti etici, sta impegnando da tempo la dottrina e la giurisprudenza (nazionale e sovranazionale). La recentissima decisione della Corte costituzionale (sent. n. 50 del 2022), che ha dichiarato l'inammissibilità del referendum abrogativo sull'art. 579 c.p., ribadisce alcuni punti fermi in ordine al bilanciamento tra autodeterminazione della persona e doveri di solidarietà, introducendo, al tempo stesso, ulteriori elementi problematici nel dibattito giuridico.

Con questa pronuncia, il Giudice delle leggi ha confermato, anzitutto, che il diritto alla vita è implicitamente riconosciuto dall'art. 2 Cost. e che, come tale, esso si colloca nell'ordinamento in una posizione privilegiata appartenendo – secondo la celebra formula della sentenza n. 1146 del 1988 – «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione». Con questi rilievi di ordine generale, la Corte si inserisce nel solco delle due pronunce “Cappato” (ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019), con cui è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale della fattispecie di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Con queste decisioni, complessivamente considerate, la Corte ha ricordato che il legislatore penale del 1930 intendeva tutelare la vita umana come bene indisponibile, anche in funzione dell'interesse che lo Stato riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini; e che, tuttavia, nel mutato quadro assiologico tratteggiato dalla Costituzione repubblicana, la ratio sottesa alle fattispecie penali di cui agli artt. 579 e 580 c.p., oggi, deve cogliersi nella tutela della persona, quale valore in sé, e non come semplice

mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi.

Secondo la Corte costituzionale, ancora, dal «cardinale rilievo del valore della vita» discendono due fondamentali precipitati: in primo luogo, che non può configurarsi un dovere di vivere a tutti i costi; in secondo luogo e in un senso opposto, che è inimmaginabile una disciplina delle scelte di fine vita che, «in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale», ignori «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite» (ord. n. 207 del 2018).

Dichiarando inammissibile il referendum sull'art. 579 c.p., la Corte arriva così ad affermare in modo lapidario che, quando si è al cospetto del bene della vita umana, «la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima». Ecco che entra in gioco nel ragionamento della Corte l'argomento della necessità di uno standard minimo di protezione del bene vita. Si tratta all'evidenza di uno snodo centrale, nell'impianto motivazionale della sentenza e più in generale nella disamina delle problematiche che attengono alle scelte sul fine vita; questo stesso snodo, peraltro, evoca una questione di fondo, su cui si sono diffusamente soffermati anche il comitato promotore e le associazioni intervenute a sostegno dell'ammissibilità del referendum, che riguarda la natura costituzionalmente imposta – necessaria o vincolata – del presidio penale in questo particolare ambito. Senza potersi qui dilungare in proposito, può essere utile ricordare, per cenni, che la dottrina, anche valorizzando alcuni importanti pronunciamenti della stessa Corte costituzionale, ha negato la possibilità di ricavare dal testo della Carta fondamentale degli obblighi positivi

di incriminazione; in questa prospettiva, è stato evidenziato inoltre che lo strumento penale – che deve operare come *extrema ratio*, laddove gli altri rami dell’ordinamento non siano in grado di offrire una tutela adeguata agli interessi coinvolti – non può mai essere piegato alla positiva realizzazione dei diritti fondamentali. In altre parole, la “tutela minima” che il bene vita necessariamente richiede, in virtù della sua quotazione costituzionale, può ma non per forza deve essere assicurata attraverso lo strumento penale¹.

Da parte sua, con la recente sentenza n. 50 del 2022, la Corte costituzionale, richiamando la tradizionale distinzione tra leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e leggi costituzionalmente necessarie, afferma che la disciplina oggetto del referendum, pur potendo essere modificata o sostituita dallo stesso legislatore con altra disciplina, non può essere abrogata in toto, «perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali essa si salda». Per rafforzare la propria conclusione sul punto, la Corte evoca il precedente della sentenza n. 35 del 1997, con cui era stata dichiarata l’inammissibilità di una richiesta referendaria in materia di interruzione volontaria della gravidanza, facendo valere, appunto, la necessità di una tutela minima per quelle situazioni che, sulla base della Costituzione, quella stessa tutela esigono.

Ora, alla luce di tutte queste considerazioni della Corte, è però necessario ricordare che, nel caso qui in oggetto, l’abrogazione della fattispecie di cui all’art. 579 c.p. presentava un carattere soltanto parziale: la normativa di risulta, infatti, avrebbe comunque garantito l’incriminazione dei fatti commessi contro un minorenne, una

persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un’altra infermità o per l’abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, ovvero, infine, contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione oppure carpito con inganno. La lettura che la Corte costituzionale offre sull’estensione e sulla idoneità di queste categorie ad offrire la richiesta “tutela minima” del bene vita è piuttosto netta: si dice, nella sentenza, che l’approvazione del referendum avrebbe reso indiscriminatamente lecito l’omicidio di chi vi avesse consentito a prescindere dai motivi per i quali il consenso fosse stato prestato, dalle forme in cui fosse stato espresso, dalla qualità dell’autore del fatto e dai modi in cui la morte fosse stata provocata, ciò che – ad avviso della Corte – «[avrebbe comportato] il venir meno di ogni tutela». Questa lettura però, pur confrontandosi in un fugace passaggio con la giurisprudenza di merito e soprattutto di legittimità (cfr. punto n. 5.4. del *Cons. in dir.*), non tiene nel dovuto conto il fatto che proprio l’esperienza giudiziaria ha fornito, nel corso degli anni, interpretazioni molto larghe dei concetti richiamati dall’art. 579, comma 3, c.p., facendo per l’effetto ricadere nella generale e più grave ipotesi di omicidio comune tutte quelle situazioni in cui la formazione della volontà autosoppressiva, agevolata con l’intervento del terzo, sia stata in qualsiasi modo viziata e condizionata dall’esterno (si vedano al riguardo Cass., sez. I pen., sent. n. 747/2019, sent. n. 3392/2018, sent. n. 43954/2010, e sent. n. 13410/2008). Una valutazione, insomma, quella offerta dalla Corte costituzionale che non tiene, a mio sommo parere, adeguato conto del “diritto vivente” e che,

obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita*, in *Forum di quaderni costituzionali*, I, 2022, 97 ss.

¹ al riguardo, si veda G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro It.*, 2009, 227 ss., e sia consentito il rinvio a M. D’AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull’art. 579 c.p., tra (presunti)*

pertanto, appare eccessivamente astratta; in questa sede, però, interessa soprattutto sottolineare che il punto di vista condiviso dalla Corte esprime un oggettivo sbilanciamento verso una protezione incondizionata del “bene vita”. In questo modo, il Giudice costituzionale sembrerebbe in definitiva marcare un’importante differenza con le due pronunce rese sulla finitima fattispecie dell’aiuto al suicidio nell’ambito del già citato caso “Cappato”, che pure ha richiamato in diversi passaggi della decisione; non si può infatti ignorare il fatto che, soprattutto nell’ordinanza n. 207 del 2018, la Corte costituzionale aveva coraggiosamente riconosciuto la centralità del diritto all’autodeterminazione nelle scelte sul fine vita. La sentenza n. 50 del 2022, invero, pare riproporre, sia pur in modo meno radicale, alcuni degli argomenti che erano apparsi sulla indisponibilità del bene vita nelle motivazioni dei giudici di merito del caso “Englaro”, prima che la Cassazione intervenisse in modo risolutivo nel 2007 con la ben nota sentenza n. 21748². In quelle decisioni, il diritto all’autodeterminazione nel rifiuto delle cure, garantito dall’art. 32 Cost., veniva contrapposto a un «dovere di (far) rimanere in vita», ricavabile dall’art. 2 Cost.

Rimane sullo sfondo un dato difficilmente contestabile: con la sentenza n. 50 del 2022, la Corte costituzionale ha precluso al corpo elettorale di pronunciarsi su una tematica estremamente importante e sentita nella società civile; questa scelta, richiamando le parole spese da parte di autorevole dottrina alla vigilia della decisione³, ha imposto una battuta di arresto, che si auspica essere soltanto provvisoria, a quel processo di modernizzazione e laicizzazione che da tempo è diffuso nella coscienza dei cittadini.

² sulla quale si rinvia a C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, III, 2008, 545 ss.

³ cfr. G. SILVESTRI, *Introduzione*, in M. D’AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il referendum sull’art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale – Rivista del Gruppo di Pisa*, I, 2022, 3 ss.

Luciano Orsi

Medico anestesista-rianimatore e palliativista

Mail: orsiluciano@gmail.com

In merito alla sentenza n. 50 del 15/2/2022 della Corte costituzionale, ove viene più volte richiamato il paradigma etico-giuridico della indisponibilità della (propria) vita con relativo dovere di attuare una tutela minima del diritto alla vita, occorre aprire una attenta riflessione sulla persistenza di tale indisponibilità alla luce dell'odierno contesto medico-sanitario e sociale. Il costante progresso delle conoscenze medicoscientifiche, supportato da un grande sviluppo tecnologico, ha realizzato un innegabile mutamento dell'andamento delle patologie cronico-degenerative (cancro e non cancro) e anche degli esiti di patologie acute; tale mutamento modifica sostanzialmente sia il processo di avvicinamento alla morte, sia quello del morire.

La Medicina odierna, infatti, oltre ad assicurare indubbi ed enormi benefici per una grande maggioranza di cittadini e malati, inevitabilmente tende a creare, in una piccola minoranza di malati, situazioni di grande sofferenza psicofisica legata ad un lento e penoso percorso di terminalità (es. malattie neurologiche) o a situazioni di cristallizzazione di malattia e disabilità gravissime (es. Fabiano Antoniani). Questa area grigia della Medicina si colloca in una posizione intermedia tra una precedente situazione di vita e salute non più ripristinabili ed una morte che è sospesa nel suo determinarsi o che si attuerà in tempi lunghi e in modi dolorosi.

L'esistenza di questa crescente area grigia di sospensione tra la vita e la morte impone scelte di trattamento o non trattamento al fine di ridurre al minimo la probabilità che il malato entri in tale area, definibile come "situazione infernale" o, con le parole della sentenza 50/22, «corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari

caratteristiche». Gli standard decisionali classici della bioetica e del biodiritto, quali il consenso informato, la pianificazione anticipata/condivisa delle cure, le Disposizioni Anticipate di Trattamento e la proporzionalità delle cure, sono giustificati proprio dalla necessità di permettere una scelta individuale sull'accettabile grado di rischio di entrare nell'area grigia. Analoghe considerazioni vanno svolte in merito alla decisione di terzi (es. sanitari) quando compiono scelte basate sul *best interest* del malato o sulla sproporzionalità/futilità di trattamenti, soprattutto di sostegno vitale. Anche in tal caso ci si propone di ridurre il più possibile tale rischio.

In questa prospettiva, le scelte individuali dei malati o dei loro rappresentanti legali e dei sanitari, sanciscono, di fatto, una disponibilità della vita. Infatti, la conseguenza di tali scelte impatta direttamente sulla durata della vita residua e del processo del morire oltre che sulla loro qualità. Un consenso, un rifiuto o una rinuncia di trattamento (attuale o anticipato), così come una scelta di terzi basata sulla proporzionalità, costituiscono la cifra di una disponibilità della vita biologica ormai realizzata nei fatti e, peraltro, sempre più presente nella realtà clinica quotidiana. La Medicina attuata nell'odierno contesto sociale rappresenta pertanto l'emblema della disponibilità della vita propria, in caso di scelte basate sull'autodeterminazione individuale, della vita altrui se basate sul criterio etico di proporzionalità/futilità dei trattamenti.

Un secondo elemento che ha contribuito a scardinare il paradigma dell'indisponibilità della vita è lo scollamento che l'attuale Medicina ha creato, in quell'area grigia di situazioni infernali, tra vita biologica e vita biografica.

Ad esempio, un malato affetto da Sclerosi Laterale Amiotrofica (come molti dei casi che hanno animato il dibattito pubblico in questi ultimi anni) o da esiti di malattie acute o

politraumatismi (es. DJ Fabo) può considerare esaurita la vita biografica a dispetto di una vita biologica avviata, rispettivamente, ad una prolungata terminalità (settimane-mesi) o sospesa in una cristallizzazione della durata indefinibile.

L'evoluzione delle concezioni individuali e sociali di dignità della vita e il crescente affermarsi di una autodeterminazione anche in campo sanitario, hanno condotto ad una visione critica della vita biologica, la cui durata non è più considerata come un assoluto valore in sé, se non ove correlata con una valutazione (individuale prima che sociale) della qualità della vita e del senso da attribuire ad essa. L'emergere del parametro di giudizio biografico ha comportato che la vita biologica rimanga un valore quando il sopravvivere rientra nell'universo valoriale dell'individuo e nella concezione antropologica e spirituale che egli assegna al mero sussistere sul piano biologico.

Ne consegue che, quando la vita biologica può proseguire a discapito di una vita biografica che si sta ormai compiendo nel vissuto del malato, la sopravvivenza in quelle condizioni crea una sofferenza psico-esistenziale tale da indurre, in una minoranza di persone, il desiderio di riallineare le due traiettorie di vita e reclamare una disponibilità della fine della vita biologica.

Il paradigma dell'indisponibilità della vita appare quindi superato nei fatti, risultando confinato in epoche storiche antecedenti all'attuale contesto sanitario e sociale. Epoche in cui la scarsità delle conoscenze scientifiche e la assenza o esiguità della tecnologia, rendevano impossibili o improbabili reali poteri di incidenza sul decorso delle malattie e sulla loro epidemiologia. Epoche in cui gli assetti sociali erano caratterizzati da un ruolo del cittadino malato subalterno all'istituzione (anche sanitaria) perché privo di conoscenze, consapevolezza e diritti. Questa antica indisponibilità era pertanto collocata e originata più nella

contestuale realtà sanitaria e sociale di quei tempi che nelle teorizzazioni etico-deontologiche e giuridiche.

In base all'analisi fin qui condotta appare quindi problematico definire oggi le forme e l'estensione della tutela minima del diritto alla vita poiché questa tutela non potrà certamente violare le concezioni individuali di ciò che è bene e ciò che è male per sé stessi nel campo delle scelte sanitarie. Il che comporta che la tutela minima del diritto alla vita non potrà imporre scelte di trattamento al solo scopo di prolungare la vita biologica anche quando la vita biografica sia giunta a conclusione nel sofferto vissuto della persona sospesa nell'area grigia.

La tutela, non a caso definita minima nella sentenza 50/22 della Corte costituzionale, dovrà limitarsi a salvaguardare la reale validità del consenso informato alla Morte Medicalmente Assistita (MMA) oltre che proteggere soggetti deboli e vulnerabili.

Ma tale minima tutela non potrà costringere a continuare a vivere persone malate, pervenute, dopo un percorso di malattia acuta o cronica, in quell'area grigia sospesa tra la vita e la morte, in cui l'individuo non percepisce più valore o senso nonostante i possibili supporti offerti dalla migliore Medicina, cure palliative comprese.

Le cure palliative sono infatti in grado di ridurre enormemente le richieste di MMA classificabili come improprie perché legate a sofferenze psico-fisiche trattabili, ma non sono in grado di annullare la domanda (propria) correlata a sofferenze, soprattutto di tipo psico-esistenziale, che risultino non trattabili con le cure palliative. Di qui il dovere di offrire a tutti i malati che fanno richiesta di MMA il miglior sistema di cure palliative possibile, anche nell'ottica di tutelare il diritto alla vita. Ma le cure palliative non possono essere strumentalizzate per ignorare le richieste proprie dei malati in tema di MMA.

Laura Palazzani

Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università Lumsa di Roma

Mail: palazzani@lumsa.it

Il quesito referendario esprimeva una domanda di fondo: è sufficiente il consenso “valido” espresso da un adulto consapevole e libero per legittimare la soppressione della vita? In altri termini, il quesito assumeva come requisiti per l’acertamento della validità la consapevolezza e la libertà dell’individuo adulto, escludendo i minori, le persone in condizione di infermità, deficienza psichica o abuso di sostanze e condizionati da pressioni e coercizioni esteriori quali violenza, minaccia, inganno, suggestione. Il referendum, se ammesso e tradotto in norma, avrebbe modificato sostanzialmente il significato originario dell’art. 579 del codice penale. La punizione dell’omicidio del consenziente nasceva dall’intento di tutelare la vita umana come una sorta di «cintura di protezione», afferma la Corte, anche nei casi in cui il soggetto titolare del diritto volesse rinunciarvi, con l’aiuto diretto di altri, mentre la formulazione del quesito esprime un orizzonte concettuale favorevole alla piena disponibilità della vita, con pochi limiti. Il quesito formula la possibilità di una sorta di “contratto di morte”, ad eccezione dei casi in cui il consenso non sia valido o abbia un vizio di forma, a prescindere dalla specificità del caso concreto e della modalità dell’azione. Scrive la Corte: «rimarrebbe la rilevanza penale dell’omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi: sicché la norma verrebbe a sancire, all’inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo».

La Corte costituzionale afferma: «L’effetto di liceizzazione dell’omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non

risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili». La sentenza della Corte mette in luce che nel quesito referendario non si fa alcun riferimento alle motivazioni della richiesta di morte, alle condizioni cliniche oggettive o alle condizioni psichico-emotive soggettive, con specifico riferimento alle situazioni in cui si trovano a vivere i malati in alcune patologie in cui il corpo può essere vissuto come una “prigione”. Tra i casi più discussi: i casi di paralisi e privazione di possibilità di movimento, condizione di assoluta dipendenza dall’assistenza di altri o dalla assistenza di tecnologie di sostegno vitale, condizione di esistenza di gravosa sofferenza fisica e/o psichica non lenibile, sempre oggetto di dibattito bioetico e biogiuridico.

La non contestualizzazione della richiesta rispetto a specifiche condizioni cliniche (elementi invece presenti nella sentenza n. 242 del 2019 sulla parziale abrogazione della punizione del suicidio assistito), porta ad un ampliamento della possibilità di richiesta di essere uccisi anche a casi di disagio affettivo, abbandono, crisi familiare, sociale, economica, ossia a «tutti quei casi spesso citati per destare perplessità sulla tenuta del quesito referendario, come la delusione amorosa, la crisi finanziaria dell’imprenditore» o semplicemente la c.d. stanchezza di vivere. In questo senso l’abolizione parziale dell’art. 579 del codice penale non corrisponde all’eutanasia, il cui significato biogiuridico consiste in una richiesta di un malato affetto da patologia grave ed irreversibile, con sofferenze fisiche e/o psichiche insopportabili.

La Corte, nel prendere una posizione contro il quesito referendario, esplicita che esistono limiti alla disponibilità assoluta della vita umana: anche se ci fosse convergenza occasionale tra volontà, la volontà di essere uccisi e la volontà di

uccidere, l'atto in sé rimane illegittimo, in quanto prevale il valore della vita umana, come oggetto costitutivo della tutela del diritto oltre il contratto tra le parti. In altri termini, il contratto non può avere come oggetto il bene vita, come valore indisponibile, eccedente rispetto al contratto stesso.

La Corte sottolinea che in questo caso «viene in considerazione un valore che si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona», il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost. e riconosciuto esplicitamente dalla giurisprudenza della Corte, come «diritto inviolabile», che occupa nell'ordinamento una posizione «privilegiata», in quanto «valore supremo» (sentenza n. 35 del 1997); «matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona» (sentenza n. 238 del 1996). La Corte richiama l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019, ove si è ribadito che il diritto alla vita, riconosciuto esplicitamente dall'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), è il «primo dei diritti inviolabili dell'uomo» in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri, ponendo altresì in evidenza come da esso discenda «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire».

Emerge in modo chiaro, sul piano filosofico, un elemento centrale: la sentenza n. 50/2022 nel rigettare il referendum non accetta la visione relativistica che pone una equivalenza neutrale tra la scelta di vivere e la scelta di morire, in quanto si riconosce che il diritto ha già una posizione al riguardo, a favore del vivere, riconosciuto come valore costituzionale in sé, rispetto al morire. Già nell'ordinanza n. 207/2018 e poi nella sentenza n. 242/2019 la Corte ribadisce il «cardinale

rilievo del valore della vita», il quale, se non può tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi, neppure consente una disciplina delle scelte di fine vita che, «in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale», ignori «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite».

La Corte non solo prende le distanze dal relativismo, ma anche dal vitalismo che afferma il valore assoluto della vita e il dovere sempre incondizionato di vivere e dal libertarismo forte che afferma il valore assoluto e incondizionato della libertà e dunque il diritto di morire sempre e comunque, a prescindere da qualsiasi limite o condizione.

Il punto su cui insiste la Corte fa emergere una visione filosofica che prende le distanze dalle visioni estreme (siano esse a favore della vita che della libertà), ricerca una mediazione e un bilanciamento tra i valori dell'autodeterminazione e della vita per quanto riguarda le questioni di fine vita, ritenendo comunque che il bene vita debba sempre avere una «tutela minima». «Quando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima».

È questo un passaggio filosoficamente cruciale, che riconosce un significato intrinseco del diritto: il diritto non è una forma vuota riempibile di qualsiasi contenuto posto dal legislatore (come sostiene una visione giuspositivistico formalista), ma ha un contenuto privilegiato, almeno minimo (una sorta di diritto naturale minimo), che riguarda il riconoscimento della vita come un bene da proteggere, dunque indisponibile. Il diritto non è riducibile a strumento della volontà

individuale, ma è una modalità di difesa – almeno minima – dell'uomo e della vita, come condizione della stessa libertà. Il bilanciamento esige uno sforzo complesso, soprattutto nell'ambito delle condizioni di fine della vita umana: uno sforzo che deve guardare anche alle condizioni concrete dell'esistenza, rinunciando a teorie astratte lineari e univoche tra disponibilità e indisponibilità.

La teoria della indisponibilità assoluta e della disponibilità assoluta della vita umana non sono sostenibili: la prima esigendo la vita ad ogni costo, è incompatibile con l'ormai riconosciuto limite dell'accanimento clinico o ostinazione irragionevole dei trattamenti (in condizioni di inefficacia, futilità, gravosità); la seconda partendo da un individualismo autoreferenziale esalta il principio di autodeterminazione incondizionato, inapplicabile nei contesti concreti relazionali di fragilità.

La Corte afferma: «Discipline come quella dell'art. 579 cod. pen., poste a tutela della vita, non possono, pertanto, essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale». Il nucleo minimo di tutela del diritto alla vita costituzionalmente necessario si può garantire soltanto limitando l'autodeterminazione del titolare in ordine al proprio diritto alla vita e al diritto altrui. Esiste, insomma, una "etica del/nel diritto" espressa nei valori e diritti fondamentali dei documenti internazionali (Dichiarazione universale dei diritti umani 1948, Carta europea dei diritti fondamentali 2000) e dalla Costituzione, oltre ai principi generali dell'ordinamento giuridico, che protegge il diritto a vivere dunque la indisponibilità della vita e non considera il diritto di morire.

Il diritto alla vita va protetto in particolare per le persone più deboli e vulnerabili. La Corte

evidenza che vulnerabili non sono solo i minori, i malati psichici, i soggetti oggetto di coercizione, ma anche le persone malate inguaribili e sofferenti. Ed è proprio su questi casi delicati che il diritto deve oggi misurarsi per una legislazione bilanciata, frutto di complesse mediazioni etiche e sociali, senza dimenticare i valori etici fondamentali del diritto.

Lorenza Violini

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano "La Statale"

Mail: lorenza.violini@unimi.it

L'ampia e controversa tematica delle decisioni di fine vita è attraversata dalla irrisolta tensione su come, in tali ambiti, possano trovare concretizzazione e attuazione alcuni centrali principi, diritti e norme costituzionali quali il principio personalista, i doveri di solidarietà, il principio dignitario e il principio di eguaglianza. A seconda, infatti, del contenuto che si conferisce a questi principi e a seconda di come si voglia condurne una lettura sistematica nel quadro complessivo dell'ordinamento, essi possono essere invocati per porre argini all'autodeterminazione individuale o per avvallarne una esegesi molto estensiva, così estensiva da condurre a rivendicare un vero e proprio diritto a morire anche per mano altrui e per la sola presenza della relativa volontà del richiedente. È quello che accade nella presente discussione sulla legittimità costituzionale delle norme che sanzionano il suicidio assistito e l'omicidio del consenziente, su cui si è pronunciata la Corte nel caso Cappato (sent. 249 del 2019, anticipata dalla ord. 207 del 2018) e, più di recente, nella sent. 50 del 2022 sulla inammissibilità del quesito referendario avente ad oggetto l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale; nelle discussioni pubblicamente condotte, infatti, favorevoli e contrari alla conservazione dello *status quo* si sono scontrati proprio sul significato del principio personalista e del principio di benevolenza/solidarietà, invocati entrambi a sostegno delle proprie opposte tesi.

Tra le molte e complesse questioni affrontate dalla Corte in queste capitali decisioni emerge un ulteriore aspetto, che entra a comporre il quadro argomentativo e che riguarda la natura del bene

vita, ossia se essa sia disponibile per il titolare della stessa o se si tratti invece di un bene indisponibile. Nel dichiarare l'inammissibilità del referendum abrogativo parziale dell'art. 579 cp, infatti, la Corte ha chiamato in causa la necessità di una tutela minima del diritto alla vita che sarebbe stata messa a repentaglio da un eventuale esito positivo della consultazione referendaria. E proprio nell'argomentare logico dei giudici costituzionali si richiama, per contrasto, l'indisponibilità della vita umana laddove si afferma che, a seguito di abrogazione, l'art. 579 cp sarebbe andato a «sancire, *all'inverso di quanto attualmente avviene* (corsivo nostro), la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo».

In tal modo si conferma quanto già stabilito nelle decisioni sul caso Cappato, nelle quali erano state enunciate in forma dettagliata le condizioni in presenza delle quali sarebbe stato possibile procedere al suicidio assistito e che, non essendo state tenute in considerazione dalla normativa vigente, ne determinavano la parziale incostituzionalità. Diversa è invece la base argomentativa tra il caso citato e la sent. nr. 50 del 2022, la prima avendo identificato nella legge sul consenso informato, letta estensivamente, l'elemento che consente di "estendere" la richiesta di sospensione delle cure (la quale, come è noto, può attivarsi anche verso cure salvavita) fino a ricomprendervi un intervento attivo del personale medico volto a produrre la morte, la seconda avendo posto l'accento sulla necessità costituzionalmente sancita di conservare nell'ordinamento forme di "tutela minima" del bene vita, quel bene che si caratterizzerebbe come bene indisponibile – o quantomeno solo parzialmente e condizionatamente disponibile.

Ed è sulla natura del bene vita, come valore e come diritto, che la Corte, nella sent. 50, pone l'accento, rivisitandone le caratteristiche. Essa afferma infatti che il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente nell'art. 2 Cost. ed esplicitamente dall'art. 2 della CEDU, è anche il primo dei diritti inviolabili dell'uomo, cioè «quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono [...] all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Il diritto alla vita non si configurerebbe però solo come un *primus inter pares*, il primo cioè tra i diritti fondamentali, inviolabili e supremi: esso riveste altresì una «posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali» poiché «concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona». In estrema sintesi, la speciale posizione di primazia deriverebbe al diritto stesso «in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri diritti» come già affermato nella sent. 223/1996 e ribadito nelle due decisioni sul caso Cappato. In questi due interventi – ricorda la Corte nella sent. 50 – viene messa in luce la inevitabile conseguenza di quanto fin qui sancito circa la natura del bene, ovvero che «fa parte dei doveri dello Stato quello di tutelare la vita di ogni individuo e non quello diametralmente opposto di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire», con ciò escludendo che si possa introdurre nel nostro ordinamento l'eutanasia propriamente detta, intesa come intervento compassionevole volto a dare effetto, per mano altrui, alla decisione di porre fine alla propria vita.

Va tenuto presente che le argomentazioni contenute nella sent. 50 e fin qui sinteticamente ricordate sono orientate a valutare prima e a fondare poi le scelte da compiere circa l'ammissibilità/inammissibilità del quesito. Esse non hanno

come scopo di definire in astratto la natura del diritto alla vita e le sue conseguenze quanto alla sua disponibilità/indisponibilità. Considerando che l'esito positivo del referendum avrebbe avuto come conseguenza la depenalizzazione piena dell'aiuto al suicidio e volendo evitare che si producesse una simile radicale conseguenza, la Corte sviluppa il suo ragionamento a partire dalla natura del diritto alla vita e dalla sua primaria importanza, per concludere asserendo, su questa base, la necessità costituzionalmente imposta di fornirgli di tutela.

Qui il ragionamento della Corte potrebbe agevolmente concludersi in quanto più che sufficiente per consentire la conclusione voluta; e, infatti, esso si arresta perché, se da un lato la Corte censura la disponibilità del diritto stesso che si produrrebbe per effetto del referendum che «avrebbe consegnato al titolare la piena disponibilità della propria vita e del relativo diritto», dall'altro non tenta un approfondimento e lascia all'interprete di proseguire nel discorso traendo dall'affermazione citata tutte le conclusioni sulla natura, l'estensione e le conseguenze di tale asserita censura alla piena disponibilità. Ne risulta che la questione relativa alla indisponibilità del diritto alla vita resta sullo sfondo, quasi che la Corte stessa sia restia ad entrare in merito e, a maggior ragione, giungere a definirlo in positivo come indisponibile.

E, invero, la potenziale indisponibilità, a cui si potrebbe ricondurre il ragionamento della Corte, si smorza via via. Dopo aver censurando l'effetto referendario di rendere disponibile il diritto alla vita, i giudici ne mitigano le conseguenze richiamando quanto deciso nell'ambito del caso Cappato, in cui i giudici supremi hanno stabilito la incostituzionalità parziale dell'art. 580 cp a condizioni esattamente e dettagliatamente configurate che, a loro volta, possono essere

considerate la precisa descrizione di quella tutela “minima” del diritto alla vita, qui ricordata, da osservarsi quando il legislatore si accinga ad ottemperare all’obbligo, costituzionalmente sancito, di mettere mano alla riforma dell’articolo in esame. Non si fa invece cenno in quelle decisioni al tema della disponibilità/indisponibilità del diritto in esame, mentre si accerta l’esistenza di circostanze in cui il titolare possa esprimere la propria volontà e richiedere un comportamento attivo esplicitamente finalizzato, anche negli intenti di chi lo pone in essere, a produrre la morte richiesta.

Che dire quindi della disponibilità e del suo contrario da attribuirsi al diritto alla vita? Due sono le osservazioni che meritano di essere fatte. In primo luogo, per il fatto di essere «il diritto che consente l’esercizio di tutti gli altri diritti», ci si potrebbe attendere per lo stesso il riconoscimento di uno status particolare nell’ambito dell’ordinamento che porti a sancirne l’indisponibilità da parte del suo titolare. Ma questo non si evince dalla sentenza in esame che si limita ad escludere che il diritto stesso si affermi senza limitazione alcuna, affermazione che assimila il diritto alla vita a tutti gli altri diritti, i quali subiscono sempre limitazioni alla piena disponibilità del titolare. Anzi: si può forse affermare che la definizione e la legittima limitazione dei diritti sia lo specifico dell’ordinamento giuridico, che esiste per limitare (nelle forme e nei modi previsti dalla Costituzione e dalla legge) tali diritti, né potrebbe evitare di assolvere a questo suo compito pena il venir meno della connessa forma di tutela. Non a caso, la questione della disponibilità/indisponibilità si pone nella sentenza in termini già circoscritti, visto che l’obbligo costituzionale di provvedere ad offrire al diritto alla vita una tutela “minima” può già essere considerato un modo per assimilare tale diritto agli altri diritti

costituzionalmente garantiti, i quali possono essere limitati ma non posti nel nulla.

Quanto attiene poi, più specificatamente, alla “disponibilità”, un elemento da considerare è l’intreccio tra la disponibilità di fatto della vita e la questione che stiamo qui esaminando, vale a dire le implicazioni giuridiche della tutela minima costituzionalmente richiesta per il diritto alla vita. Come si combinano la disponibilità di fatto di chi gode delle condizioni materiali che gli consentono di disporre della propria vita fino alla sua devoluzione totale e chi, essendo impossibilitato a compiere atti suicidi, non può dar seguito alla sua volontà? È questo intreccio tra fatto e diritto che ha spinto i promotori del referendum a formulare la richiesta referendaria finalizzata alla riforma delle disposizioni penalistiche, dichiarando di agire in nome del principio solidaristico (prestare aiuto a chi vuole terminare la propria esistenza e non è nelle condizioni materiali per poterlo fare) e della necessità di sanare la violazione dell’eguaglianza da parte di una norma che sottopone a trattamento uniforme chi è in grado e chi non è invece in grado di compiere l’atto voluto e morire così secondo la propria concezione di dignità.

Se la visione dei richiedenti, pur estesamente argomentata, non è stata accolta dalla Corte, per il rischio che si creasse una disponibilità assoluta del bene vita per tramite della normativa di risulta, non altrettanto chiaro resta il percorso che permetterebbe di desumere da tale principio la conseguenza di conferire al diritto alla vita una indisponibilità piena, caratteristica suggestiva ma non conforme con il compito attribuito al legislatore di configurare (come in parte è già stato fatto con le decisioni sul caso Cappato) le condizioni di ammissibilità del suicidio assistito (alias omicidio del consenziente). Nessuno nega che si

tratti di un compito assai arduo, una sorta di *mission impossible*, dovendosi configurare una regolazione che combini la necessità, costituzionalmente configurata, di offrire tutela (“minima”) al diritto alla vita e, nello stesso tempo, disciplinare quei casi estremi in cui vi siano condizioni materiali che impediscano di agire in autonomia e che inducono chi ne è afflitto a considerare la morte come l’unica via di uscita dalle sofferenze.

Uscire da queste strettoie è davvero, al giorno d’oggi, quanto mai problematico ed è pertanto naturale che nell’arena politica e sul piano culturale si finisca per confrontarsi schierandosi da un lato sulla “disponibilità” (in nome dei principi costituzionali evocati all’inizio) e dall’altro sulla “indisponibilità” della vita, sempre in nome di tali principi. Forse un modo di affrontare la questione può essere quello di fare riferimento all’alleanza medico-paziente, già sancito nella legge nr. 219 del 2018. Si tratta di un principio in cui si vuole rendere concreto e praticabile il tema della solidarietà, una solidarietà volta da un lato a comprendere e rispettare la volontà del paziente e, dall’altro, a predisporre tutti i possibili interventi finalizzati a rendere la fine della vita degna di essere vissuta, consentendo così una morte dignitosa, non solo in senso soggettivo ma anche come segno “oggettivo” di quella solidarietà che impone a tutto il contesto sociale di non lasciare solo nessuno proprio nel momento così tragico ma anche così sacro della morte, offrendo alternative a situazioni che spingano il paziente a considerare questo accadimento come l’unica via di uscita per una situazione divenuta (anche soggettivamente) intollerabile. L’esempio delle cure palliative, da mettere in atto e promuovere ad opera del sistema sanitario va in questa direzione e fa emergere una concezione del principio di solidarietà che si discosta dalla mera rivendicazione del “diritto a morire”

secondo proprie scelte nei tempi e nei modi, sollevando così i medici e tutto il contesto delle reti sociali dall’onere di accompagnare, sostenere e curare nel modo migliore possibile.

È per questo che la riflessione sulla disponibilità/indisponibilità, che pure non trova piena risposta nella giurisprudenza qui esaminata, è degna di essere approfondita anche partendo da punti di vista diversi, senza contrapposizioni astratte, finalizzate a estremizzare l’una o l’altra visione ma capace di trovare punti di accordo rispetto alla vita concreta di chi deve affrontare con sofferenza l’ultimo tratto del proprio cammino terreno e rispetto all’azione di uno Stato che si definisce non solo democratico ma anche sociale.

Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell'articolo 9 della Costituzione italiana

Ferdinando G. Menga*

GIVING VOICE TO FUTURE GENERATIONS. LEGAL-PHILOSOPHICAL INSIGHTS INTO REPRESENTATION AND RECOGNITION IN THE CONTEXT OF THE RECENT MODIFICATION OF THE ARTICLE 9 OF THE ITALIAN CONSTITUTION

ABSTRACT: By explicitly recognizing an «interest of future generations», the recent reform to the article 9 of Italian Constitution gives rise to a renewed discussion of the main conceptual and institutional predicaments in view of realizing true and proper avenues for intergenerational justice. In this paper, I will sketch the major ethical, as well as political and legal problems regarding this matter, while also depicting – by means of a legal-phenomenological investigation – an apt model of representation and recognition, such that future-oriented claims may find a genuine space for their acknowledgment and expression.

KEYWORDS: Intergenerational Justice; Constitutional Reform; Representation; Asymmetrical Recognition

ABSTRACT: Riconoscendo esplicitamente un «interesse delle generazioni future», la recente riforma dell'articolo 9 della Costituzione italiana spinge a una rinnovata discussione riguardante le maggiori problematiche teoriche e istituzionali in vista della realizzazione di percorsi concreti ispirati a un principio di giustizia intergenerazionale. Partendo da questa premessa, nel presente contributo, se, da un lato, delinearò gli ostacoli etici, politici e giuridici più rilevanti che investono la questione, dall'altro, cercherò di proporre – sulla base di un'indagine di stampo fenomenologico-giuridico – un modello di rappresentanza e riconoscimento tale da rivelarsi in grado di fornire un genuino spazio di accoglimento ed espressione a richieste che provengono dal futuro.

PAROLE CHIAVE: Giustizia intergenerazionale; riforma costituzionale; rappresentanza; riconoscimento asimmetrico

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Breve *excursus* sullo sviluppo storico-istituzionale del tema intergenerazionale – 3. La sfida etica, politica e giuridica della giustizia nei confronti delle generazioni future – 4. La risposta della democrazia deliberativa: includere gli interessi dei soggetti futuri nel *demos* del presente – 5. Rappresentanza

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università della Campania «Luigi Vanvitelli». Mail: ferdinandoquisepe.menga@unicampania.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



Carla



responsiva e riconoscimento asimmetrico: lineamenti di una fenomenologia degli ordinamenti giuridici in chiave intergenerazionale – 5.1. Per una rappresentanza responsiva – 5.2. Riconoscimento asimmetrico – 6. Considerazioni conclusive: identità costituzionali e riconoscimento asimmetrico dell’alterità futura.

1. Introduzione

La recente modifica dell’art. 9 della Costituzione della Repubblica italiana, che ora, assieme alla tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità, riconosce esplicitamente anche una tutela dell’«interesse delle future generazioni», costituisce un rinnovato motivo per interrogarci sulla spinosa questione della giustizia intergenerazionale quale vera e propria sfida all’etica, alla politica e al diritto. Assieme al sicuro favore con cui va salutata una tale grande acquisizione politico-istituzionale, altrettanto deciso deve essere, in effetti, lo sforzo teorico a non lasciare scoperte le difficoltà fondamentali che continuano ad attanagliare il tema, nonostante la sempre maggiore incidenza che quest’ultimo si è saputo conquistare – a ragione – nello spazio dei dibattiti pubblici e soprattutto nelle azioni di protesta condotte oggi da numerose e numerosi giovani di tutto il mondo, preoccupate/i per le sorti del pianeta e di coloro che lo abiteranno nei tempi a venire¹.

Per restituire l’elevata problematicità della questione, in quanto segue, dopo aver dedicato un tratto iniziale a un rapido passaggio in rassegna delle principali tappe dello sviluppo storico-istituzionale internazionale, entro il cui solco la modifica dell’art. 9 della Costituzione italiana si colloca, mi concentrerò sull’indagine delle maggiori sfide concettuali che un genuino accoglimento della responsabilità intergenerazionale comporta nell’alveo del pensiero etico, politico e giuridico, per poi soffermarmi su un interrogativo decisivo: come dare voce alle generazioni future, cioè a soggetti che ancora non esistono e neppure esisteranno in un avvenire prossimo? E quali riconfigurazioni dello spazio istituzionale comporta la presa in carico di una tale domanda di giustizia che eccede l’ambito del presente e dei presenti e si estende al futuro? Per affrontare tali interrogativi, lo specifico della mia analisi sarà quello d’investigare in chiave fenomenologico-giuridica i concetti di “rappresentanza” e “riconoscimento”, sì da proporre un modello in grado di accogliere la paradossale esigenza di confrontarsi con istanze e richieste precipuamente collocate in un alveo d’interazione che non contempla più quali destinatari dell’azione politica solamente chi c’è, ma anche chi (ancora) non esiste.

2. Breve *excursus* sullo sviluppo storico-istituzionale del tema intergenerazionale

Per offrire un generale orientamento sul tema della giustizia intergenerazionale, è bene anzitutto passare in rassegna lo sviluppo storico relativo all’ambito politico-istituzionale.

Il primo e rilevante riferimento di stampo internazionale a un qualcosa come una responsabilità diffusa nei confronti delle generazioni future è individuabile a conclusione della Seconda guerra mondiale, a causa dello sconvolgimento dovuto alle devastazioni da essa provocate per mezzo del potenziale tecnologico-bellico di cui in essa è stato fatto largamente uso. In effetti, in tale contesto di estese distruzioni e violenza risulta piuttosto chiaro quanto il futuro del genere umano diventi per la prima volta

¹ Cfr. su questo punto F.G. MENGA, *L’emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Roma, 2021, 5 ss.



esplicito oggetto di dedicata preoccupazione. A motivo di questo si legge proprio nel Preambolo dello *Statuto delle Nazioni Unite*, firmato a San Francisco il 26 giugno del 1945, l'impegno «a salvare le future generazioni dal flagello della guerra»².

Come ben sappiamo, di lì a qualche mese, sarà poi lo sgancio degli ordigni atomici a Hiroshima e Nagasaki a mettere di fronte agli occhi del mondo intero, in modo ancora più inesorabile, la preoccupazione per un futuro ormai minacciato dallo strapotere della tecnica³.

A partire dalla seconda metà del XX secolo, una tale diffusa apprensione rivolta ai destini futuri dell'umanità si sposterà sempre più dalla questione riguardante la possibile devastazione di matrice bellica a quella di stampo più spiccatamente ambientale. Così, per la prima volta, sulla scia di quanto esprime il § 6 del Preambolo della *Dichiarazione di Stoccolma* del 1972 della United Nation Conference on the Human Environment, si comincerà a riconoscere segnatamente la necessità di rispondere all'appello di una vera e propria responsabilità di carattere intergenerazionale tesa tanto al miglioramento dell'ambiente quanto a uno sviluppo socio-economico sostenibile⁴.

Con la *Dichiarazione di Parigi* del 12 novembre 1997, da parte dell'UNESCO, la responsabilità nei confronti delle generazioni future acquisirà poi non soltanto un tono espressamente solenne, ma, per la prima volta, circoscriverà anche una chiara e completa perimetrazione di uno spettro di obblighi di carattere etico e politico-giuridico, assieme al richiamo dell'intero cammino storico-politico che a essa ha condotto⁵. In tal senso, una lettura trasversale del corposo preambolo di tale *Dichiarazione* non offre solo uno spaccato assai incisivo circa il modo in cui la problematica intergenerazionale, a partire dalla seconda metà del XX secolo, si guadagna un'attenzione sempre maggiore nei diversi consessi predisposti dalle organizzazioni internazionali, ma richiama altresì l'esigenza sempre più concreta di una risposta istituzionale adeguatamente equipaggiata a ogni livello dei discorsi e degli interventi che costituiscono l'ossatura degli apparati e degli interventi pubblici: dalla sfera etico-morale, a quella politico-giuridica, fino a toccare quella economico-produttiva.

Esigenza, questa, che trova, da ultimo ma non ultimo, la sua ulteriore esplicitazione e, se vogliamo, intensificazione nell'Accordo sul clima di Parigi del 2015, nel cui Preambolo, viene peraltro richiamata nuovamente la necessità di un'attenzione particolare all'«equità intergenerazionale»⁶.

² UNITED NATIONS AND INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, San Francisco, 26th June 1945, Preamble (testo consultabile online all'indirizzo: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>; ultima consultazione: 1/5/2022).

³ Cfr. K. JASPERS, *Die Atombombe und die Zukunft des Menschen. Politisches Bewußtsein in unserer Zeit*, München, 1958; G. ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, Bd. 1: *Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, München, 1956.

⁴ Nello specifico, si legge: «difendere e migliorare l'ambiente umano per le generazioni presenti e future è diventato un obiettivo imperativo per l'umanità – un obiettivo da perseguire insieme e in armonia con gli obiettivi stabiliti e fondamentali della pace e dello sviluppo economico e sociale mondiale» (UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Declaration of the United Nation Conference on the Human Environment*, Stockholm, 5th-16th June 1972, Preamble; testo consultabile online all'indirizzo: <https://undocs.org/en/A/CONF.48/14/Rev.1>; ultima consultazione: 1/5/2022).

⁵ Cfr. UNESCO, *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations*, Paris, 12th November 1997, Preamble (testo consultabile online all'indirizzo: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html); ultima consultazione: 1/5/2022).

⁶ *Paris Agreement*, 12th of December 2015, *United Nations Climate Change*, Preamble (testo consultabile online all'indirizzo: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf; ultima consultazione:





Nel clima di tale generalizzata presa di coscienza dell'ormai indifferibile problema concernente le sorti delle generazioni future, si capisce bene quanto l'altro grande capitolo del discorso istituzionale che si apre, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, riguardi anche l'importante processo d'esplicita e incrementale integrazione del riconoscimento di obblighi intergenerazionali in seno ai disegni costituzionali interni a molti Stati. Processo, questo, di elevato rilievo, dacché accogliere la tematica intergenerazionale all'interno degli assetti costituzionali delle comunità nazionali implica né più né meno che l'espressa ammissione che i principi che le veicolano giungono a far parte ormai dei valori fondanti l'identità stessa del corpo politico-sociale.

Molti potrebbero essere gli esempi da menzionare in tal senso⁷ e nel cui solco il processo di riforma dell'art. 9 della Costituzione italiana si colloca come una delle più recenti acquisizioni. Per significatività e vicinanza geografica e culturale mi preme qui soffermarmi soltanto su due occorrenze. Innanzitutto, c'è il caso del *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca che, sulla base delle integrazioni effettuate nel 1994 e 2002, accoglie ora, all'art. 20a, la seguente disposizione:

«Lo Stato, anche in considerazione della responsabilità nei confronti delle generazioni future, tutela, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, le basi fondamentali naturali della vita e gli animali, mediante l'esercizio del potere legislativo e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto⁸».

Questo riferimento a un riconoscimento di un obbligo costituzionalmente sancito nei confronti delle generazioni future – che penetra nel cuore dell'impianto istituzionale dello Stato tedesco, sì da arrichirne, ma anche trasfigurarne l'unità identitaria collettiva che esso configura⁹ –, ci conduce dritti all'altro grande esempio, che mi preme qui riportare, cioè quello della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in cui, riprendendo sostanzialmente il medesimo dettato contenuto nel *draft* della Costituzione dell'Unione del 2004, tuttavia non ratificato, rispetto alla centralità delle generazioni future, proclama espressamente quanto segue: «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future»¹⁰.

3/5/2022). Il documento è anche consultabile: in *Official Journal of the European Union*, 19/10/2016, L 282/4 (all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22016A1019\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22016A1019(01)&from=IT); ultima consultazione: 3/5/2022).

⁷ Su questo tema si rivela utile la consultazione delle appendici al volume di E. BROWN-WEISS, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Tokyo-Dobbsferry NY, 1989 (appendici B e C), in cui sono riportate le varie occorrenze nei testi costituzionali in cui appare la questione intergenerazionale. Per approfondimenti sul tema cfr. anche A. D'ALOIA, *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, vol. IX, Milano, 2016, 331-390.

⁸ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, § 20a (testo consultabile online all'indirizzo: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>; ultima consultazione: 3/5/2022).

⁹ Commenterò più dettagliatamente l'importanza di questo punto in chiusura della presente indagine.

¹⁰ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Official Journal of the European Union*, C 326/391, 2012/C 326/02, Preamble (testo consultabile online all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=IT>; ultima consultazione: 20/4/2022). Per consultare il corrispondente testo del *draft* della Costituzione europea non ratificata, si veda il *Treaty Establishing a Constitution for Europe. Protocols and Annexes, Final Act*, in *Official Journal of the European Union*, C 310/1, Document C2004/310/01, Part II: *Charter of Fundamental Rights of the Union*, Preamble (testo consultabile online all'indirizzo: <https://bit.ly/3P7NliJ>; ultima consultazione: 20/4/2022).



Per registrare la grande rilevanza che il tema intergenerazionale assume in seno a questo documento basti soltanto riferirsi al contesto in cui esso fa comparizione: ovvero il Preambolo stesso, in cui sono esposti i principi di fondo, che compongono la tessitura identitaria dell'Unione europea e i principi ispiratori che trovano poi precipitato nei vari titoli dei diritti fondamentali ivi esplicitati.

Certamente, si tratta qui di due soli esempi estrapolati dalle molteplici esperienze costituzionali internazionali, ma tanto ci basti per saggiare, in tutta la sua consistenza, il modo in cui la questione degli obblighi verso le generazioni future abbia man mano acquisito – e stia sempre più acquistando – rilievo estremo sulla scena socio-politica contemporanea, fino a giungere a depositarsi anche nel tessuto della nostra Costituzione.

3. La sfida etica, politica e giuridica della giustizia nei confronti delle generazioni future

Tale diffuso riconoscimento di una necessaria estensione della tutela nei confronti delle generazioni future, per quanto per un verso vada accolto senz'altro con favore, per l'altro non deve tuttavia distoglierci dalla consapevolezza del dato di fatto contestuale e generalizzato di un'impreparazione politico-culturale di carattere strutturale al riguardo. Si tratta, nello specifico, di una vera e propria incapacità, tanto di matrice morale quanto di stampo politico-giuridico, che va fatta risalire alla semantica "presentistica" stessa che sottende a tutti i maggiori impianti discorsivi e istituzionali della nostra tradizione.

Partiamo dalle impostazioni etiche di fondo, le quali si riverberano poi tanto nei dispositivi politici quanto in quelli giuridici. Da quando è stata riconosciuta in tutta la sua portata e difficoltà teorica, la questione intergenerazionale, in effetti, ha trovato il suo luogo di accoglienza e di elaborazione all'interno di impostazioni dominanti il cui baricentro è da rinvenirsi proprio in una filosofia della presenza. Per quanto siano multiprospettiche e plurali, tutte queste impostazioni sono riconducibili a tre maggiori prospettive: la teoria contrattualista, utilitarista e metafisico-giusnaturalista.

La teoria contrattualista, come è noto, prevede, fra le sue premesse di fondo, l'esistenza di soggetti orientati al perseguimento dell'interesse personale, in un rapporto di reciprocità e compresenza, e tali dunque da essere in grado di stipulare un accordo¹¹. Le generazioni future, tuttavia, si contraddistinguono proprio per il fatto di non esistere ancora e non poter cooperare¹². Pertanto, la sfida teorica che si pone alla prospettiva contrattualista è che tali generazioni, a differenza di quanto accade in una situazione contrattuale vera e propria, sono per principio assenti e quindi impossibilitate a negoziare,

¹¹ Mi limito qui a riportare le riflessioni di carattere maggiormente paradigmatico all'interno dell'assai nutrito dibattito in tale ambito: cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge MA-London, 1971, §§ 24, 44; D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford, 1986. Per approfondimenti al riguardo cfr. F.G. MENGA, *Etica intergenerazionale*, Brescia, 2021, 62-87.

¹² Cfr. S. GARDINER, *A Contract on Future Generations?*, in A. GOSSERIES, L.H. MEYER (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford-New York, 2009, 81 ss.; ID., *A Perfect Moral Storm. The Ethical Tragedy of Climate Change*, Oxford, 2011, 123, 170-4; R.P. HISKES, *The Human Right to a Green Future. Environmental Rights and Intergenerational Justice*, New York, 2009, 50 ss. Si veda anche B. BARRY, *Circumstances of Justice and Future Generations*, in R.I. SIKORA, B. BARRY (eds.), *Obligations to Future Generations*, Philadelphia, 1978, 204-248.



ad accordarsi e a rivendicare diritti¹³. A questo primo ostacolo teorico, che può essere definito ostacolo della non-esistenza dei soggetti futuri, se ne aggiunge un secondo: l'ostacolo dell'asimmetria. In effetti, l'altro rilievo problematico che inerisce all'impostazione contrattualista della questione intergenerazionale è quello dell'evidente disparità fra il potere che la generazione attuale ha d'incidere sul destino delle generazioni future e l'inesistente, se non pressoché insignificante, capacità d'influenza di quest'ultime sulla prima. In che modo, in effetti, soggetti futuri, propriamente assenti, potrebbero mai avere la forza d'imporre alcunché ai contemporanei presenti? Questa impossibilità di mettere in reciprocità e simmetria i soggetti costituisce, dunque, un ulteriore ostacolo all'impostazione contrattualista¹⁴.

Ma anche la teoria utilitarista deve rispondere a una sfida teorica alquanto improba nel momento in cui si trova ad affrontare la problematica di una responsabilità intergenerazionale, e ciò proprio in ragione dei caratteri d'universalità e d'irrelevanza temporale su cui essa fonda l'utilità o la felicità da massimizzare¹⁵. In effetti, mentre tali caratteri sembrano tenere nel caso del calcolo di felicità totale o media in un contesto limitato al presente o al vicino futuro, non altrettanto accade quando si tratta di tenere conto di generazioni appartenenti a un lontano futuro¹⁶. In tal modo, l'ostacolo principale che incontra la teoria utilitarista in sede di etica intergenerazionale, a prescindere dai molti altri punti critici e risvolti problematici, è quello della difficoltà di stimare adeguatamente a partire dalla conoscenza presente sia *ciò che* e sia anche *la misura di ciò che* può essere valutato come utilità o danno in un futuro remoto. Questa sfida può essere definita come problema dell'indeterminatezza o ignoranza rispetto al futuro.

Per altro verso, anche l'impostazione giusnaturalista si trova avviluppata in difficoltà strutturali di enorme rilevanza nel momento in cui vuole affrontare la sfida di un'etica del futuro. Infatti, una medesima pretesa universalista e di carattere meta-temporale è quella che soggiace a quelle teorie che cercano di fondare e giustificare una responsabilità intergenerazionale sulla base di presupposti di tipo sostanzialista o metafisico. In generale, queste teorie, di cui Emmanuel Agius¹⁷ e, in certa misura, Hans Jonas¹⁸ offrono probabilmente le formulazioni più limpide, sostengono di derivare la responsabilità di esseri attuali nei confronti di esseri futuri a partire da una comunanza d'essenza o di genere. Il problema fondamentale collegato a queste impostazioni emerge, però, non appena si sottolinea il fatto

¹³ Cfr. G. PONTARA, *Etica e generazioni future. Una introduzione critica ai problemi filosofici*, Roma-Bari, 1995, cap. 3; W. BECKERMAN, *The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice*, in J. TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Cheltenham, 2006, 53-71.

¹⁴ Cfr. M. KOBAYASHI, *Atomistic Self and Future Generations: A Critical Review from an Eastern Perspective*, in T.-CH. KIM, R. HARRISON (eds.), *Self and Future Generations. An Intercultural Conversation*, Cambridge, 1999, 13 ss.; S. GARDINER, *A Contract on Future Generations?*, cit., 81 ss.

¹⁵ Cfr. H. SIDGWICK, *The Methods of Ethics* (1874), London-New York, 1907, 414.

¹⁶ Cfr. J. PASSMORE, *Man's Responsibility for Nature*, London, 1980; A. DE-SHALIT, *Why Posterity Matters. Environmental Policies and Future Generations*, London-New York, 1995, cap. 3.

¹⁷ Cfr. E. AGIUS, *Obligations of Justice Towards Future Generations: A Revolution in Social and Legal Thought*, in E. AGIUS et al. (eds.), *Future Generations and International Law*, London, 2006, 3-12.

¹⁸ Cfr. H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a.M., 1979, cap. 4, §§ 4-7; ID., *Philosophische Untersuchungen und metaphysische Vermutungen*, Frankfurt a.M., 2011, 128-146. Cfr. anche H.P. VISSER 'T HOOFT, *Justice to Future Generations and the Environment*, Dordrecht, 1999, 122, 133 ss., 149 ss.



che esse presuppongono la validità di una connessione motivazionale fra piano ontologico e piano etico che, a ben guardare, non risulta per nulla evidente. Perché mai, in effetti, da una condivisione d'essenza con altri soggetti appartenenti alla medesima specie ne dovrebbe discendere necessariamente un obbligo morale nei loro confronti? La sottolineatura della mancanza di una congiunzione evidente di carattere derivativo fra essere e dover-essere, talché dall'ambito della "natura" possano essere desunti principi morali, è stata notoriamente sviluppata già da David Hume nei termini di quanto George E. Moore ha definito «fallacia naturalistica»¹⁹. Hume rileva, in effetti, che ogniqualvolta si procede da proposizioni sull'essere delle cose a quelle relative a un dover-essere, che ne deriverebbe, quanto si registra è «un cambiamento impercettibile»²⁰, tale per cui non si mostra alcuna «spiega[zione]»²¹ effettiva e cogente di tale «relazione»²², ma piuttosto una surrettizia e, quindi, retroattiva connessione delle seconde rispetto alle prime²³.

Ma la critica nei confronti di tali impostazioni metafisico-sostanzialistiche non si limita soltanto alla loro carenza argomentativa in termini di fondazione motivazionale. Altro punto spinoso è che le teorie sostanzialistiche spingono necessariamente a una ferma preferenza dei presenti rispetto ai futuri, aggirando la questione della giustizia distributiva di carattere intergenerazionale²⁴. In base a siffatte teorie non si riesce a evincere il perché non si dovrebbe adottare, difatti, una soluzione tale per cui agli umani temporalmente lontani non si possano o non si debbano preferire quelli – o almeno quelli più indigenti – appartenenti al presente. Peraltro, una soluzione del genere, che assicura precedenza ai contemporanei – o meglio, ai presenti rispetto ai futuri –, sarebbe tanto più adeguata a un'impostazione metafisica, quanto più può dichiarare di seguirne l'argomentazione caratteristica secondo cui i titolari d'umanità contemporanei esprimono una realizzazione in atto dell'essenza umana, rispetto invece a una mera realizzazione in potenza attribuibile a esseri futuri.

In estrema sintesi, quindi, tutte le difficoltà relative al modo in cui le teorie etiche tradizionali hanno affrontato e affrontano il problema degli obblighi verso le generazioni future risultano essere, nel loro complesso, tali da rispecchiare i limiti di un'impostazione fondamentalmente centrata sul primato di una temporalità della presenza²⁵: primato di ciò che è empiricamente esistente solo al presente e di soggetti che sono sinchronicamente presenti gli uni agli altri; primato di una causalità che conosce solo una rilevanza etica del presente verso il futuro, ma non il contrario; primato di una possibilità di determinare uno stato etico solo a partire da informazioni presenti. Per dirla con un'efficace formulazione di Stephen Gardiner, si può quindi ben definire questa impostazione nei termini di una vera e propria «tirannia dei contemporanei»²⁶.

¹⁹ G.E. MOORE, *Principia Ethica* (1903), Cambridge, 1922, § 10.

²⁰ D. HUME, *Treatise on Human Nature*, in *The Philosophical Works of David Hume*, vol. 2, London, 1826, book III, part I, section I, 236.

²¹ *Ivi.*

²² *Ivi.*

²³ *Ivi.*

²⁴ Cfr. W. JENKINS, *The Future of Ethics. Sustainability, Social Justice, and Religious Creativity*, Washington DC, 2013, 286 s.

²⁵ Cfr. M. KOBAYASHI, *Atomistic Self and Future Generations*, cit., 13 ss.; R. MUERS, *Living for the Future. Theological Ethics for Coming Generations*, London, 2008, cap. 1.

²⁶ S. GARDINER, *A Perfect Moral Storm*, cit., 36.



Questa problematicità ingenerata dal primato di una semantica tutta incentrata sulla presenza non può che acutizzarsi, non appena dal campo di un discorso etico sulle generazioni future si passa a quello di stampo prettamente politico e giuridico.

In effetti, una delle maggiori critiche che diversi studiosi hanno mosso al meccanismo democratico è proprio quella di non riuscire a fornire adeguata risposta all'emergenza ambientale e intergenerazionale a causa del "presentismo" che la avviluppa²⁷ e che si radica tanto nelle progettualità politiche di corto respiro legate ai brevi cicli elettorali, quanto nella natura stessa del dispositivo della sovranità popolare e auto-determinazione collettiva, cioè quello di un esercizio del potere dei «cittadini presenti» che non può che essere fundamentalmente orientato «a beneficio dei presenti»²⁸ (o al massimo dei futuri più prossimi).

Proiettandoci all'interno del contesto giuridico e del relativo discorso calibrato attorno al rapporto che i consociati intrattengono fra di loro in termini di diritti e correlativi obblighi, l'eventuale trasgressione del presentismo a favore di vincoli intergenerazionali, come si può ben intuire, palesa una medesima se non addirittura maggiore problematicità²⁹. Si verifica qui esattamente quella che Gustavo Zagrebelsky definisce la «rottura della contemporaneità»³⁰, «la base su cui finora si è presentata la vigenza delle norme [...] del diritto»³¹. Da ciò se ne trae allora una sola conseguenza nell'ambito di un discorso giuridico di profilo intergenerazionale: l'esigenza di tematizzare la questione dei «"Diritti delle generazioni future"», più che rivendicare una maggiore attenzione, risulta addirittura essere – come prosegue ancora l'autore – «una di quelle espressioni improprie che usiamo per nascondere la verità»³². Si tratta di una verità tanto semplice dal punto di vista giuridico, quanto irricevibile e (a tratti) ripugnante sotto il profilo di una morale comune: «le generazioni future, proprio in quanto tali, non hanno alcun diritto soggettivo da vantare nei confronti delle generazioni precedenti. Tutto il male che può essere loro inferto, persino la privazione delle condizioni minime vitali, non è affatto violazione di un qualche loro "diritto" in senso giuridico»³³.

Per Zagrebelsky ne risulta dunque che l'unica possibilità di affrontare adeguatamente «il tema dei diritti delle generazioni future»³⁴ è quella di dirottarlo verso la «categoria del dovere»³⁵. Una tale

²⁷ Cfr. *ivi*, 143 ss. e *Id.*, *In Defense of Climate Ethics*, in *Id.*, D.A. WEISBACH, *Debating Climate Ethics*, Oxford, 2016, 25 s.; D. THOMPSON, *Representing Future Generations: Political Presentism and Democratic Trusteeship*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 13, 1, 2010, 17-37; D. JAMIESON, *Reason in a Dark Time. Why the Struggle against Climate Change Failed – and What It Means for our Future*, Oxford, 2014, 96 ss.; J. BOSTON, *Governing for the Future. Designing Democratic Institutions for a Better Tomorrow*, Bingley, 2016, capp. 1-4.

²⁸ D. THOMPSON, *Representing Future Generations*, cit., 17.

²⁹ Difficoltà, questa, messa in rilievo da diversi studiosi in seno al discorso giuridico. In particolar modo cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, cap. 3; A. GOSSERIES, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 29-39; G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, 2016, cap. 15.

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, cit., 86.

³¹ *Ivi*, 85.

³² *Ivi*, 86.

³³ *Ivi*.

³⁴ *Ivi*, 92.

³⁵ *Ivi*, 87.





dimensione, per quanto possa essere affrontata in modo più o meno esplicito dal punto di vista giuridico³⁶, non può però sottrarsi per principio all'esigenza di un'interrogazione preliminare e radicale di carattere «essenzialmente morale»³⁷. Si viene, in tal modo, riproiettati nell'ambito di un'interrogazione etica di fondo³⁸ e nella correlata difficoltà trasmessa dal primato di una temporalità presente e dei presenti che non riesce a fornire piena legittimazione di una responsabilità genuinamente votata agli abitanti del pianeta in un futuro lontano.

Senonché, il punto che vorrei qui evidenziare è che, proprio in chiave intergenerazionale, il dispositivo democratico, se meglio osservato a partire da altra prospettiva, può ben lasciar affiorare un supplemento di senso, che integra lo svolgimento esclusivamente etico della questione. In effetti, se, da un lato, pare essere il principio di giustizia il migliore strumento per venire in soccorso ai futuri nel contesto di una prassi democratica preminentemente ripiegata sul primato del presente, salvo poi scoprire che questo stesso principio non trova, però, adeguato riscontro in teorie morali davvero all'altezza di svilupparlo in direzione intergenerazionale,³⁹ dall'altro lato, è il riorientamento tutto politico a una maggiore inclusività democratica a esibire una feconda strategia per rispondere adeguatamente all'ingiunzione dei futuri, proprio quando suddetta carenza etica si lascia maggiormente avvertire⁴⁰.

4. La risposta della democrazia deliberativa: includere gli interessi dei soggetti futuri nel *demos* del presente

Per comprendere appieno la decisività del supplemento di significatività politica ora evocata è necessario mettere a tema l'impostazione deliberativa della democrazia e l'*all-affected interests principle* – il principio degli interessi toccati di tutte le parti – attorno a cui essa ruota. Principio degli interessi toccati che, peraltro, ci rinvia immediatamente alla semantica scelta in seno alla modifica dell'art. 9 della Costituzione, nel momento in cui questa si riferisce giustappunto all'«interesse delle future generazioni».

Stando alla tradizionale formula elaborata da Robert Dahl, uno dei grandi teorici contemporanei della democrazia, l'*all-affected interests principle* può essere così definito: «tutti coloro i quali sono toccati dalle decisioni di un governo, dovrebbero avere diritto di partecipare a tale governo»⁴¹.

In conformità a tale principio, dunque, la ragione che legittima l'inclusione nel *demos* e nelle attività decisionali a esso inerenti non è data dalla concreta capacità di prendere parte in esso, bensì

³⁶ Cfr. E. BROWN-WEISS, *In Fairness to Future Generations*, cit.; L. WESTRA, *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations. Law, Environmental Harm and the Right to Health*, London, 2006; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, 162 ss.; U. POMARICI, *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Napoli, 2019, 105 ss.

³⁷ G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, cit., 92. Per una riflessione ricostruttiva generale sull'utilizzo della categoria di "dovere" in ambito di diritto intergenerazionale cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., 113 s., 165 ss.

³⁸ Cfr. S. GARDINER, *In Defense of Climate Ethics*, cit., 37.

³⁹ Cfr. F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma, 2016, capp. 3-5.

⁴⁰ Questa considerazione viene approfondita da D. ZWARTHOED, *Political Representation of Future Generations*, in M. DÜWELL, G. BOS, N. VAN STEENBERGEN (eds.), *Towards the Ethics of a Green Future. The Theory and Practice of Human Rights for Future People*, London-New York, 2018, 83 ss.

⁴¹ R. DAHL, *After the Revolution? Authority in a Good Society*, New Haven CT, 1970, 64.





dall'argomentabile dimostrazione di essere «possibile» soggetto destinatario degli effetti delle sue deliberazioni⁴².

È perciò intuibile quanto la logica che attraversa questa formula abbia enorme impatto in campo intergenerazionale. Essa indica, infatti, che legittimi titolari di una posizione nello spazio del Noi collettivo non sono soltanto coloro i quali possono effettivamente decidere, cioè i presenti, ma tutti i soggetti potenzialmente investiti dalle conseguenze delle deliberazioni in esso operate. Pertanto, i soggetti futuri, per quanto certamente non nella posizione di esercitare concretamente il loro titolo a partecipare, nondimeno, in quanto individui toccati negli interessi, avranno piena legittimità ad articolare le loro istanze in modo assolutamente simmetrico rispetto ai presenti attraverso appositi strumenti atti a rappresentarle⁴³.

Ne consegue, dunque, che la *ratio* deliberativa inerente all'*all-affected principle*, una volta estesa in ambito intergenerazionale, tende a rivelare alcuni vantaggi teorici importanti. Il primo vantaggio è costituito dal fatto che il fondamento di legittimità inclusiva consente anche ai potenziali interessi di soggetti futuri, nella misura in cui presi in considerazione, di trovare accoglimento all'interno di decisioni adottate dai presenti nei loro confronti⁴⁴. Ulteriore vantaggio è rappresentato dalla possibilità di consentire, proprio attraverso la procedura di pubblico discernimento argomentato, la scelta migliore e certamente quella più democratica possibile, nel caso della determinazione di decisioni che riguardano il futuro in contesti notoriamente attraversati da un alto grado di complessità e conflittualità epistemica⁴⁵.

Pertanto, quanto meno sulla base di questi due aspetti, il modello deliberativo detiene un'elevata potenzialità in termini d'apertura e inclusività sostanziali verso soggettività e interpellanze future.

Al contempo, non se ne debbono però sottacere anche i tratti piuttosto problematici – tratti che, calati nell'alveo delle relazioni intergenerazionali, impongono una presa in considerazione di modelli alternativi. Si tratta qui di prospettive alternative che, come anticipato nell'introduzione, svolgerò nel prossimo paragrafo alla luce di una determinata rilettura del modello di democrazia rappresentativa e del riconoscimento politico.

Per apprezzare appieno gli elementi di criticità della proposta deliberativa è importante, a mio avviso, prendere sul serio uno dei suoi cardini irrinunciabili, ovvero il fatto che essa, proprio al fine di dare vero riscontro alla possibilità di partecipazione effettiva di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti in una decisione, deve considerarli non nei termini di componenti di una generale totalità, ma nella loro prospettiva particolare e situata – dalla quale soltanto può derivare l'insorgenza dell'interesse individuale e contestualmente la libera *chance* di difenderlo ragionevolmente nell'arena della pubblica deliberazione⁴⁶. Sennonché è esattamente questo doppio tratto d'individuazione e partecipazione,

⁴² Cfr. R. GOODIN, *Enfranchising All Affected Interests, and Its Alternatives*, in *Philosophy & Public Affairs* 35, 1, 2007, 41 ss. (citazione: 55).

⁴³ Per un approfondimento dei molti possibili meccanismi di rappresentanza istituzionale degli interessi intergenerazionali si veda almeno: I. GONZÁLEZ-RICOY, A. GOSSERIES, *Designing Institutions for Future Generations. An Introduction*, in IDD. (eds.), *Institutions for Future Generations*, Oxford, 2016, 3-23.

⁴⁴ Cfr. R. GOODIN, *Reflective Democracy*, Oxford, 2003.

⁴⁵ Cfr. M. HISSCHEMÖLLER, R. HOPPE, *Coping with Intractable Controversies: The Case for Problem Structuring in Policy Design and Analysis*, in *Knowledge and Policy* 8, 1995, 42 ss.

⁴⁶ Cfr. R. ECKERSLEY, *The Green State: Rethinking Democracy and Sovereignty*, Cambridge MA, 2004, 104.





essenziale a ogni teoria deliberativa, a costituire un elemento problematico in seno alla teoria della responsabilità intergenerazionale – problema dal quale, a mio avviso, ci si affranca soltanto se si inserisce nella scena deliberativa l'intervento del dispositivo della rappresentanza, con tutto il carico di asimmetrie e paternalismo politico che questo comporta.

Per delucidare questo punto, mi preme svolgere quattro brevi considerazioni.

Anzitutto, l'assunzione del principio d'individuazione e d'inclusività partecipativa risulta problematica poiché la prospettiva deliberativa, non potendosi svincolare dalla posizione del soggetto potenzialmente interessato e intervenente nel discernimento deliberativo, si trova in sede intergenerazionale davanti ai medesimi ostacoli delle teorie contrattualistiche: l'ostacolo della non-esistenza – il soggetto potenzialmente interessato futuro non esiste – e l'ostacolo dell'asimmetria – il soggetto potenzialmente interessato futuro non può parlar per sé. In ciascuno dei casi, unicamente il ricorso al dispositivo di una rappresentanza anticipante i potenziali soggetti e interessi si mostra in grado di risolvere il problema. Una volta che però la procedura deliberativa cede al meccanismo rappresentativo, seguono a ruota alcuni elementi assai problematici per la teoria: per prima cosa, la rappresentanza implica la definizione di principi sostantivi o materiali pre-deliberativi assolutamente stridenti con l'impianto della deliberazione, che prevede invece un'apertura di principio alla dibattibilità stessa dei presupposti preliminari al fondo di ogni deliberazione⁴⁷. Per seconda cosa, la rappresentanza, con il suo meccanismo di determinazione anticipata, produce inevitabilmente inclusioni ed esclusioni in ordine alla delimitazione dei potenziali soggetti interessati, cosa che stride evidentemente con il principio di generalizzata inclusività della teoria deliberativa. In tal senso, nella misura in cui intende rispondere a esigenze intergenerazionali, la deliberazione è costretta ad ammettere una certa dose di «non-democratic[ità]»⁴⁸ al proprio interno.

Questo elemento di determinazione anticipata, che si insinua nell'impianto della deliberazione, è peraltro già conosciuto nel dibattito e definito nei termini di «boundary problem»⁴⁹, poiché, per l'appunto, per determinare un'inclusione massima nella deliberazione a favore di coloro i quali sono coinvolti, bisogna previamente tracciare dei «confini» che stabiliscono *chi* può propriamente considerarsi toccato nei propri interessi. Decisione, questa, che, a sua volta, se vuole seguire essa stessa un processo inclusivo di determinazione democratico-deliberativa, innesca necessariamente un regresso all'infinito⁵⁰.

Un regresso del genere si mostra particolarmente ingombrante in ambito intergenerazionale proprio nel momento in cui si giunge all'inevitabile conclusione che ogni determinazione massimamente inclusiva dei possibili soggetti toccati da un certo tema in questione, lungi dall'essere condizione preliminare al tema stesso su cui costoro sarebbero chiamati a deliberare, si rivela, invece, in ultima analisi, esito direttamente dipendente dalla scelta stessa dell'oggetto in questione e, dunque, risultato di una

⁴⁷ Cfr. J. FISHKIN, *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, 2009.

⁴⁸ C. HEYWARD, *Can the All-Affected Principle Include Future Persons? Green Deliberative Democracy and the Non-Identity Problem*, in *Environmental Politics* 17, 4, 2008, 625.

⁴⁹ Cfr. G. ARRHENIUS, *The Democratic Boundary Problem Reconsidered*, in *Ethics, Politics & Society. A Journal in Moral and Political Philosophy* 1, 2018, 90-122.

⁵⁰ Cfr. F.G. WHELAN, *Democratic Theory and the Boundary Problem*, in *Nomos*, vol. 25: *Liberal Democracy*, New York, 1983, 19.



decisione per nulla inclusiva, ma sottratta alla deliberazione medesima⁵¹. Ne consegue, dunque, che l'obiettivo di un'inclusività generalizzata può essere raggiunta solo attraverso un inarrestabile allargamento dello spettro tematico delle decisioni, a valle delle quali ci si attende una raccolta sempre maggiore dei possibili soggetti corrispondenti. Ma, come si può intuire, una tale strategia, oltre a essere inattuabile – poiché non esistono sequenze di scelte tematiche semplicemente incrementali –, finirebbe per paralizzare i meccanismi di decisione deliberativa in ambito intergenerazionale per eccessivo sovraccarico.

Ulteriore punto critico della teoria deliberativa è che questa, nella misura in cui resta collegata al principio d'individuazione dei soggetti esistenti possibilmente coinvolti, nulla può contro il poderoso ostacolo rappresentato dal *Non-Identity Problem* elaborato da Derek Parfit⁵², secondo cui un soggetto, in quanto determinato nella sua identità ed esistenza da decisioni passate, nulla può rimproverare a queste ultime, giacché decisioni alternative, per quanto migliori, avrebbero implicato la sua inesistenza. Questo tipo di argomento, come si può cogliere, non viene scalfito in alcun modo dalla prospettiva deliberativa, dal momento che ogni potenziale soggetto interessato che intervenisse nel criticare o richiedere ragionevolmente modifiche all'impianto di decisioni precedenti, cadrebbe nella contraddizione fondamentale di propugnare non condizioni migliori per sé, ma semplicemente la causazione delle condizioni della sua stessa non-esistenza. Questo conduce direttamente alla necessità di rinunciare, dunque, al principio stesso d'individuazione e d'inclusività partecipativa della teoria deliberativa, se si vuole legittimare adeguatamente una responsabilità di carattere intergenerazionale. Rinuncia a cui nessun serio sostenitore dell'impostazione deliberativa sarebbe pronto ad aderire.

Sulla base di questi rilievi critici insuperabili, la proposta che vorrei qui avanzare si dirige, invece, verso una impostazione che assume espressamente ciò che la teoria deliberativa soltanto concede: cioè la necessità di un meccanismo di rappresentanza del futuro e dei futuri all'interno delle compagini democratiche. Sono ben consapevole che ogni esercizio rappresentativo porta con sé motivi d'inevitabile asimmetria e paternalismo, soprattutto in ambito intergenerazionale⁵³. Tuttavia, un correttivo a questi elementi è possibile e, come cercherò di mostrare nel tratto conclusivo di questa indagine, potrebbe passare proprio per l'esplicita accettazione del carattere contingente e sempre rivedibile di ogni operazione rappresentativa, come anche dall'esplicita messa in rilievo dell'elemento responsivo di essa; e questo all'interno di una istituzione democratica aperta al riconoscimento di nuove istanze e soggettività che concretizzano un futuro quale messa in discussione continua. In linea con tali precisazioni, se rappresentiamo il futuro e i futuri non è perché noi presenti, a bella posta, decidiamo per essi, ma perché, esposti alle loro esigenze, non possiamo fare altro che, responsabilmente e responsabilmente, sostituirci alle loro ingiunzioni che ci interpellano.

⁵¹ Cfr. B. BOVENKERK, *Public Deliberation and the Inclusion of Future Generations*, in *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought* 6, 3, 2015, 502.

⁵² Cfr. D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984, 351-379.

⁵³ Cfr. A. KARNEIN, *Can We Represent Future Generations?*, in I. GONZÁLEZ-RICOY, A. GOSSERIES (eds.), *Designing Institutions for Future Generations*, cit., 87.



5. Rappresentanza responsiva e riconoscimento asimmetrico: lineamenti di una fenomenologia degli ordinamenti giuridici in chiave intergenerazionale

Per chiudere questa riflessione, che ruota attorno alla delineazione di uno spazio democratico che intende svincolarsi dal presentismo, una domanda di maggiore concretezza si fa pressoché inevitabile: come venire incontro e rispondere genuinamente alle istanze dei soggetti futuri, senza piegarli alla tirannia del presente? Utilizzando le parole del fenomenologo tedesco Bernhard Waldenfels, a cui mi riferirò ampiamente in questo ultimo tratto dell'indagine, potremmo raccogliere la domanda anche in questo modo:

«Come possiamo rispondere agli appelli di coloro i quali non sono ancora in vita e non sono ancora nella condizione di avanzare richieste? Gli appelli futuri non sono quasi come un messaggio nella bottiglia che vaga senza mittente e senza indirizzo di destinazione? Oppure, presi in senso stretto, tali appelli da parte dei futuri non sono in alcun modo appelli futuri, ma piuttosto appelli presenti?»⁵⁴

I dubbi che circolano in questa e simili domande sollevano, in fin dei conti, la richiesta di una più precisa riflessione volta a chiarire meglio le modalità attraverso cui gli appelli delle alterità future si registrano nell'alveo del presente vivente delle istituzioni collettive.

Per affrontare questi interrogativi cercherò ora, impegnandomi lungo la rotta di un'impostazione fenomenologica, di disegnare due traiettorie di risposta che ruotano attorno a una determinata interpretazione di due nozioni guida del lessico politico-giuridico tradizionale: quella di rappresentanza e di riconoscimento.

5.1. Per una rappresentanza responsiva

Per cogliere la modalità attraverso cui si può concretamente riscontrare una relazione genuina con alterità future in seno alle compagini collettive presenti, è necessario mettere in campo, anzitutto, una determinata comprensione del dispositivo della rappresentanza. Ma in che modo – è possibile domandarsi – nell'alveo di una soggettività politica esposta alle interpellanze di alterità future, può mai essere l'idea di rappresentanza – idea per antonomasia legata a costrutti presentistici – a venirci in aiuto per pensare un'autentica relazione con le generazioni a venire?

L'ipotesi che vorrei qui approfondire è la seguente: una visione della soggettività politica basata sull'alterità e sull'esposizione al futuro, lungi dal contrapporsi al meccanismo della rappresentanza, ne lascia affiorare, piuttosto, proprio il fecondo e intrinseco tratto responsivo. Rappresentanza responsiva implica che ogni soggetto rappresentante – sia che lo si voglia interpretare in termini etici, politici o anche giuridici – è strutturalmente connotato da due dinamiche contrastanti, eppure intimamente connesse. Da un lato, un tale soggetto, in quanto autenticamente rappresentativo – ossia, in quanto unica istanza capace di dar forma a richieste che esso raccoglie nello spazio collettivo e che, altrimenti, resterebbero irrimediabilmente indeterminate – si rivela essere già sempre sostituzione radicale delle alterità stesse a cui dà voce. Dall'altro lato, quale soggetto responsivo in termini altrettanto originari – e, quindi,

⁵⁴ B. WALDENFELS, *Antworten auf Ansprüche Nachkommender*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy* 5, 2, 2017 (Special Issue ed. by M. FRITSCH, F.G. MENGA: *Responsibility and Justice for Future Generations in Dialogue with Phenomenology*), 28.



costitutivamente esposto alle ingiunzioni dell'altro, che esso non può produrre a bella posta, giacché a queste reagisce –, vive nel segno di una costante passività rispetto alle alterità a cui si sostituisce. Se la interpretiamo alla luce di una tale concezione, una rappresentazione responsiva, secondo quanto ci indica esplicitamente la teoria fenomenologica di Waldenfels⁵⁵, non implica né una impresa di pura creazione, né una dinamica secondo cui il rappresentante si ridurrebbe a mero riproduttore di rivendicazioni d'interesse già depositate nella volontà di soggetti previamente costituiti; soggetti tali, perciò, da dover essere soltanto rappresentati in termini di una riflessività speculare. La rappresentanza responsiva si mostra piuttosto essere correlazione, da un lato, di una rappresentazione irriducibilmente creatrice e, dall'altro, di una risposta inevitabilmente passiva⁵⁶. Se intesa alla luce di una tale radicale correlazione, la rappresentanza implica, pertanto, per un verso, quale azione creatrice, una forma originaria di sostituzione. Si tratta di una sostituzione secondo cui è, in realtà, esclusivamente l'iniziativa del rappresentante, il suo stesso anticipare forme di possibile corrispondenza a presunte richieste già disponibili al soggetto rappresentato, a produrre – e giammai a ri-produrre – i temi per quest'ultimo. Essa non si limita, quindi, ad aggiornare, ma genera per la prima volta le aspirazioni stesse che il soggetto rappresentato ritiene presuntivamente avere già in serbo. In un certo senso, ci si deve porre nell'ottica per cui è unicamente l'azione di rappresentanza, sulla scorta del suo tratto creatore, a produrre la cornice d'identità dei soggetti rappresentati, visto che solo essa, e nessun'altra istanza, allestisce le condizioni preliminari per l'emergenza della sfera di comparizione, in cui questi ultimi possono muoversi, agire e realizzarsi.

Ma è precisamente qui che affiora anche l'altro tratto del meccanismo rappresentativo. Si tratta dell'intervento del suo elemento responsivo, che realizza una rilevante correzione in seno alla nozione di una creazione di stampo unilaterale e impositivo. La responsività nella rappresentanza, in effetti, concretizza proprio l'inevitabile esposizione all'alterità dell'atto rappresentativo, talché il movimento d'anticipazione della rappresentanza, che ne innesca il sempre possibile decadimento a puro paternalismo, si rivela costantemente mitigato dalla caratteristica opposta, cioè quella che si concretizza nel fatto che ogni soggetto responsivo, in quanto tale, risulta fin dall'inizio sottoposto alla passività per mezzo dell'ingiunzione medesima a cui risponde e che esso stesso non può mai generare. Come ci ricorda Waldenfels al riguardo: nella misura in cui rispondiamo, «noi creiamo ciò che rispondiamo, ma non ciò a cui rispondiamo»⁵⁷. Ovvero: «Non sta a noi decidere se rispondere, ma certamente sta a noi decidere come rispondere»⁵⁸.

Il meccanismo della rappresentanza lascia affiorare questo elemento responsivo, in modo particolare, nella connessione secondo cui ogni rappresentante, spinto fin dall'inizio a intercettare e dar forma alle altrimenti indefinite aspirazioni della collettività, non può che essere mosso simultaneamente dalla ricercata culminazione della sua azione in un riscontro di riconoscimento da parte dei soggetti rappresentati. È alla luce di tale tratto responsivo che ogni impresa rappresentativa degna di tal nome, seppur contraddistinta da una dinamica anticipante, si caratterizza intimamente anche come impulso a

⁵⁵ Cfr. soprattutto Id., *Antwortregister*, Frankfurt a.M., 1995.

⁵⁶ Per un approfondimento riguardo alla radicale correlazione di questi due tratti della rappresentanza si veda: F.G. MENGA, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Napoli, 2010.

⁵⁷ B. WALDENFELS, *Grundmotive einer Phänomenologie des Fremden*, Frankfurt a.M., 2006, 67.

⁵⁸ Id., *Sozialität und Alterität. Modi sozialer Erfahrung*, Berlin, 2015, 22.



realizzare rivendicazioni che si ipotizzano come realmente presupposte nel sentire dei soggetti rappresentati.

In ambito intergenerazionale, questi lineamenti della rappresentanza generano almeno una duplice traiettoria di riflessione particolarmente feconda.

In primo luogo, il tratto creativo della rappresentanza è in grado di mettere radicalmente in discussione la visione a cui attinge la critica di paternalismo rivolta all'indirizzo di ogni tentativo di rappresentazione dei futuri. Questa critica sostiene, in effetti, che nessun soggetto futuro, a rigore, può essere rappresentato, giacché, irrimediabilmente assente, è per principio impossibilitato a esprimere qualsivoglia rivendicazione o interesse. Ogni impresa rappresentativa, in tal senso, sarebbe giocoforza destinata ad attestarsi quale pratica d'imposizione anticipatrice sul futuro e proiezione ancorata al presente. Tuttavia, è esattamente qui che interviene l'irriducibile carattere creativo della rappresentanza, avvertendoci che, per l'appunto, una critica del genere non tiene, visto che tutti gli atti rappresentativi, presenti o rivolti al futuro che siano, si caratterizzano per un tratto strutturalmente anticipatore e paternalistico. A questa considerazione si potrà certamente obiettare che gli individui rappresentati in regime di presenza, a differenza di quanto è costitutivo per lo scenario relativo ai soggetti futuri, possiedono la facoltà di resistere al paternalismo in virtù del ricorso ad azioni di protesta e al rinnovo del corpo dei rappresentanti.

Questa obiezione, però, per quanto corretta, non determina, tuttavia, una ragione sufficiente per spingerci ad abbandonare il paradigma rappresentativo. Anzi, essa introduce più che mai il portato dell'altro tratto della rappresentanza in ambito intergenerazionale. Infatti, accertato che una forma d'imposizione anticipante del presente sul futuro si rivela inevitabile, allora, ancor più dirimente diventa l'elemento passivo e responsivo nell'azione del rappresentare in virtù del suo effetto di contro-bilanciamento e di mitigazione a tutela di soggetti irrimediabilmente assenti. L'atteggiamento responsivo, in effetti, attenua ogni inclinazione paternalistica, poiché, immesso nella dinamica rappresentativa, finisce per contrassegnare strutturalmente un soggetto che, proprio in quanto «*homo respondens*»⁵⁹ – come sappiamo da Waldenfels – giammai «comincia da sé»⁶⁰, ovvero dalla roccaforte del proprio presente, ma sempre «altrove»⁶¹, vale a dire dall'appello estraneo che ne innesca la reazione responsiva⁶². Un tale soggetto responsivo si concretizza, così, come già sempre decentrato e passivo e, di conseguenza, autenticamente esposto all'ingiunzione dell'altro che gli impone responsabilità.

Ne consegue che la responsività, se già fa sentire il suo contributo in regime di rappresentanza di soggetti presenti, a maggior ragione, esercita i suoi effetti nello scenario in cui in gioco sono le rivendicazioni dei futuri: la responsività indica, qui, il tratto di una genuina propensione all'autolimitazione del presente e a una correlativa disposizione a operare a beneficio dell'avvenire.

In linea con tali precisazioni, dunque, se rappresentiamo l'avvenire e i remoti non è perché noi presenti decidiamo unilateralmente per essi, ma perché, interpellati dalle loro richieste, non possiamo fare altro che, responsabilmente e responsabilmente, sostituirci ai futuri e al loro richiamo che inevitabilmente ci espone.

⁵⁹ *Ivi*, 15.

⁶⁰ B. WALDENFELS, *Grundmotive einer Phänomenologie des Fremden*, cit., 45.

⁶¹ *Ivi*.

⁶² Cfr. B. WALDENFELS, *Sozialität und Alterität*, cit., 20.



5.2. Riconoscimento asimmetrico

Il secondo grande motivo, sotto la cui guida intendo inserire la mia proposta, è quello del riconoscimento. Una tale nozione, ricca quanto quella della rappresentanza di interpretazioni e rivisitazioni all'interno della tradizione politico-giuridica moderna⁶³, si rivela altrettanto d'ausilio nella determinazione di una compagine collettiva che vuole intendersi come rivolta autenticamente al futuro. In particolare, un tale ausilio da parte del dispositivo del riconoscimento si presenta, a mio avviso, tanto più efficace, quanto più lo si esplicita nel suo tratto asimmetrico, secondo quanto propone, nella sua articolata dottrina filosofico-giuridica, lo studioso Hans Lindahl, alle cui riflessioni mi rifarò esplicitamente nelle considerazioni a seguire⁶⁴.

Nel proporre una visione del riconoscimento di carattere asimmetrico, Lindahl, riferendosi peraltro ad alcuni snodi fondamentali della riflessione fenomenologica di Waldenfels⁶⁵, parte da una premessa: quella di un soggetto collettivo inevitabilmente connotato da una condizione di spossessamento ed estraneità originarie. Nell'ambito specifico in cui si muove la riflessione del nostro autore, quello giuridico, si tratta chiaramente di una soggettività di carattere istituzionale contrassegnata da un tratto asimmetrico strutturale, il quale coincide esattamente con il fatto che essa, in quanto non preliminarmente fondata su alcun principio di stampo ontologico e inconcusso, ma piuttosto istituita dalle medesime forze storico-sociali irrimediabilmente contingenti e plurali che la compongono, si rivela essere un'identità politica dotata giocoforza di un'unità costituzionale – esplicita o implicita che sia – perennemente abitata da un portato d'estraneità che non potrà mai essere appropriato e riassorbito in modo definitivo. Un tale intervento dell'estraneità, dunque, manterrà sempre vivo all'interno dell'unità politica stessa il carattere della limitatezza e finitezza⁶⁶. Limitatezza e finitezza da cui Lindahl fa subito derivare la condizione per cui ogni compagine istituzionale, nella misura in cui esiste e interagisce storicamente mediante l'ordinamento giuridico che la connota, non potrà che avere sempre dei confini a un tempo includenti ed escludenti. Di conseguenza, tale compagine collettiva si determinerà, da un lato, come una sfera di proprietà con cui essa sostanzialmente si identifica e, dall'altro, di rimbalzo, come un ambito irriducibilmente confrontato con una altrettanto originaria sfera

⁶³ Com'è noto, questa è una nozione estremamente dibattuta all'interno della tradizione filosofico-politica moderna e contemporanea. Mi limito pertanto a richiamare qui unicamente le prospettive fenomenologiche dalle quali la mia impostazione risulta maggiormente influenzata: A. GARCÍA DÜTTMANN, *Zwischen den Kulturen. Spannungen im Kampf um Anerkennung*, Frankfurt a.M., 1997; P. RICOEUR, *Parcours de la reconaissance*, Paris, 2004; Th. BEDORF, *Verkennende Anerkennung. Über Identität und Politik*, Berlin, 2010.

⁶⁴ Mi riferirò soprattutto a: H. LINDAHL, *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Cambridge, 2018, in part. cap. 6. Per un'analisi più dettagliata dell'interessante prospettiva di quest'autore, si veda: F.G. MENGA, *Contextualizing Hans Lindahl's Legal-Philosophical Oeuvre*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics* 21, 3, 2019, 363-369; ID., *Sulla teoria dell'ordinamento giuridico di Hans Lindahl*, Introduzione a H. LINDAHL, *A-Legalità, Autorità, Riconoscimento. Riconfigurazioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, Torino, 2020, 5-26.

⁶⁵ Su questo punto si veda soprattutto la prima monografia di Lindahl, la quale richiama nel titolo un espresso tributo alla dottrina di Waldenfels: H. LINDAHL, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford, 2013. Il riferimento qui è al titolo del volume di B. WALDENFELS, *Bruchlinien der Erfahrung. Phänomenologie – Psychoanalyse – Phänomenotechnik*, Frankfurt a.M., 2002 (*Bruchlinien der Erfahrung* che può essere restituito appunto con "linee di frattura dell'esperienza").

⁶⁶ Cfr. H. LINDAHL, *Fault Lines of Globalization*, cit., cap. 3.



d'estraneità⁶⁷; sfera, quest'ultima, che mantiene l'ordine collettivo continuamente esposto a ingiunzioni che ne mettono in discussione la configurazione identitaria-unitaria di volta in volta stabilizzata e che si concretizzano in richieste di riconoscimento, alle quali l'ordinamento stesso non potrà mai smettere di rispondere⁶⁸. Sono richieste la cui emergenza è sempre possibile e, all'occasione, quando si verifica concretamente, può prendere due forme: può trattarsi o dell'affiorare di ingiunzioni sollevate da parte di alterità che si muovono, in qualche modo, già all'interno dei confini dell'unità collettiva; oppure di pretese che circolano al di fuori di essi e che, all'occorrenza, li mettono in questione esattamente dall'esterno.

Per un verso, si tratta di richieste che si muovono all'interno, poiché l'identità politica di volta in volta stabilizzata entro un determinato nucleo costituzionale, essendo l'inevitabile prodotto – come abbiamo appena detto – di processi contingenti d'inclusione ed esclusione, non si rivela mai in grado d'includere al proprio interno ogni possibilità. Ciò implica, perciò stesso, che tale nucleo, non potendo mettere tutti i partecipanti nella condizione di una perfetta simmetria e di un pieno riconoscimento reciproco⁶⁹, lascia sempre aperte delle zone d'ombra al suo interno. Produce cioè ricettacoli d'esclusione e di misconoscimento di appelli, i quali possono sempre riaffiorare dal luogo di latenza in cui sono asimmetricamente ricacciati. E possono, con ciò, rivendicare, a un certo punto, pieno ed espresso riconoscimento nell'alveo di un'identità collettiva che, nella misura in cui li accoglie, viene spinta ad ampliarsi, ad estendersi, a divenire più inclusiva⁷⁰.

Per altro verso, però, questi appelli al riconoscimento possono anche circolare all'esterno ed esercitare pressione dal di fuori, e questo dal momento che ogni identità politico-istituzionale, per il medesimo motivo di costituzione contingente or ora evocato, nella misura in cui non può includere tutto al proprio interno, non è neppure in grado d'evitare l'esclusione di forme d'alterità di carattere anche radicale, ossia possibilità assolutamente non contemplate e potenzialmente inconciliabili con essa. Si tratta, tuttavia, di forme d'alterità che, completamente scartate in un determinato momento, non scompaiono semplicemente, ma possono ben riaffiorare in un altro momento con la loro forte pressione a ottenere un riconoscimento. Soddisfare tale riconoscimento impone, però, all'identità collettiva interpellata non tanto di ampliarsi, ma di mettere in moto un processo di poderosa riconsiderazione e (auto-)ridefinizione⁷¹.

È esattamente in tale prospettiva che Lindahl introduce una duplice modalità di rapporto asimmetrico – una «doppia asimmetria»⁷², la definisce – del dispositivo del riconoscimento mediante cui gli ordinamenti giuridico-istituzionali si relazionano con le alterità che li mettono in discussione.

La prima traiettoria del rapporto asimmetrico ricalca proprio il tratto attivo e creativo della dinamica della risposta e della rappresentanza elaborato da Waldenfels. Lungo tale asse, l'asimmetria del riconoscimento si concretizza, in effetti, nel fatto che ogni soggettività politica istituita, in quanto dotata di un carattere finito e di una responsabilità altrettanto limitata, nell'essere esposta ad appelli da parte dell'altro da sé, può reagire sempre e soltanto a partire dal proprio deposito identitario. Detto

⁶⁷ Cfr. Id., *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, cit., 11, 26.

⁶⁸ Cfr. *ivi*, 120 s.

⁶⁹ Cfr. *ivi*, cap. 5.

⁷⁰ Cfr. H. LINDAHL, *Fault Lines of Globalization*, cit., 164, 166-168.

⁷¹ Cfr. *ivi*, 165, 169-174.

⁷² H. LINDAHL, *Inside and Outside Global Law* (Julius Stone Address), in *Sydney Law Review* 41, 1, 2019, 21.



altrimenti, essa non può che relazionarsi se non attraverso il repertorio di risposte in essa disponibili e (normativamente) stabilizzate. Dal cui rilievo ne consegue che, nel reagire agli appelli dell'altro, ogni unità collettiva può comportarsi solo come un Noi che effettua un «riconoscimento (in noi stessi) dell'altro *in quanto uno di noi*»⁷³. Insomma, ogni spazio comunitario non può che registrare le ingiunzioni dell'altro sempre e soltanto a partire da sé, e conformandole a ciò di cui dispone già al proprio interno.

Come si può intuire, questa direttrice del riconoscimento, inserita nel nostro discorso intergenerazionale, ci offre un rilievo importante, poiché ricalca in pieno proprio la piega paternalistica sopra evidenziata riguardo alla dinamica della rappresentanza. Riconoscimento asimmetrico, mediante l'attraversamento di tale direttrice, implica infatti che ogni compagine collettiva, interpellata da possibili invocazioni da parte delle alterità future, si ritrova inevitabilmente ancorata alla tendenziale condotta di determinazioni autoreferenziali, le quali possono spingersi fino a configurare una forma di «riconoscimento quale dominio»⁷⁴ dell'avvenire.

Per Lindahl, tuttavia, la questione non si chiude qui, poiché è per lui necessario registrare anche l'altro tratto dell'asimmetria del riconoscimento. Questo tratto si realizza nella congiuntura per cui ogni compagine collettiva, in quanto dotata di una responsività limitata e finita, nel riconoscere qualcosa al proprio interno, non può lasciare fuori qualcos'altro solo nella forma di una possibilità meramente latente e, quindi, sempre potenzialmente riconducibile entro la propria sfera. Se di responsività finita si tratta, allora questa, come abbiamo poc'anzi evidenziato, deve necessariamente lasciare all'esterno – insomma deve escludere – anche possibilità completamente impercettite, alterità totalmente «miconosciute»⁷⁵. E sono proprio quest'ultime che possono riaffiorare alle porte degli ordinamenti istituzionali di volta in volta in gioco sotto forma di un'invocazione all'ascolto dotata di un *pathos* talmente veemente da spingerli a un riconoscimento di tipo radicale: cioè un riconoscimento che, ora, non può più limitarsi soltanto a un includere l'altro in noi “come uno di noi”, ma deve darsi come un riconoscimento che scompagina l'ordinamento collettivo dall'interno e che si concretizza in un dover «riconoscere l'altro (in noi stessi) *in quanto altro da noi*»⁷⁶. È propriamente qui che un'unità collettiva, nel rispondere all'alterità, non prolunga soltanto la propria identità estendendola un po' più in là e ampliandola maggiormente. Insomma, non proietta unicamente la propria presenza oltre, limitandosi a rappresentare in modo paternalistico; ma, nell'accogliere l'invocazione proveniente dall'alterità, giunge – come asserisce Lindahl stesso – «a esporre se stessa all'altro»⁷⁷ e, dunque, a riconfigurare se stessa, fino a stravolgersi⁷⁸.

Nel contesto del nostro discorso intergenerazionale, questa versione di riconoscimento ha una rilevanza straordinaria, poiché offre pieno riscontro dell'aspetto passivo e inappropriabile dell'appellatività che promana dall'alterità futura, imponendo così alla comunità una rappresentazione responsiva,

⁷³ Id., *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, cit., 341 (corsivi aggiunti).

⁷⁴ Id., *Recognition as Domination: Constitutionalism, Reciprocity and the Problem of Singularity*, in N. WALKER, J. SHAW, S. TIERNEY (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford, 2011, 205-230.

⁷⁵ Id., *Inside and Outside Global Law* (Julius Stone Address), cit., 31.

⁷⁶ Id., *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, cit., 341 (in generale cfr. *ivi*, 340 ss.).

⁷⁷ Id., *Inside and Outside Global Law* (Julius Stone Address), cit., 26.

⁷⁸ Lindahl parla, al riguardo, di una forma di «risposta [di riconoscimento] che oscilla fra pura ripetizione e pura innovazione» (*ivi*).



la quale comporta un vero e proprio auto-trascendimento e un'autentica auto-trasformazione⁷⁹. Dunque: non una colonizzazione del futuro da parte del presente, ma una ridiscussione – e finanche detonnazione – del presente a partire dalle virulente implorazioni che provengono dal futuro medesimo.

6. Considerazioni conclusive: identità costituzionali e riconoscimento asimmetrico dell'alterità futura

A un'attenta considerazione, una ricaduta tutta concreta di tale prospettiva dal punto di vista istituzionale si rivela proprio nei diversi casi già citati in apertura di questa indagine, allorché sono state segnalate alcune tra le importanti occorrenze contemporanee di ridefinizione delle compagini costituzionali in risposta all'emergenza intergenerazionale; progetti di riconfigurazione nel cui solco si colloca appieno anche l'esperienza della modifica costituzionale italiana.

In particolare, sulla scorta delle riflessioni appena svolte, possiamo desumere un elemento di carattere fenomenologico-giuridico fondamentale: ossia il fatto che suddette riforme e modifiche costituzionali, a ben guardare, non mettono in campo un rispondere dell'unità politica alle esigenze dell'avvenire tale da comportare soltanto una dinamica includente ed espansiva del Noi collettivo. Piuttosto, in esse si impone una ridiscussione radicale dell'ordine istituito; e ciò avviene proprio nel mentre l'accoglimento di profili di responsabilità inediti – come quello di marca genuinamente futura – può arrivare a innescare trasformazioni identitarie finanche poderose, nonostante quest'ultime non debbano necessariamente implicare manifestazioni eclatanti o sconvolgimenti repentini.

È proprio in tale scia che, a questo punto, si svela più che mai il motivo per il quale ho voluto richiamare, in apertura, il caso della modifica costituzionale tedesca. In effetti, questa evidenza in modo assai rivelativo che dare seguito a riconfigurazioni dell'ordinamento in risposta agli appelli di una responsabilità rivolta al futuro non comporta solamente un progetto di piccola manutenzione dell'identità collettiva. Al contrario, se cogliamo col rigore del caso l'intera cascata di implicazioni che imprese del genere provocano, si impone la categoria di un vero e proprio rivoluzionamento, giacché l'introduzione di principi di tutela costituzionale per soggetti segnatamente futuri – che possono assumere anche la forma di entità non-umane⁸⁰ – può arrivare a esigere un ripensamento radicale dei lineamenti collettivi finora identificati e stabiliti; insomma, può richiedere un consistente stravolgimento dello *status quo* e della tessitura identitaria di una determinata comunità politica.

E, in effetti, proprio in ambito tedesco, la registrazione di un tale stravolgimento non si è lasciata attendere a lungo, come ci ha mostrato, di recente, in tutta la sua portata, il caso del contenzioso *Neubauer et al. vs. Bundesrepublik Deutschland*. In tale contenzioso, che vede come protagonista proprio l'invocazione del principio di responsabilità intergenerazionale sancito dall'art. 20a del *Grundgesetz*, si assiste di fatto, sia dal basso che dall'alto, a un processo di vera e propria trasformazione delle consolidate prerogative presentistiche dell'unità collettiva. Da un lato, i giovani ricorrenti chiedono alla Corte di Karlsruhe l'effettivo riconoscimento di una tutela che non coinvolge più soltanto le giovani

⁷⁹ Sull'aspetto specificamente intergenerazionale di questo tratto del riconoscimento asimmetrico cfr. H. LINDAHL, *Place-Holding the Future. Legal Ordering and Intergenerational Justice for More-Than-Human Collectives*, in *Rivista di filosofia del diritto / Journal of Legal Philosophy* 10, 2, 2021, in part. 322 ss.

⁸⁰ Questa questione è segnatamente tematizzata da Lindahl in: *ivi*.



generazioni presenti, ma anche le generazioni future assenti. Questa ingiunzione si esprime attraverso la richiesta da parte dei ricorrenti di porre un serio rimedio alle storture della legge sul clima del 2019, la quale si rende ancora colpevole di una pesante iniquità intergenerazionale attraverso misure di riduzione delle emissioni non sufficientemente incisive⁸¹. Dall'altro lato, è però anche il *Bundesverfassungsgericht* stesso, per mezzo della sua storica sentenza del marzo 2021, a realizzare un progetto innovativo e tendenzialmente rivoluzionario che va nella medesima direzione: difatti, pur accogliendo parzialmente i motivi dei ricorrenti, la corte nondimeno finisce per intimare il legislatore tedesco a riformulare una legge sul clima dotata di un carattere meno iniquo in senso intergenerazionale⁸², mettendo così in evidenza quanto il ricorso al sopra menzionato art. 20a, lungi dal commisurarsi soltanto a un semplice principio d'inclusione e ampliamento che dal presente si estende al futuro, imponga invece una radicale autolimitazione del Noi contemporaneo *a favore* del futuro. Autolimitazione che, così, mostra come un'identità collettiva possa essere chiamata a vivere il proprio presente non solo in funzione e in "rappresentanza" di un Noi dei presenti, bensì esposta a un "riconoscimento" di quelle che potremmo chiamare autentiche ingiunzioni che provengono da – e vanno a beneficio di – alterità a venire.

Esattamente questo è l'ordine di trasfigurazione che si impone a una compagine istituzionale nel momento in cui essa, immettendo principi di portata intergenerazionale, si impegna per davvero a far fronte a ciò che richiede una risposta autentica agli appelli per una cura del futuro, che ci implorano dal futuro. Che poi, in concreto, questo impegno venga realizzato nel modo più giusto e con l'intensità che gli dovrebbe corrispondere è un'altra storia. Ma un punto resta però fermo: una volta che si fa sul serio con il riconoscimento dell'altro futuro a livello istituzionale, allora non ci si può più limitare a una dinamica presentistica tale per cui, in qualche modo, si tratta in ultima battuta d'«includere l'altro (in noi) in quanto uno di noi»⁸³, ma ci si deve arrischiare, piuttosto, in un vero e proprio auto-trascendimento che oserei definire di carattere escatologico: quello, insomma, di un Noi comunitario che si espone all'invocazione stessa dell'altro (dal) futuro.

⁸¹ *Bundesklimatechutzgesetz* (BGBl. I, 2019, 2513 ss. La petizione è consultabile online all'indirizzo: http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200206_11817_complaint-2.pdf; ultima consultazione: 10/4/2022).

⁸² La sentenza della Corte costituzionale tedesca è consultabile online all'indirizzo: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.pdf?blob=publication-File&v=1; ultima consultazione: 30/4/2022). Per un'analisi approfondita e acuta di questa sentenza si rinvia al bel saggio di A. PISANO, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022, 261 ss.

⁸³ H. LINDAHL, *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, cit., 341.



Le generazioni future e il loro interesse: oggetti sconosciuti di rilievo costituzionale. Osservazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022

Christian D'Orazi*

FUTURE GENERATIONS AND THEIR INTERESTS: UNKNOWN OBJECTS OF CONSTITUTIONAL IMPORTANCE.
A FIRST ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW NO. 1/2022

ABSTRACT: An explicit reference to the interest of future generations has been introduced in Article 9 of the Constitution of Italian Republic by Constitutional Law No. 1/2022. Such amendment renews the need to define the frame of this new constitutional content in order to highlight the resolution of some fundamental and essential issues, such as: the problem of the existence of future generations, their eligibility to assume legal positions, the anatomy of the interest that the Italian Constitution recognizes them, as well as the prospects of judicial protection.

KEYWORDS: environment; intergenerational fairness; intergenerational equity; intergenerational rights; sustainable development

ABSTRACT: La legge costituzionale n. 1/2022 ha introdotto nell'art. 9 Cost. un esplicito riferimento all'interesse delle generazioni future. Ciò rinnova l'esigenza di indagare i contorni di questo nuovo oggetto costituzionale, nel tentativo di impostare la risoluzione di alcune tematiche fondamentali e imprescindibili: il problema dell'esistenza delle generazioni future, la loro idoneità ad assumere posizioni giuridiche, l'anatomia dell'interesse che la Costituzione gli riconosce, nonché le prospettive di tutela giurisdizionale. A ciò è dedicato il presente scritto.

PAROLE CHIAVE: generazioni future; ambiente; riforma; doveri; interesse

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Esistono le “generazioni future”? Riflessioni a partire dal concetto di popolo, alla luce dell'avvenuta “giuridificazione” delle future generazioni – 3. Le “generazioni future” possono essere titolari di posizioni giuridiche? – 4. L'interesse che “taglia il tempo” e il suo collegamento con l'esercizio attuale del potere – 5. Le posizioni giuridiche delle “generazioni future” sono giustiziabili? La tutela giurisdizionale dell'interesse (o “anche nell'interesse”) delle generazioni future.

* Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Teramo e Culture della Materia in Diritto Amministrativo presso la Luiss Guido Carli. Mail: christian.dorazi@gmail.com. Il contributo è stato selezionato nell'ambito della call “Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.” ed è stato sottoposto a referaggio.



1. Premessa

La Camera dei deputati, nella seduta dell'8 febbraio 2022, ha approvato, in seconda deliberazione e a maggioranza dei 2/3 dei propri componenti, la legge costituzionale n. 1/2022, recante “*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*”.

La novella costituzionale appena introdotta – che, per la prima volta nella storia repubblicana, interviene su uno dei “*Principi fondamentali*” della Carta – positivizza nell'art. 9 Cost. il principio di tutela dell'ambiente¹, della biodiversità e degli ecosistemi e degli animali, nonché, sotto questa specifica declinazione, il principio dell'equità intergenerazionale².

Inoltre, con la modifica dell'art. 41, commi 2 e 3 Cost., viene stabilito espressamente che anche la salute e l'ambiente costituiscono limiti all'esplicazione della libertà di iniziativa economica, la quale deve essere coordinata a fini sociali e ambientali, secondo i programmi e i controlli stabiliti dalla legge. Il legislatore costituzionale ha, in tal modo, inteso rafforzare la tutela dei valori ambientali³, intesi nella loro accezione più estesa, in una prospettiva non limitata al tempo presente ma proiettata anche nel futuro, a difesa dell'interesse «delle generazioni future che non sono ancora presenti»⁴.

La novella introdotta dalla legge costituzionale n. 1/2022 segue a breve distanza di tempo la legge costituzionale n. 1/2021, mediante cui si è ridotto da 25 a 18 anni il limite anagrafico per l'esercizio dell'elettorato attivo al Senato, uniformandolo a quello della Camera dei Deputati. Le due riforme possono, infatti, essere lette nella medesima prospettiva: dare maggiore rappresentanza alle fasce più giovani della popolazione, e con esse gli interessi di cui sono portatrici, ontologicamente proiettati nel futuro.

Le leggi costituzionali n. 1/2021 e n. 2/2022 tracciano, in un certo senso, una endiadi costituzionale, nell'ambito della quale il riconoscimento politico delle generazioni future – ricercato attraverso

¹ Sull'introduzione nel testo costituzionale di norme generali a tutela dell'ambiente come valore o diritto fondamentale, con riferimento all'approvazione da parte della sola Camera dei deputati nel corso della XIV legislatura di una riforma costituzionale in termini identici a quella da ultima promulgata, v. la critica di S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2017, 28 ss., secondo cui «Formulazioni di questo tipo (o analoghe) possono essere introdotte, ma occorre essere consapevoli che sono soltanto in grado di consolidare risultati interpretativi ed applicativi già presenti nell'ordinamento ed elaborati dalla legislazione e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. È invece indispensabile (e prioritario) inserire, sul piano di una legislazione di livello costituzionale, un chiarimento sull'interpretazione che il nostro ordinamento è in grado di dare ai principi che, nel diritto internazionale e nel diritto comunitario, si sono affermati per la tutela dell'ambiente. Vi è, in altri termini, l'esigenza non tanto di definire o enunciare la tutela dell'ambiente, quanto di individuare in concreto la portata dei principi per l'azione a tutela dell'ambiente, gli unici che sono in grado di giungere, nella loro interazione, a consolidare un risultato anche in termini di corretta individuazione delle risorse e degli equilibri ambientali che occorre salvaguardare».

² Quella dell'equità intergenerazionale è una tematica assai sfuggente sin dal piano definitorio. Secondo l'analisi condotta dalla Commissione Europea – compendiata nello *Study on Intergenerational Fairness. Final Report* del marzo 2021 – l'equità intergenerazionale può essere intesa in due prospettive, non necessariamente alternative: la prima si basa sulla comparazione in un dato momento storico delle condizioni di individui di differenti età anagrafiche; la seconda, invece, si propone di comparare individui della stessa età in diversi periodi storici.

³ G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Ambiente Diritto*, 2, 2022.

⁴ F. BERTOCCHI, *L'equità intergenerazionale: alcune linee di intervento possibili*, in *Studi di Sociologia*, 42, 4, 2004, 434.



l'eliminazione del requisito anagrafico rafforzato per l'esercizio del diritto di voto al Senato – si accompagna il riconoscimento giuridico dell'esistenza di un "interesse" delle medesime generazioni. Alla luce della recente modifica costituzionale, il presente scritto si propone l'obiettivo di indagare se siano in effetti configurabili posizioni giuridiche appartenenti a soggetti collettivi non ancora venuti ad esistenza. Inoltre, si indagheranno le possibili forme di tutela giurisdizionale degli interessi delle generazioni future, in un'ottica di solidarietà ed equità intergenerazionale non limitata alla tematica ambientale, ma estesa anche a quella culturale⁵, alla tutela degli equilibri della finanza e del bilancio pubblico⁶, nonché al funzionamento del sistema previdenziale⁷.

2. Esistono le "generazioni future"? Riflessioni a partire dal concetto di popolo, alla luce dell'avvenuta "giuridificazione" delle future generazioni.

Fra i concetti propri della scienza giuridica, quello di "popolo" è senza dubbio uno dei meno afferrabili. Le molteplici proposte definitorie avanzate in dottrina possono ricondursi, nella diversità delle sfumature, a due macrocategorie principali⁸. Si dibatte se il popolo debba considerarsi in senso plurale, come un'entità scomponibile in gruppi e sottogruppi⁹ in funzione dei più diversi fattori, oppure in senso unitario, quale aggregazione di individui accomunati dalla sottomissione ad un medesimo ordine giuridico statale.

Le difficoltà incontrate in dottrina nel ricondurre ad unità tale categoria dogmatica si riflettono in sede di teoria generale del diritto, laddove il popolo, quale concetto atomistico della scienza giuridica, viene calato nel contesto ordinamentale, divenendo – assieme al territorio e alla sovranità – uno dei tre elementi costitutivi dello Stato.

Allorquando si intende trasporre nella realtà statuale¹⁰ il concetto di popolo, esso deve confrontarsi con la dimensione storico-temporale, in ciò avvicinandosi alla nozione di comunità, rispetto alla quale

⁵ In argomento, v. P. MARZARO, *Nuove dinamiche e antichi doveri nel sostegno e nella promozione della cultura: dalle radici della questione museale ai diritti delle generazioni future*, in *Nomos*, 2, 2019, 1 ss.

⁶ P. MAZZINA, *L'equità inter-generazionale tra responsabilità politica e controllo della corte dei conti: una prima lettura della sentenza della corte costituzionale n. 18 del 2019*, in *De Iustitia*, 7 settembre 2020.

⁷ G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2018, 627.

⁸ Come rileva D. NOCILLA, voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 342-343, la stessa etimologia della parola "popolo" rivelerebbe l'ambivalenza del concetto. Vi è infatti contrasto fra chi pretende di derivare l'etimo della parola dal latino "*populare*" o "*populari*" (con il significato di saccheggiare), onde il "*populus*" coinciderebbe con la comunità organizzata in armi (*exercitus*); e chi ne individua le radici nel greco πολύς (che sta per "numeroso", "copioso"), identificando il popolo in una moltitudine indifferenziata di individui. Ad ogni modo, la necessità di individuare un elemento comune che giustifichi l'aggregazione è messa ben in luce da Cicerone (*De Republica*, I, 25), che definisce il popolo come il «coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis comunione sociatus».

⁹ Ciascuno di tali gruppi e sottogruppi darebbe vita, nella tesi di Santi Romano, ad un ordinamento giuridico autonomo: cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, *passim*.

¹⁰ Salvo quanto più avanti specificato, il concetto di popolo è indagato all'interno del presente scritto nella prospettiva di quella particolare forma di organizzazione politica coincidente con lo Stato. Il concetto in esame può essere ulteriormente qualificato a seconda della comunità presa a riferimento, anche priva di organizzazione statale, territoriale o sovrana: ad es. il "Popolo di Dio" o il "Popolo di Internet".



– e non senza forzature – può essere distinto come il complesso dei suoi membri «nel corso di vita della medesima, quale viene svolgendosi nel tempo»¹¹.

In tale prospettiva, il popolo rappresenta l’unità spirituale e politica delle generazioni nel loro divenire, basata sulla *communio utilitatis*, quest’ultima posta a fondamento dell’adesione, espressa o tacita, al gruppo di individui che abita un certo territorio¹². Unità che tuttavia non si manifesta in espressioni puntuali di volontà, ma nel consenso duraturo e nella media osservanza dei precetti imposti dagli organi dello Stato-apparato.

Nella Costituzione italiana il vocabolo “popolo” o “popoli” compare in quattro *loci*. Le norme in esame sono strutturate come clausole di attribuzione della sovranità¹³, e di individuazione delle relative forme di esercizio¹⁴, nonché di tutela della sovranità altrui¹⁵.

L’appartenenza della sovranità al popolo consente di dare maggiore sostanza all’enfatico esordio della Costituzione¹⁶, secondo cui «L’Italia è una Repubblica democratica», sottendendo come corollario il potere del popolo di orientare e controllare l’operato dello Stato-apparato¹⁷. Infatti, ciò che connota uno Stato democratico è l’«imperio di regole giuridiche – sostanziali e processuali –, scritte e fatte osservare da genuini e indipendenti rappresentanti del Popolo e nelle quali siano sempre, e prima di tutto, presenti (come oggetto fondamentale di ogni rispetto e tutela) le libertà inviolabili, la dignità e l’uguaglianza degli uomini»¹⁸.

Come anticipato, la nozione di popolo si inserisce nella trama evolutiva dell’ordinamento, risente delle mutazioni delle forme di stato, ed è sensibile al rapporto fra l’organizzazione statuale e le realtà ad essa sovraordinate.

Anche l’Unione Europea, quale organizzazione politica, sebbene di natura non statuale, sembra riconoscere, all’interno dei Trattati istitutivi, l’esistenza di un proprio “popolo”. Paradigmatici in questo senso sono i contenuti del TUE, ove il concetto è declinato in tre diverse accezioni, secondo una *climax* che riflette la tensione evolutiva dell’architettura eurounitaria. E così, sono individuati i popoli (i) degli Stati membri dell’Unione Europea¹⁹; (ii) dell’Europa²⁰; (iii) dell’Unione Europea²¹.

¹¹ D. NOCILLA, *op. cit.*, 344; v. anche C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1957, 91 ss.

¹² V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Riv. dir. intern.*, 1964, 395 ss.. Il concetto di popolo qui espresso – secondo una tendenza, potremmo dire, “utilitaristica” – è lontano da quello di “Volk”, che, nella lingua tedesca, esprime la comune appartenenza ad un sostrato naturalistico-culturale trascendente: *cfr.*, in questo senso, le riflessioni di G.L. MOSSE, *Le origini culturali del Terzo Reich*, Milano, 2015, 9 ss..

¹³ Art. 1, co. 2.

¹⁴ Art. 71, co. 2, 101, co. 1, 102, co. 3.

¹⁵ Art. 11.

¹⁶ Sul tema, *cfr.* le insuperate considerazioni di V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione*, in *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.

¹⁷ G. AMATO, *La sovranità popolare nell’ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 74 ss.

¹⁸ A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale, consolidando la democrazia (frammenti di idee)*, in *Scritti Giuridici. II. Diritto Costituzionale*, Napoli, 1990, 6.

¹⁹ Con l’obiettivo di promuoverne il progresso economico e sociale, intensificarne la solidarietà e garantirne la sicurezza. Il riferimento ai popoli degli Stati membri è contenuto solo nel Preambolo del TUE.

²⁰ Quest’ultima intesa in senso culturale, come aggregazione delle popolazioni che condividono tradizioni e valori comuni. Tale riferimento è contenuto sia nel Preambolo del TUE che nell’art. 1, par. 2.

²¹ *Cfr.* art. 3, par. 1 TUE.



Al riconoscimento, da parte dei Trattati istitutivi, dell'esistenza di un «popolo dell'Unione Europea» si associa l'istituzione di una vera e propria «cittadinanza dell'Unione», che «si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce»²², e che rappresenta uno dei principi cardine su cui si fonda la democrazia rappresentativa eurounionale²³.

Il concetto di cittadinanza e quello di popolo, nella prospettiva europea, non sembrano tuttavia coincidere. Secondo quanto sostenuto dall'Avvocato Generale della Corte di Giustizia, Poiares Maduro, nella causa *Rottman v. Freistaat Bayern*²⁴, i popoli dell'Unione Europea – in una logica, evidentemente, plurale – sarebbero reciprocamente avvinti da un collegamento o da nesso politico inidoneo, tuttavia, a fondare l'esistenza di un «unico popolo», ma di uno «spazio politico europeo, dal quale scaturiscono diritti e doveri»²⁵.

La questione circa l'esistenza di un popolo europeo è, però, estranea alla prospettiva storico-temporale entro cui si muovono le presenti riflessioni, piuttosto incentrate a comprendere se il concetto di popolo abbracci esclusivamente i membri della generazione presente o anche quelli appartenenti alle generazioni passate e future.

Già anteriormente all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2022, era noto che la moderna organizzazione statale «si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione»²⁶. Nello stesso senso è stata affermato che la tutela «del complesso dei diritti, di diverse generazioni» costituisce «una ragione teleologica dell'organizzazione costituzionale degli stati liberaldemocratici»²⁷.

In questo senso, l'intero impianto costituzionale assume funzione antimaggioritaria, manifestando quella ambizione «all'eternità ordinamentale», al fine di «prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da quella costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno»²⁸.

Del resto, la proiezione al futuro è una caratteristica intrinseca del diritto e l'idea stessa di una Costituzione rigida – modificabile solo attraverso il procedimento previsto dall'art. 138 Cost. e con le maggioranze (rafforzate) all'uopo prescritte – impone al legislatore un vincolo «rispetto alla modificabilità

²² Art. 9 TUE e art. 20 TFUE.

²³ Esemplare in tal senso è la collocazione sistematica dell'art. 9 del TUE, inserito all'interno del Titolo II dedicato alle «Disposizioni relative ai principi democratici», nonché la previsione dell'art. 10, par. 3, secondo cui il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione è riservato ai soli «cittadini». Nello stesso senso depone l'art. 20, par. 2 TFUE, secondo cui «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati».

²⁴ Si tratta della controversia decisa da CGUE, Grande Sezione, 2 marzo 2010, in causa C-135/08.

²⁵ Più precisamente, secondo l'Avvocato Generale, la cittadinanza europea «presuppone l'esistenza di un collegamento di natura politica tra i cittadini europei, anche se non si tratta di appartenenza ad un popolo. Tale nesso politico unisce, al contrario, i popoli dell'Europa. [...] Il nesso in questione non presuppone l'esistenza di un unico popolo, ma di uno spazio politico europeo, dal quale scaturiscono diritti e doveri. Poiché non implica l'esistenza di un popolo europeo, la cittadinanza dell'Unione è concettualmente scissa dalla cittadinanza nazionale».

²⁶ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubb.*, 1910, 87, 8.

²⁷ G. GEMMA, *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 204.

²⁸ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 1.



dei valori e del nucleo essenziale dei diritti cristallizzati al suo interno, dispone anche e forse soprattutto per il futuro»²⁹.

La tensione all'avvenire propria delle norme costituzionali aveva indotto la dottrina a rintracciare all'interno del concetto di popolo espresso dall'art. 1 Cost. un riferimento implicito alla tutela delle generazioni future³⁰. Secondo tale linea di pensiero,

«l'esercizio delle prerogative sovrane non potrebbe farsi carico, unicamente, di preoccupazioni legate al presente ed ai bisogni contingenti" dei soli cittadini-elettori" perché ciò "finirebbe per contraddire quella stessa nozione di "popolo" [...] che solo nella sua pienezza e complessità, farebbe dello stesso il legittimo titolare della sovranità»³¹.

Il legame, costituzionalmente istituito, fra popolo e sovranità – la seconda appartenendo al primo – impone di dissociare la titolarità dall'esercizio della prerogativa³²: dunque un popolo titolare della sovranità e un popolo che la esercita «nelle forme e nei limiti della Costituzione», come stabilisce l'art. 1 Cost.³³.

La titolarità della sovranità è attribuita sulla base di una *factio iuris* ai membri della comunità uniti fra loro dal punto di vista spirituale e politico, ma si tratta di un concetto "aperto" in quanto non è esattamente definibile in un dato momento della platea di soggetti detentori della sovranità.

Al contrario, può stabilirsi con certezza, sulla base di indici materiali, quali siano i soggetti cui pertiene l'esercizio della sovranità, vale a dire coloro che sono *pro tempore* autorizzati ad attivare gli istituti a ciò preposti dall'ordinamento democratico³⁴.

La sovranità di cui il popolo è titolare è, del resto, un potere assoluto e perpetuo. Il detentore immanente di quel potere ne conferisce l'esercizio agli organi pubblici a ciò espressamente deputati, ma «non ne concede mai tanto da non serbarne per sé ben di più» né può ritenersi soggetto alle «leggi

²⁹ G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 24, 2020, 248.

³⁰ Lo ricorda, da ultimo, L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, 217.

³¹ D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, 155 ss.

³² Spunti in questo senso si ritrovano in M.S. GIANNINI, voce *Sovranità (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 227-228.

³³ Riconosce implicitamente la scindibilità dei concetti di titolarità ed esercizio della sovranità anche C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 10, ove si legge «E veramente il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere [...] e che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)».

³⁴ Rilevante ai fini del discorso che stiamo conducendo è il concetto di "democrazia responsiva", la cui cifra si esprime nel grado di rispondenza ai *desiderata* del corpo elettorale e alla soddisfazione dei suoi bisogni, essendo, viceversa, «sicuramente poco sensibile verso gli interessi di quei futuri cittadini che ancora non votano, verso le generazioni future», al punto da rifuggire «il tema dell'irresponsabilità inter-generazionale della democrazia come volontà popolare [...] "per due motivi essenziali: primo luogo, in epoche precedenti la quantità di risorse su cui il governo decideva era decisamente inferiore e non lasciava intravedere il problema del loro esaurimento futuro. In secondo luogo, poiché", in specie, "nel nostro paese i legami familiari sono rimasti ancora solidi, i diffusi trasferimenti intergenerazionali di risorse all'interno dei nuclei familiari non hanno fatto percepire, o fanno percepire meno che altrove, la potenziale esplosività di una visione della democrazia che premia la responsabilità a breve»: S. BARTOLINI, *Le radici della crisi della democrazia a livello mondiale ed europeo*, in *Il Federalista*, 2-3, 2018, 108 ss..





dei predecessori»³⁵. La scelta del decisore pubblico – legislatore o detentore del potere esecutivo – è dunque implicitamente limitata dalla sovranità popolare: quel potere originario che esige in ogni tempo la conservazione delle condizioni necessarie per la sua futura riedizione.

Il riferimento all’ “interesse delle generazioni future”, ora introdotto in Costituzione, depone nel senso che anche quest’ultime partecipano necessariamente al concetto di popolo³⁶, giacché le modalità di esercizio della sovranità da parte delle generazioni esistenti determinerà la misura delle prerogative sovrane del “popolo del futuro”.

Il legislatore costituzionale – che avrebbe potuto riferirsi, in generale, al principio di equità intergenerazionale – ha, invece, preferito “giuridificare” i soggetti nel cui interesse tale principio opera, nonché la posizione giuridica di cui essi sono titolari.

La menzione delle generazioni future in Costituzione induce a ritenere che esse abbiano ora acquisito consistenza giuridica, partecipino alla nozione di popolo, siano titolari di una sovranità che non possono, tuttavia, esercitare, e ciononostante deve essere esercitata nel loro interesse.

Del resto, per lunga tradizione filosofica, conoscere è ri-conoscere. L’intero impianto assiologico della Costituzione, per come disvelato dalla petizione di principio contenuta nell’art. 2 Cost., si basa sul riconoscimento, prima ancora che sulla garanzia, dei diritti inviolabili dell’Uomo, come singolo e come componente della collettività organizzata. Il precetto costituzionale si pone, dunque, in una logica che antepone l’esistenza della posizione tutelata all’impegno della Repubblica alla sua garanzia e richiede a tutti gli individui e ai soggetti pubblici³⁷, in chiave solidaristica, di cooperare – adempiendo a doveri inderogabili di natura politica, economica e sociale – affinché sussistano in ogni tempo e in ogni luogo le condizioni che rendono effettivo il godimento dei diritti inviolabili.

³⁵ J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, in V.I. COMPARATO (a cura di), *Antologia di scritti politici*, Bologna, 1981, 141-146. Il tema in esame, peraltro, non è nuovo nel dibattito costituzionale moderno: come noto, già l’art. 28 della Dichiarazione dei diritti inserita nella Costituzione francese del 1793 sanciva solennemente che «una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future», il che equivale ad affermare che la sovranità non può essere esercitata in modo da renderne impossibile il futuro riesercizio.

³⁶ In tal senso anche L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum quad. cost.*, 2, 2022, 25 ss.; J. LUTHER, *Il futuro dell’integrazione europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista*, in *Nomos*, 2, 2018, sostiene che «le generazioni future costituiscono insieme a quelle passate e presenti la “nazione”, nel linguaggio ottocentesco il popolo che nasce e rinasce».

³⁷ Controversa è la questione della riferibilità dei doveri di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. anche ai pubblici poteri. In senso affermativo si esprimono B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi* (Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006), Torino, 2007, 232 ss.; F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, *ivi*, 24 ss.; L. CARLASSARRE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, 44 ss.; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell’Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2020, 544 ss., sulla base dei seguenti argomenti: (i) il concetto di “dovere costituzionalmente inderogabile” non è disomogeneo rispetto alla nozione di “funzione pubblica di rilievo costituzionale”; (ii) i doveri costituzionali inderogabili possono essere imputati tanto ai privati (c.d. doveri “individuali” o “personali”: es. art. 48, comma 2 Cost.) – ed in questo caso comprimono la libertà personale – quanto ai soggetti pubblici (c.d. doveri “funzionali” o “istituzionali”: es. art. 9 Cost.), nel qual caso incidono sull’autonomia e il potere discrezionale della pubblica amministrazione; (iii) la pubblica amministrazione può essere considerata alla stregua di una delle “formazioni sociali” di cui all’art. 2 Cost.. Fra i sostenitori della tesi opposta v. C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 63 ss.; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, 52-53; F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella “formazione sociale” “organizzazione pubblica”*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003.





Volendo istituire un necessario collegamento fra gli art. 1, 2 e 9 Cost., si potrebbe sostenere, a ragione, che l’interesse delle future generazioni conforma e limita, anche in chiave solidaristica³⁸, l’esercizio della sovranità da parte delle generazioni presenti³⁹.

3. Le “generazioni future” possono essere titolari di posizioni giuridiche?

In tale prospettiva, la recente novella costituzionale produce l’effetto di positivizzare il diritto fondamentale delle generazioni future di esercitare la sovranità quando verranno ad esistenza in condizioni adeguate, sottraendo tale pretesa allo stato di “naturalzza”, garantendogli protezione attuale e tutela giurisdizionale⁴⁰.

Tale affermazione appare assai gravida di conseguenze di ordine teorico generale, sulla configurabilità di posizioni giuridiche soggettive in capo a soggetti inesistenti fattualmente inesistenti, ma comunque evidentemente rilevanti per l’ordinamento, in quanto riconosciuti da norme costituzionali.

L’art. 1, comma 1, cod. civ. riconnette al momento, oggettivo e storicamente situato, della nascita l’acquisto della capacità giuridica, che per le persone fisiche equivale alla soggettività giuridica, intesa come potenziale idoneità ad essere titolari di una qualunque posizione giuridico-soggettiva. Ciononostante, per espressa previsione dell’art. 1, comma 2, cod. civ., la legge riconosce diritti anche colui che ancora non è nato, a patto che egli sia stato almeno concepito⁴¹. In altre parole, la tecnica adottata dal diritto positivo per il riconoscimento dei propri destinatari fa uso di criteri oggettivi riferiti ad eventi – per le persone fisiche: la nascita o il concepimento – individuabili con esattezza secondo coordinate spazio-temporali.

³⁸ Spunti in questo senso in A. D’ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future*, Napoli, 2017.

³⁹ In argomento, si v. anche la raffinata e dotta critica di P.L. PORTALURI, *Lichtung und lichtmenschen. Il diritto del selvaggio totalmente altro*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it, 18 gennaio 2022, che stigmatizza la visione antropocentrica assunta dal legislatore costituzionale in occasione della l. cost. n. 1/2022. A sostegno della riconducibilità delle generazioni future nell’ambito di applicazione dell’art. 2 Cost., depongono anche i dd.dd.l.l. n. 938 e n. 1632 che ne prevedevano l’inclusione nella norma citata: in dottrina, F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell’amministrativista e l’esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in P. PANTALONE (a cura di), *Il diritto dell’economia. Atti di convegno dell’Università degli studi di Milano*, 2021, 62.

⁴⁰ Cfr. G. PECES-BARBA MARTINEZ, voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubb.*, V, 140, ove si rileva che «la “positivizzazione” (divenire norma giuridica) dei diritti fondamentali è l’ultimo anello di un processo che comincia precisamente con il sorgere di un contenuto di moralità che manifesta la dignità dell’uomo, moralità critica che la pretesa di convertirsi in moralità legalizzata». Secondo tale logica, l’indagine sui diritti fondamentali deve prendere atto della “*realtà dualistica*” degli stessi, composta dalla filosofia dei diritti fondamentali e dal diritto positivo. Il passaggio dall’una all’altra dimensione «necessita della mediazione del potere, inteso come insieme di Istituzioni, operatori giuridici e cittadini che usano e applicano il diritto, i problemi di base si collocano nella filosofia dei diritti fondamentali, con un effetto importante sul tema del potere». Una volta positivizzati, i diritti fondamentali (fra cui, nella prospettiva dell’Autore, “la contaminazione e il degrado ambientale”) divengono «diritto naturale del tempo attuale», fuoriuscendo dalla dimensione esclusivamente etico-morale dalla quale sono stati generati.

⁴¹ In dottrina, *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile I, la norma giuridica, i soggetti*, Milano, 1993; F.D. BUSINELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. dir.*, 1988; G. GRASSO, *Sulla soggettività del concepito e dell’embrione prodotto in vitro*, in *Dir. e giur.*, 1997. In giurisprudenza, Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741; Cass., Sez. III, 5 aprile 2011, n. 9700.





Non vengono espressamente considerati né le collettività diverse da quelle istituzionali o comunque costituite nelle forme ammesse dall'ordinamento, né tantomeno le generazioni future, la cui composizione può essere definita solo negativamente, constando degli individui non ancora neppure concepiti.

Il progresso tecnologico e giuridico ha, tuttavia, fatto emergere istanze di tutela, provenienti da soggetti non esattamente inquadrabili nelle categorie tradizionali, portatori di situazioni giuridiche nuove e in un certo senso trasversali. La tematica in esame è stata investigata proprio all'indomani dell'emersione della questione ambientale e nell'ambito di tali riflessioni è stato osservato che il diritto dovrebbe «considerare le modalità con cui riconoscere l'ambiente come “valore”, come obiettivo condiviso, capace di generare diritti e doveri strumentali al suo raggiungimento», mentre «risultano insufficienti gli strumenti tradizionali del diritto positivo: il carattere dinamico e complesso delle relazioni che fanno riferimento alla tutela dell'ambiente è difficilmente compatibile con le previsioni generali e astratte della legislazione (secondo lo schema classico “se è A deve esserci B”, con regole poste per tutti ed una volta per tutte)». Proprio in quest'ottica, il giurista viene richiamato al compito di «individuare nuovi principi, ispirati ad una razionalità strategica, adottando nuovi strumenti e nuovi procedimenti, riconoscendo nuovi diritti (come quello all'informazione ambientale, o come i diritti delle future generazioni)»⁴².

A fronte di tali esigenze, le categorie dommatiche tradizionali mostrano lo stato di crisi in cui versano sin dall'avvento della rivoluzione industriale, momento a partire dal quale è stato imputato all'ordinamento statale il gravoso compito di sintetizzare i confliggenti interessi di classe⁴³.

E se, dunque, può sempre farsi utile riferimento alle posizioni giuridiche elementari e a quelle ad esse correlate⁴⁴ – pretesa (*claim*), libertà (*liberty, privilege*), potere (*power*) e immunità (*immunity*), secondo il noto insegnamento di Hohfeld⁴⁵ –, dovranno rifiutarsi le classificazioni che, componendo gli elementi giuridici primari in concetti più complessi e interrelati, imbrigliano l'interprete secondo modelli ormai non più esattamente corrispondenti all'assetto delle relazioni sociali e giuridiche.

Il diritto soggettivo, dal canto suo, può essere definito come

«una relazione triadica, una relazione che coinvolge tre entità: un soggetto (il titolare del diritto soggettivo), un altro soggetto (su cui ricade la posizione giuridica correlativa al diritto soggettivo), e la descrizione di un atto o di uno stato di cose (il contenuto del diritto soggettivo). In altre parole, un diritto soggettivo – qualunque diritto soggettivo – può essere descritto come un rapporto che A (titolare del diritto) intrattiene con B (su cui ricade la posizione giuridica corrispondente al diritto soggettivo), e il cui contenuto è C (una condotta, uno stato di cose, ecc.)»⁴⁶.

⁴² La citazione, al pari dei due precedenti virgolettati, è tratta da S. GRASSI, *Ambiente e Diritto*, in AA.VV., *Atti e memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere La Colombaria*, LXXXIII, Firenze, 2018, 97.

⁴³ Lo rileva, fra gli altri, G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2018, 113.

⁴⁴ Si tratta, nella prospettiva hohfeldiana, del dovere, non-diritto, soggezione e incompetenza, presentate come indipendenti rispetto alle posizioni giuridiche elementari che compongono il diritto soggettivo.

⁴⁵ W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journ.*, 23, 1, 1913, *passim*.

⁴⁶ G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 229 ss.



Tale struttura, di per sé, è neutra rispetto al rapporto fra strutture atomistiche hohfeldiane. Sebbene non molto frequentemente, un diritto soggettivo può presentarsi anche sotto forma di un’unica posizione elementare, e costituisca cioè un “diritto atomico” o “micro-diritto”. Più spesso, il diritto soggettivo appare sotto forma di “diritto molecolare” o “macro-diritto”, come insieme complesso e variamente aggregato di posizioni atomistiche.

Vi è una stretta correlazione logica fra l’esistenza anche di uno solo degli elementi primi individuati da Hohfeld e quella del soggetto che ne è titolare: se vi è una pretesa, è necessario e, in ipotesi, sufficiente che vi sia un soggetto che pretende; se vi è un interesse (in tesi: l’interesse delle generazioni future, da ultimo positivizzato), deve esistere il soggetto che ne è titolare.

Per naturale precipitato logico di questa impostazione, se esiste il titolare di una situazione giuridica soggettiva allora questi deve essere un soggetto di diritto, vale a dire una persona giuridica.

In dottrina si è sostenuto che le generazioni future non potrebbero vantare diritti, ma solo crediti morali, per il semplice fatto che non esistono⁴⁷. Studiosi autorevoli, come Gustavo Zagrebelsky, hanno bollato i «diritti delle generazioni future» come

«una di quelle espressioni improprie che usiamo per nascondere la verità: le generazioni future, proprio perché future, non hanno alcun diritto da vantare nei confronti delle generazioni precedenti. Tutto il male che può essere loro inferto, perfino la privazione delle condizioni minime vitali, non è affatto violazione di un qualche loro "diritto" in senso giuridico»⁴⁸.

Gli argomenti addotti in quella sede per negare i diritti delle generazioni future sembrano, tuttavia, poter essere superati, specie alla luce dell’ultima novella costituzionale.

Non pare, di per sé, dirimente la circostanza che le generazioni future, quando verranno ad esistenza, non potranno citare in giudizio i loro predecessori non più in vita, le cui azioni andrebbero considerate «fatti compiuti», rispetto ai quali non vi sarebbero ulteriori margini di tutela. Infatti, sebbene non possa riconoscersi una forma di responsabilità civile per la violazione dei diritti di una collettività, per definizione, non ancora esistente, l’ordinamento contempla altre forme di tutela, che appaiono comunque funzionali alla difesa della posizione giuridica delle generazioni future nel tempo presente.

Ad esempio, una norma di legge in materia ambientale potrà essere dichiarata incostituzionale per violazione dell’art. 9 Cost. nella sua attuale formulazione, se ritenuta ingiustamente lesiva dell’interesse delle generazioni future. Allo stesso modo, risulterà viziato e dunque annullabile l’atto amministrativo che, per il suo contenuto discrezionale, abbia prescelto, fra le varie alternative possibili, l’opzione che massimizza il beneficio presente, non curandosi anche dell’interesse delle future generazioni. Sotto altro profilo, la tesi per cui il comportamento delle generazioni presenti rimarrebbe, in sostanza, giuridicamente insindacabile dalle successive generazioni si scontra con l’evidenza che gli interessi di quest’ultime ben possono essere incarnati, proprio oggi, da enti senza scopo di lucro all’uopo costituiti.

A fronte di tali argomenti, appare maggiormente condivisibile la tesi di chi sostiene che la personalità giuridica, se sussistente, può possedere una gradazione variabile, ricomprendendo una scala più o

⁴⁷ W. BECKERMAN, *The impossibility of a theory of intergenerational justice*, in J.C. TREMMEL (a cura di), *Handbook of Intergenerational Justice*, 53-54.

⁴⁸ G. ZAGREBELSKY, *Nel nome dei figli. Se il diritto ha il dovere di pensare al futuro*, 2 dicembre 2011, disponibile in www.repubblica.it, 5 giugno 2022.



meno ampia di imputazioni. Non è necessario che una persona giuridica, per dirsi tale, debba poter assumere su di sé tutte le possibili posizioni giuridico-soggettive. E, infatti, a seguire questa tesi,

«non è vero che gli interessi sono o protetti o non protetti e che nel primo caso vale la tendenza a ricondurli tutti alla nozione di diritto soggettivo: gli interessi ricevono, invece, una protezione variabile che dipende dal contesto normativo, sociale, comportamentale, secondo, anche qui, una gradazione articolata e mobile»⁴⁹.

Le generazioni future, cui la nuova formulazione dell'art. 9 Cost. riconosce un interesse, possono quindi essere considerate alla stregua di un soggetto giuridico, potenzialmente in grado di essere titolari di posizioni giuridiche soggettive.

Il legislatore costituzionale sembra aver dunque fatto ricorso alla tecnica della *fictio iuris*⁵⁰ al fine di riconoscere interessi o, comunque, pretese ad entità giuridiche (attualmente) inesistenti – le generazioni future – imponendo ai titolari del potere pubblico obblighi in loro favore⁵¹: una sorta di dovere di protezione che potrebbe ricavarsi direttamente dal contratto sociale fondativo dell'ordinamento e dai correlati doveri⁵² inderogabili di solidarietà, in una prospettiva evidentemente immanente e intergenerazionale⁵³.

4. L'interesse che "taglia il tempo" e il suo collegamento con l'esercizio attuale del potere.

La costituzionalizzazione delle generazioni future e del loro interesse pone il problema di stabilire i contenuti della posizione giuridica che andiamo costruendo e l'impatto che tale innovazione potrebbe produrre all'interno delle dinamiche ordinamentali.

Anzitutto, la nozione di "interesse" non è sconosciuta al testo costituzionale. Prima della recente novella, il termine compariva in ben nove articoli, declinato sotto quattro prospettive: (i) in una logica difensiva, come "interesse legittimo"⁵⁴; (ii) in un'ottica solidaristica, quale limite alla dimensione

⁴⁹ G. ROSSI, *op. cit.*, 115.

⁵⁰ Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. Dir.*, XVII, 973, ove si precisa che la finzione è un «espediente pratico per eludere o estendere l'applicazione di regole giuridiche ad ipotesi escluse o non previste». Utili spunti sono presenti anche in E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, 2013, la quale avverte che la funzione della *fictio* nel diritto costituzionale è quella di servire come mezzi a fini sociali, e mai come fini in sé: il diritto costituzionale deve trarre vantaggio dalla finzione, che non vive di una supposta consistenza ontologica.

⁵¹ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2013, 63.

⁵² In ciò l'analisi sin qui condotta si riallaccia alla corrente dottrinale dominante, secondo cui l'interesse delle generazioni future dovrebbe leggersi come mero fondamento di un dovere costituzionale di protezione posto in capo alla comunità attuale: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

⁵³ Critica in questo senso si mostra l'analisi di I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Diritto e Conti*, 1, 2021, 55-56, alla quale si rinvia anche per la ricostruzione delle tesi alternative prospettate in materia di riconoscimento della soggettività giuridica delle generazioni future.

⁵⁴ In tal senso l'espressione si ritrova nell'art. 24, comma 1, nell'art. 103, comma 1 e nell'art. 113, comma 1 Cost., ove compare sempre al plurale.



individuale del diritto alla salute, ed in tal senso «fondamentale [...] interesse della collettività»⁵⁵; (iii) quale fondamento ultimo del potere di limitare o di consentire una certa attività da parte dei privati, nel perseguimento di un «interesse generale»⁵⁶; (iv) come presupposto del potere parlamentare di disporre inchieste di «pubblico interesse»⁵⁷.

Rispetto a tali versioni degli interessi costituzionalmente rilevanti, il neointrodotta “interesse delle generazioni future” riveste indubbi profili di specialità.

In primo luogo, a livello topografico, esso è l’unico, fra gli interessi espressamente considerati nel testo costituzionale, a figurare nei principi fondamentali della Carta⁵⁸.

La collocazione sistematica di tale interesse, se letta in correlazione ai principi di tutela ambientale consacrati nell’art. 9 Cost., sottende una precisa scelta ideologica da parte del legislatore costituzionale. Quest’ultimo ha mostrato di aderire a quella corrente di pensiero che considera il rapporto fra uomo e ambiente in senso antropocentrico, nel senso che il secondo è considerato come uno strumento per il soddisfacimento dei bisogni del primo. Il rifiuto della opposta teoria ecocentrica⁵⁹ – per la

⁵⁵ Art. 32, primo comma Cost. In ordine alla riferibilità dell’aggettivo “fondamentale”, contenuto nella norma, tanto al diritto alla salute individuale, quanto al parimenti rilevante interesse della collettività v., da ultimo, D. MORANA, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Consulta Online, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 30 aprile 2020, 1.

⁵⁶ Così è declinato nell’art. 35, terzo comma Cost., come limite alla libertà di emigrazione, negli artt. 42, terzo comma e 43 Cost., come presupposto essenziale all’esercizio del potere di espropriazione, rispettivamente, della proprietà privata e di determinate imprese o categorie di imprese, nonché nell’art. 118, quarto comma Cost., quale predicato delle attività oggetto di interventi di sussidiarietà c.d. orizzontale ad opera dei privati.

⁵⁷ Art. 82 Cost.

⁵⁸ In tal senso già R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., che ben prima della recente riforma costituzionale preconizzava che l’interesse delle generazioni future avrebbe trovato ingresso quale nuovo principio e non già come un nuovo diritto. Cfr. anche ID, *Prissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi*, 6 aprile 2022, 8.

⁵⁹ Si inserisce in questa linea teorica quella corrente di pensiero che considera la natura come soggetto di diritto, come tale legittimata ad agire in giudizio per il ristoro dei danni subiti a causa dell’attività umana (c.d. “*Earth Jurisprudence*”, su cui D. STONE, *Should Trees Have Standing?: Law, Morality and the Environment*, Oxford, 2010). In argomento, v. anche V. D’ANTONIO, A. IACOVINO, *Il costituzionalismo ecologico in Ecuador e Bolivia: quali diritti per quale natura?*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2021, 91 ss.





quale l'ambiente andrebbe tutelato a prescindere dall'utilità che l'uomo può trarne – è, tuttavia, temperato dal concetto di sostenibilità⁶⁰, sino a giungere ad una «visione antropocentrica sostenibile»⁶¹. Dunque, il primo e più evidente impatto prodotto dalla riforma costituzionale è stato quello di rendere esplicito quel nesso fra doveri di protezione ambientale e solidarietà intergenerazionale, peraltro già noto alla dottrina costituzionalistica⁶² e agli strumenti di regolazione del settore.

Ma la portata della riforma, ad avviso di chi scrive, non si limita esclusivamente a questo profilo: essa produce effetti anche sul piano dogmatico⁶³ e, per molti versi rappresenta, «uno scacco alle nostre categorie tradizionali [...] tutte configurate sulla presenza che impronta il codice binario di diritti-doveri»⁶⁴.

⁶⁰ L'esigenza di tutela delle generazioni future figurava già nel Preambolo della Convenzione internazionale di Washington del 1946 per la regolamentazione della caccia alla balena, con la quale è iniziato a farsi strada il problema etico e politico di esaurimento delle risorse naturali. Il concetto è stato poi ripreso nella Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano, per poi trovare puntuale sviluppo nel rapporto "Our Common Future" della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo (Commissione Bruntland) del 1987. Più nello specifico, il Rapporto Bruntland fissa la nozione di "sviluppo sostenibile", inteso quale sviluppo in grado di assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri». Tale principio ha, successivamente, ispirato ulteriori accordi internazionali sul clima e l'ambiente fra cui – solo per ricordarne alcuni – gli Accordi (non vincolanti) e le Convenzioni di Rio de Janeiro del 1992, il Protocollo di Kyoto del 1997, nonché, più di recente, l'Accordo di Parigi adottato nell'ambito della Conferenza sul clima del 2015 (COP21). Il preambolo di tale ultimo accordo recita espressamente che «acknowledging that climate change is a common concern of humankind, Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity». Tale impostazione è poi penetrata nell'ordinamento italiano, come dimostra l'art. 3-*quater* D.lgs. 152/2006, rubricato "principio dello sviluppo sostenibile", il cui primo comma prevede espressamente che «Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future». Sul tema della tutela multilivello del bene ambiente, cfr. T. SCOVAZZI, *I diritti delle generazioni future nell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente*, in P. PANTALONE (a cura di), *Il diritto dell'economia cit.*, 70 ss.; L. SALVEMINI, *Un sistema multilivello alle origini del diritto ambientale*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 900 ss..

⁶¹ G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in P. PANTALONE (a cura di), *Il diritto dell'economia cit.*, 175.; nello stesso senso, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad. cost.*, 3, 2021, 310.

⁶² Lo rileva anche M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica. Audizione sui Disegni di legge costituzionali nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6, 94.

⁶³ Da condividere è l'osservazione di A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, 174 per cui "la ricezione di nuovi diritti ed interessi incontra il primo ostacolo nelle categorie fondamentali della dogmatica giuridica, in cui si è educato il giurista continentale: basti pensare alla stessa nozione di diritto soggettivo, costruita per situazioni connesse allo scambio economico".

⁶⁴ A. ABIGNENTE, *Garanzia e cura: l'interpello delle generazioni future*, in *Etica e Politica*, 2018, 265 ss.





È nota la problematica ricostruzione che la dottrina⁶⁵ e la giurisprudenza⁶⁶ hanno svolto in ordine alla configurabilità e alla giustiziabilità degli interessi superindividuali. Il maggiore ostacolo che si frapponeva al loro riconoscimento era rappresentato dalla nozione di interesse legittimo come situazione giuridica di tipo materiale, che lasciava privi di tutela quel fascio di interessi irriducibili al paradigma del vantaggio e dunque non differenziati, ovvero non esattamente collocabili in capo ad un singolo soggetto di diritto⁶⁷.

Tuttavia, per via dell'emersione nel tessuto sociale di nuove, più raffinate e, per molti versi, più fluide istanze di tutela, è stato affermato – ed è oggi, per vero, incontrovertito⁶⁸ – che alcune norme costituzionali siano idonee a far derivare situazioni attive imputabili non al solo individuo, ma a collettività più o meno definite, quando non alla generalità indeterminata dei cittadini: trattasi di interessi che “tagliano lo spazio” dell'ordinamento e che assumono valenza trasversale e trascendente rispetto alla posizione dei singoli soggetti giuridici.

Il prototipo degli interessi superindividuali è certamente quello ambientale⁶⁹, che ha ad oggetto un bene indivisibile a fruizione collettiva, alla cui tutela, evidentemente, non è interessato (solo) il singolo cittadino – se non in via mediata, quando il degrado ambientale incida direttamente su di una propria posizione giuridica soggettiva, come la salute – ma la collettività nel suo complesso⁷⁰.

Tale sviluppo teorico è, in realtà, un diretto precipitato dello sviluppo industriale delle moderne economie occidentali. Maggiore è l'impatto che l'attività del singolo produce nell'ambito della comunità nel quale è inserito, maggiore è la tutela che l'ordinamento appresta alla comunità interessata. E non è casuale che l'esigenza di difendere – e, prima ancora, di concepire – interessi superindividuali sia sorta, dapprima, nell'ambito di ordinamenti capitalistici di più risalente o, comunque, più sviluppata tradizione, per poi essere veicolata negli ordinamenti dei Paesi economicamente e industrialmente emergenti⁷¹.

⁶⁵ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII; B. CARAVITA DI TORITTO, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982; C. RAPISARDA, *Bilancio e prospettive della tutela degli interessi diffusi negli anni ottanta (note in margine ad un recente convegno)*, in *Foro it.*, 105, 1982, 85 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la differenzata utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.*, 1985; N. TROCKER, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987; M. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992; M. SCIASCIA, *Evoluzione della tutela degli interessi diffusi innanzi alle giurisdizioni amministrativa e contabile*, in *Riv. Corte conti*, 4, 2019.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 1973, n. 253; Cass., S.U., 8 maggio 1978, n. 2207; Cons. Stato, Ad. Plen., 19 novembre 1979, n. 24; nella giurisprudenza più recente, Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760; Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554; Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303; da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6.

⁶⁷ Cfr., diffusamente, R. FERRARA, voce *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale)*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, 482 ss..

⁶⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016.

⁶⁹ M.S. GIANNINI, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973.

⁷⁰ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, Il valore ambientale nel bilanciamento costituzionale e gli interessi sensibili nella nuova conferenza di servizi, in *Nomos*, 3, 2016; in ottica comparatistica, E. NACUR REZENDE, *Il diritto ambientale secondo l'ottica del diritto costituzionale positivo e la responsabilità per danni all'ambiente nel diritto comunitario: lo stato dell'arte del diritto ambientale costituzionale e comunitario*, in *Braz. Journ. Int. Law*, 13, 3, 2016.

⁷¹ Ne è prova la circostanza che nell'ordinamento statunitense la giurisprudenza ha cominciato ad interessarsi del tema dell'equità intergenerazionale analizzato sin dai primi anni '90 del secolo scorso: sul punto, E. BROWN WEISS, *A Reply to Barresi's Beyond Fairness to Future Generations*, in *Tul. Env. Law Journ.*, 11, 1997, 93.



L'attenzione agli interessi delle generazioni future rappresenta un ulteriore avanzamento della civiltà giuridica, strettamente connessa alle prospettive di un'economia sempre più avanzata, globale⁷² e territorialmente delocalizzata⁷³.

Ciò in quanto l'attuale modello di tutela degli interessi superindividuali – o, perlomeno, di alcuni di essi, quali l'ambiente, la tutela dell'eredità culturale o la sostenibilità del debito – appare non più efficace se si considerano i connotati del modello di sviluppo mondiale attualmente in essere.

Per tale ragione, emerge la necessità di costruire posizioni giuridiche che “tagliano il tempo”, contrapponendo non già reciprocamente singole categorie di soggetti di diritto considerati dall'ordinamento, bensì la generazione presente nella sua interezza rispetto al popolo del futuro.

Lo sviluppo tecnologico ha, infatti, posto in luce prospettive assolutamente impensabili almeno fino alla metà del XX° secolo: che le risorse naturali disponibili possono essere consumate ad un ritmo superiore rispetto a quello necessario ad auto-rigenerarsi⁷⁴, che la ricchezza non può essere ricercata attraverso forme di indebitamento patologico, che i diritti previdenziali e le altre prestazioni di *welfare* non possono essere garantiti senza politiche adeguate in tal senso, che l'impiego di determinati ordigni bellici potrebbe sconvolgere il concetto stesso di civiltà per come oggi nota o addirittura determinare l'estinzione del genere umano.

Orbene, in questa prospettiva, l'interesse delle generazioni future sembra assumere una vera e propria funzione difensiva rispetto alla pretesa delle medesime di ereditare, una volta venute ad esistenza, le condizioni utili per l'esercizio della propria sovranità.

La nuova formulazione dell'art. 9 Cost. finisce per dare rilievo giuridico a tale pretesa – logicamente prioritaria sul piano ontologico rispetto al riconoscimento da parte dell'ordinamento, al pari dei diritti

⁷² In ordine ai risvolti costituzionali del fenomeno della globalizzazione, v. A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. “globalizzazione”. Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali*, in *Pol. dir.*, 3, 1998.

⁷³ Il carattere sempre più globalizzato della problematica ambientale è reso evidente nelle pronunce giurisdizionali del filone della c.d. “climate change litigation”. Anzitutto, occorre citare la decisione del *Bundesverfassungsgericht*, il Tribunale costituzionale federale tedesco, del 24 marzo 2021, che può annoverarsi tra i *grands arrêts* sia con riguardo al diritto dell'ambiente sia con riguardo al futuro del costituzionalismo. Con tale pronuncia la Corte costituzionale tedesca rilegge l'art. 20a del *Grundgesetz* come regola di custodia del “tempo” del sistema climatico tedesco e dovere di sua protezione “in tempo utile” per i “benefici” delle generazioni future: “benefici” di mantenimento, non di aumento dei loro diritti (quindi esattamente nei termini dell’“equità intergenerazionale” dell'UNFCCC). Emblematica anche la pronuncia “*Affaire du Siècle*” del Tribunale amministrativo di Parigi, del 3 febbraio 2021, con cui lo Stato francese è stato condannato a risarcire il danno ecologico causato dallo sfioramento delle emissioni di carbonio tra il 2015 e il 2018 entro il 2022. E ancora la Corte suprema olandese pronunciandosi sul celebre caso *Olanda c. Urgenda*, ha invitato il governo olandese a ridurre di almeno il 25% le emissioni di CO2 nell'atmosfera entro la fine del 2020. In argomento, v. G. VIVOLI, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici: come gli impegni assunti dagli Stati vengono presi sul serio dai giudici*, in *Ambiente Diritto*, 1, 2022; L. DEL CORONA, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal administratif de paris sull'“affaire du siècle”*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1, 2021.

⁷⁴ Su questi temi, v. E. LECCESE, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione: un percorso al contrario? (Riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali della costituzione)*, in *Ambiente Diritto*, 4, 2020.





inviolabili di cui all’art. 2 Cost. – imponendo alla Repubblica nella sua interezza (vale a dire: non solo al legislatore) un corrispondente dovere di protezione⁷⁵.

L’interesse delle generazioni future è un interesse pubblico oggettivo⁷⁶ alla conservazione della sovranità⁷⁷. Esso non si colloca in un tempo astratto, ma in un tempo «assolutamente vero come il tempo presente»⁷⁸, e si estrinseca nella pretesa delle generazioni future al mantenimento delle condizioni utili, oltre che all’esercizio della sovranità, anche al connesso godimento dei diritti inviolabili dell’Uomo, per la cui realizzazione è richiesto, anche ai pubblici poteri, l’adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁷⁹.

In effetti, la pretesa dei posteri alla conservazione della sovranità si manifesta giuridicamente sotto forma di un dovere posto in capo al decisore storico, che limita il potere attribuito a quest’ultimo.

La logica è difensiva/limitativa, non funzionalistica: il decisore storico non deve perseguire l’interesse delle generazioni future⁸⁰, ma deve comunque adeguatamente considerarlo nel curarsi dei bisogni e delle necessità odierne. Questo – ad avviso di chi scrive – è il significato della congiunzione “anche” inserita nell’art. 9 Cost. appena prima del riferimento al predetto interesse⁸¹: un richiamo alla

⁷⁵ Più precisamente, riprendendo G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 120, il dovere può essere inteso, da un lato, come soggezione ad un potere e, dall’altro, come “risposta a una chiamata in responsabilità nei confronti della condizione dei propri contemporanei e nei confronti di coloro che dovranno venire dopo di noi. I doveri – aggiunge l’A. – verso i contemporanei sono doveri di giustizia; i doveri verso chi succederà a noi sono doveri verso l’umanità”.

⁷⁶ È peraltro noto che “gl’interessi sono protetti dal diritto in varie guise mediante situazioni, diversamente ricostruite dagli studiosi, ma di cui è certa la pluralità riguardo sia alle figure elaborate dalla dogmatica sia alla combinazione di tali figure compiuta dall’ordinamento. In sede generale bisogna, quindi, ammettere che diverse possano essere le forme di protezione – rilevanza, efficacia – sia dell’interesse pubblico che di quello privato o dei privati. Dal punto di vista giuridico la relazione fra questi interessi si presenta come relazione tra situazioni soggettive”: così, E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 9.

⁷⁷ In senso simile, ma senza ricollegare l’interesse delle generazioni future al concetto di popolo e all’esercizio della sovranità, M. LUCIANI, *Generazioni future* cit., secondo cui l’interesse in questione consisterebbe nell’interesse comune alla conservazione del genere umano.

⁷⁸ A. SPADARO, *L’amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Dir. soc.*, 2, 2008.

⁷⁹ Per dirla con E. BROWN WEISS, *Climate Change, Intergenerational Equity, and International Law*, in *Verm. Jour. Env. Law*, 9, 3, 2008, 622 ss. «Such a generation would want to receive the planet in at least as good condition as every other generation receives it and to be able to use it for its own benefit. This requires that each generation pass on the planet in no worse condition than received and have equitable access to its resources. From this we can formulate principles of intergenerational equity. As proposed in detail elsewhere, these principles would call for conservation of options (defined as conserving the diversity of the natural and cultural resources base), conservation of quality (defined as leaving the planet no worse off than received), and conservation of access (defined as equitable access to the use and benefits of the legacy)».

⁸⁰ E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 8, sostiene che «l’avverbio «anche» lascerebbe intendere che la tutela possa riguardare persino e unicamente un interesse delle generazioni attuali».

⁸¹ Assai critica rispetto a questa posizione si mostra F. RESCIGNO, *Quale riforma per l’articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, secondo cui «l’aspetto decisamente meno convincente è il richiamo “anche nell’interesse delle future generazioni”, è un inciso alquanto fumoso, anche rispetto a chi? Alle generazioni attuali o all’ambiente stesso? Quali future generazioni? È un’ambiguità che suscita confusione rispetto agli stessi interessi umani e dimostra al contempo un’impostazione marcatamente antropocentrica».

contrapposizione fra l'interesse dei presenti alla consumazione delle risorse globali⁸² (non solo ecologiche) e quello delle generazioni future ad ereditare un pianeta idoneo a soddisfare i propri bisogni in condizioni analoghe a quelle godute da chi le ha precedute⁸³.

Tale circostanza dischiude la prospettiva del bilanciamento⁸⁴ fra valori e dello scrutinio di ragionevolezza.

Il decisore pubblico – il legislatore e l'Amministrazione – nell'esercizio delle proprie funzioni dovrà necessariamente tener conto dell'impatto futuro della decisione assunta. La giuridificazione

⁸² Si tratta del paradosso ben descritto nei termini che seguono in M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 162 ss.: «Immaginiamo che il regolatore del patto tra generazioni sia un legislatore razionale e benevolente. Per razionale intendiamo un legislatore che si pone come obiettivo la massimizzazione dell'utilità sociale, ovvero del benessere collettivo. Per benevolente la sua caratteristica neutralità rispetto al perseguimento del beneficio presente rispetto a quello futuro (e viceversa, con esclusione di qualunque «tasso di sconto» dell'utilità delle generazioni posteriori rispetto a quelle attuali: in termini giuseconomici neutrale rispetto al rischio). Nel modello di scelta che questo legislatore si trova a operare si pongono due opzioni binarie. La prima riguarda l'attribuzione di un beneficio x alla società. La probabilità di realizzazione di questo beneficio, qualora esso sia perseguito nel tempo presente è, in ipotesi, praticamente pari al 100% del suo valore assoluto: il beneficio $p'(x)$ per i consociati attuali sarà conseguito, salvo macroscopici errori di valutazione del legislatore, nella sua interezza: $p'(x) = x$. La probabilità di realizzazione del beneficio, qualora lo stesso sia previsto dalla legislazione presente, ma ricercato in un tempo posteriore, sarà invece minore, e decrescente all'aumentare dello spazio temporale che separa il momento della scelta dal momento in cui questa arrecherà i suoi potenziali benefici: ciò significa, in termini relativi, che $p''(x) < x$, e quindi anche, $p''(x) < p'(x)$. Il valore atteso del beneficio sociale futuro è, detto altrimenti, inferiore al suo valore assoluto. In un'analisi costi-benefici o, se si preferisce, in un'analisi costi-opportunità, il legislatore razionale e benevolente dovrà considerare anche i costi y conseguenti alla sua scelta, ovvero le utilità negative rispetto al benessere sociale. Ancora una volta, qualora il danno sia arrecato nel presente, è possibile immaginarlo pari al 100% del suo valore assoluto: il costo attuale $p'(y)$, a danno dei consociati contemporanei, sarà arrecato, anche qui salvo macroscopici errori di valutazione, con una percentuale vicina alla certezza, e dunque integralmente: $p'(y) = y$. Le probabilità di avveramento, qualora il danno sia invece previsto come arrecato nel futuro, saranno minori, e decrescenti all'aumentare del margine temporale che separa il momento della scelta dal momento in cui questa arrecherà il suo costo potenziale: in termini non più assoluti, ma relativi, il danno potenziale futuro sarà minore del danno attuale presente $p''(y) < y$ e quindi anche, $p''(y) < p'(y)$. Il valore atteso del costo sociale futuro è quindi inferiore al suo valore assoluto. [...] Se il nostro legislatore benevolente e razionale, in coerenza con le premesse fissate in ipotesi, persegue la massimizzazione delle utilità positive e la minimizzazione dei costi sociali, riunendo le due scelte binarie in un'unica sequenza di scelta transitiva – così illustrata per maggiore semplicità: nella pratica legislativa si può immaginare un procedimento di scelta parallelo tra benefici e costi, come appunto indica l'espressione costi-opportunità – avremo che egli preferirà $p'(x) > p''(x) > p''(y) > p'(y)$, ovvero il beneficio attuale sul beneficio potenziale, il quale a sua volta sarà preferito al danno potenziale e al danno attuale. Tale relazione stabilisce l'ordine delle preferenze di un legislatore benevolente e razionale, le quali si posizioneranno quindi con verso decrescente non solo, come è ovvio, dal beneficio attuale al danno attuale, ma anche dal danno futuro al danno attuale».

⁸³ In questo senso sembrano porsi anche Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum quad. cost.*, 4, 2021, 126, secondo cui "l'inserimento della parola anche collocata tra la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi e l'interesse delle future generazioni appare essere l'elemento idoneo a conferire al dovere attuale di tutela dell'ambiente un carattere intertemporale, nel senso che l'azione di tutela posta in essere oggi e per "l'oggi" dovrà necessariamente considerare le potenziali implicazioni sul domani – e quindi sulle generazioni future – così da attualizzare una tutela nei loro confronti".

⁸⁴ Così anche S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e dritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1, 2012, 44.



dell’interesse delle generazioni future comporta, peraltro, che tale valutazione d’impatto non operi più sulla base di un obbligo morale o, al più, di un vincolo giuridico imposto da una norma di legge, sempre derogabile da una norma posteriore. La valutazione in questione oggi è richiesta da una norma costituzionale e, dunque, deve essere necessariamente essere svolta anche in assenza di una più puntuale previsione legislativa.

L’irragionevole lesione dell’interesse delle generazioni future – tanto nella forma della totale pretermissione, quanto nella forma della eccessiva compressione – determina l’incostituzionalità della legge per contrasto con l’art. 3 Cost., o l’illegittimità del provvedimento amministrativo.

Il sindacato sulla legge e sugli atti aventi forza di legge ritenuti lesivi degli interessi delle generazioni future dovrà essere condotto attraverso gli schemi, piuttosto pervasivi⁸⁵, del controllo di uguaglianza e di ragionevolezza⁸⁶, di cui si serve ordinariamente la Corte costituzionale.

Lo scrutinio in ordine al rispetto del principio di uguaglianza è volto ad accertare che il legislatore abbia trattato in modo eguale situazioni analoghe e in modo differente situazioni diseguali⁸⁷. Si tratta di un giudizio di tipo ternario⁸⁸ nell’ambito del quale assume rilievo l’art. 3 Cost., quale parametro costituzionale, la norma oggetto e una diversa norma di legge che funge da *tertium comparationis*, ossia da parametro interposto che consente la comparazione fra le situazioni fattuali ingiustamente discriminate (o accomunate) e il controllo sul rispetto del principio di eguaglianza.

Il giudizio di ragionevolezza origina, nella giurisprudenza costituzionale⁸⁹, dal sindacato sull’uguaglianza, per poi successivamente affrancarsene, acquisendo un grado di autonomia tale da operare anche in relazione a parametri costituzionali diversi dall’art. 3 Cost. (c.d. “ragionevolezza intrinseca”⁹⁰). Il rispetto del principio di ragionevolezza è scrutinato applicando un test articolato in tre distinte valutazioni⁹¹: i) la prima concerne la “idoneità/adequatezza” dello strumento previsto dal legislatore a perseguire i fini di interesse pubblico che si è prefissato, e tale verifica avrà risultato positivo quando lo strumento non risulti manifestamente inidoneo al suo scopo; ii) la seconda riguarda la “necessità” della misura predisposta, al fine di appurare che l’intervento legislativo sia, tra quelli astrattamente possibili, quello che, nel perseguire il fine pubblico, impone un minor sacrificio dei diritti individuali; iii) la terza è quella della “proporzionalità in senso stretto”, e vi si ricorre quando – esperite le precedenti fasi del test – vi siano più misure ugualmente idonee e necessarie, per operare un bilanciamento tra interessi parimenti rilevanti e scegliere quali tra essi far prevalere.

⁸⁵ In questi termini, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 50.

⁸⁶ Per ciò che concerne la valutazione degli atti amministrativi secondo gli schemi di giudizio riportati nel testo, v. F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 12, 2017.

⁸⁷ Fra i numerosi arresti in cui la Corte costituzionale ha fatto uso di tale principio, v. Corte cost., sent. n. 28/1957 e sent. n. 151/2009. Si esprime esattamente in questi termini, A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV.

⁸⁸ G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2011, 532.

⁸⁹ Corte cost., sent. n. 46/1959 e sent. n. 15/60. In dottrina, sull’evoluzione del sindacato di ragionevolezza, a partire dal giudizio di eguaglianza, R. NIRO, *Il controllo della ragionevolezza delle scelte del legislatore*, in AA.VV., *Il processo costituzionale: le tecniche di giudizio*, in *Foro it.*, 11, 121, 1998, 357 ss.

⁹⁰ Su questi temi, fra i moltissimi contributi della dottrina, F. SORRENTINO, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Pol. dir.*, 2, 2001, 179 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

⁹¹ G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Ann. dir. ted.*, 2002, 409 ss.



Attraverso il sindacato di ragionevolezza la giustizia costituzionale opera il bilanciamento fra valori e principi in reciproco contrasto, ciascuno dei quali aspira ad ergersi tiranno rispetto agli altri: ma si tratta di un bilanciamento effettuato sulla base di un materiale assiologico più o meno definito, all'interno di una realtà ordinamentale tutta imperniata sul tempo presente.

In argomento, la dottrina ha osservato che tale schema rappresenta un «giudizio binario di tipo temporale», utilizzato dalla Corte costituzionale «ogni qual volta, ed accade molto spesso, essa ha cercato di contemperare fra le opposte esigenze di conservazione del nucleo duro di ogni “valore” costituzionale insieme alla necessità di aggiornamento di tali valori alla luce dell'inevitabile evoluzione degli “interessi” sociali»⁹².

Tuttavia, la tutela dell'interesse che “taglia il tempo” richiede una rivisitazione di tale tecnica di giudizio⁹³. La Corte dovrà ricorrere ad un «giudizio ternario temporale», entro cui confrontare

«tre grandezze assiologiche diverse, sia per natura intrinseca che per collocazione temporale: a) valori ideali prescritti dai costituenti da conservare, almeno nel loro nucleo duro intangibile (passato); b) nuovi interessi concreti dei viventi da garantire alla luce dell'evoluzione sociale (presente); c) complesse, e spesso indeterminate, aspettative da tutelare a favore delle generazioni che verranno (futuro)»⁹⁴.

Vi è poi da considerare che la positivizzazione, nel senso sin qui descritto, del principio di solidarietà intergenerazionale appare idonea a segnare una linea di demarcazione netta fra la situazione presente al momento dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2022 e quella ad essa successiva.

L'interesse delle generazioni future ha ora assunto rilievo costituzionale, così da fungere da limite – per l'avvenire – all'esercizio della potestà legislativa.

In tal senso, potrebbe argomentarsi che – perlomeno in materia ambientale – la nuova formulazione dell'art. 9 Cost. introduca un divieto di *reformatio in pejus* della situazione preesistente all'entrata in vigore della riforma in commento.

Infatti, le scelte legislative possono avere – e, in effetti, spesso hanno – un impatto sull'ambiente, il quale può essere considerato alla stregua di un vero e proprio “costo”, quando tale impatto consista nella consumazione delle risorse naturali ad un ritmo superiore a quello utile per la loro rigenerazione. Il “costo ambientale” è, naturalmente, idoneo a gravare, oltre che sulle generazioni presenti, anche su quelle future, per le quali rappresenta un “debito”.

Il divieto di peggiorare le condizioni ambientali attuali rappresenta, infatti, la cautela minima esigibile al fine di considerare “anche” l'interesse delle generazioni future: ogni scelta che, al contrario,

⁹² A. SPADARO, *L'amore dei lontani*, cit., 31.

⁹³ Cfr. M. CECCHETTI, *La revisione* cit., 311, secondo cui «è pressoché impossibile dubitare che la formalizzazione nel testo costituzionale dell'inciso che qui si esamina assuma un significato che va ben oltre la semplice “ricognizione” di una caratteristica ontologica delle politiche di tutela dell'ambiente. In verità, l'esplicito richiamo all'“interesse delle future generazioni” assurge, a tutti gli effetti, al rango di parametro sostanziale di legittimità costituzionale, così determinando le tipiche conseguenze del diritto costituzionale cui si è fatto riferimento all'inizio di queste pagine: conformare, con un vincolo giuridico, le scelte degli organi titolari della potestà normativa, imponendo istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti specificamente orientati a considerare gli effetti di lungo periodo di quelle scelte e rendendo queste ultime, al tempo stesso, misurabili e valutabili nella sede di un sindacato giudiziale di ragionevolezza non più limitato alla sola “non manifesta irragionevolezza” (o “arbitrarietà”), bensì pienamente realizzabile applicando i ben più stringenti test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto delle misure scrutinate».

⁹⁴ *Ivi*, 32.



irragionevolmente peggiori lo *status quo*, aggravando i costi ambientali che dovranno sostenere le generazioni future, si rivelerebbe presumibilmente in contrasto con l’art. 9 Cost.

Tale divieto di *reformatio in pejus* appare derogabile – in condizioni non eccezionali – solo a condizione che la misura legislativa che aumenti il costo ambientale possa qualificarsi come un “investimento”. Peraltro, va osservato che concetti come “indebitamento” o “investimento” – ben noti al diritto contabile – rappresentino concetti giuridici indeterminati e che il divieto di indebitamento per spese diverse dagli investimenti di cui all’art. 119, comma 6 Cost. sia «espressione, per la sua collocazione apicale nel sistema, di un principio di ordine pubblico [economico]»⁹⁵. Dal canto suo, la Corte costituzionale ha riconosciuto che «si tratta di nozioni il cui contenuto possa determinarsi a priori, in modo assolutamente univoco, sulla base della sola disposizione costituzionale, di cui questa Corte sia in grado di offrire una interpretazione esaustiva e vincolante per tutti, una volta per sempre». Trattasi, dunque, di principi generali, per la cui attuazione occorre l’adozione di «regole di concretizzazione connotate da una qualche discrezionalità politica»⁹⁶.

E tale considerazione – riservando ad altri scritti una più approfondita disamina del tema – incide anche sulla distribuzione della potestà legislativa fra lo Stato e le Regioni: per la completa attuazione dell’ultima novella costituzionale occorre, infatti, che il legislatore statale fissi la nozione di “indebitamento” e “investimento” ambientale, quali principi fondamentali della materia della valorizzazione dei beni culturali e ambientali, rimessa alla potestà legislativa concorrente ex art. 117, comma 3 Cost..

5. Le posizioni giuridiche delle “generazioni future” sono giustiziabili? La tutela giurisdizionale dell’interesse (o “anche nell’interesse”) delle generazioni future

L’ingresso delle generazioni future e del loro interesse nel testo costituzionale pone la necessità di indagarne i profili di tutela giurisdizionale.

Si è chiarito che il principio di solidarietà intergenerazionale è ora idoneo ad inserirsi nel bilanciamento fra valori e principi, nonché ad integrare il parametro costituzionale di cui all’art. 3 Cost. nell’ambito dello scrutinio di ragionevolezza e di eguaglianza.

Si tratta ora di stabilire se il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi sia l’unica sede di tutela degli interessi delle generazioni future, oppure se la lesione di quest’ultimi possa essere fatta valere direttamente avanti al giudice comune, al quale spetterà, eventualmente, di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Il tema non è di poco momento. Infatti, negare la giustiziabilità avanti al giudice comune degli interessi delle generazioni future varrebbe ad affermare la natura meramente ancillare e servente di quest’ultimi rispetto ad altre posizioni giuridiche tutelate.

La dottrina ha tentato di inquadrare la questione sotto il profilo della «giustiziabilità dei doveri intergenerazionali». Secondo tale prospettiva, non si tratterebbe di individuare un unico soggetto legittimato ad agire a tutela delle ridette posizioni giuridiche, quanto piuttosto

«di stabilire meccanismi per attivare un sindacato giurisdizionale (da parte di associazioni, di organi pubblici – si pensi all’ambiente e, nel caso dei piani di rientro, alla Corte dei conti) sull’adempimento del

⁹⁵ Corte conti, Sez. reg. contr. Campania, parere 13 luglio 2020, 96/2020/PAR.

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 425/2004.





dovere [...]. Occorre semplicemente (dal punto di vista teorico: il compito può essere estremamente difficile in concreto) identificare un meccanismo di enforcement efficace, che spinga il giudice a verificare l'esatto adempimento di doveri senza preoccuparsi che chi attiva la pretesa sia titolare di un diritto»⁹⁷.

Nella tesi in esame, dunque, la tutela dell'interesse delle generazioni future potrebbe conseguirsi attraverso un'azione proposta contro il decisore pubblico il cui *petitum* dovrebbe individuarsi nella condanna all'adempimento del dovere di protezione intergenerazionale che si pretende inadempito⁹⁸. Provando a sviluppare il ragionamento alla luce dell'avvenuta giuridificazione delle generazioni future, potrebbero essere prese in considerazioni diverse proposte avanzate in passato, fra cui l'istituzione di un apposito Ministero, la creazione di un difensore civico (*Ombudsman*⁹⁹), oppure, sul piano internazionale, l'introduzione di un Alto Commissario per le Generazioni Future¹⁰⁰. Alla tutela dell'interesse delle generazioni future potrebbe concorrere anche la società civile, attraverso il fenomeno dell'associazionismo civico e sulla base del principio di sussidiarietà "anche nell'interesse delle generazioni future"¹⁰¹. Ciò, peraltro, non solo con riferimento alla tematica ambientale – che è senz'altro la più urgente – ma anche rispetto a quella previdenziale, della finanza pubblica e della tutela del patrimonio culturale.

A tali proposte, con uno sforzo di fantasia, potrebbero aggiungersene molte altre, ma la discussione rischierebbe di scivolare dal piano del diritto a quello della politica¹⁰². Ed in effetti occorre prendere atto dell'impossibilità attuale – almeno nell'ordinamento italiano – di agire in via diretta a tutela degli interessi delle generazioni future. L'unica forma di tutela giurisdizionale ipotizzabile, allo stato, appare quella garantita – ma solo in via mediata – per il caso in cui un atto di esercizio del potere pubblico (es.

⁹⁷ F. FRACCHIA, *op. cit.*, 67.

⁹⁸ Nello stesso senso, E. ROMANI, *Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis*, in P. PANTALONE (a cura di), *Il diritto dell'economia cit.*, 217-218.

⁹⁹ Questa, ad esempio, una delle proposte di E. BROWN WEISS, *The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*, in *Ecol. Law Quart.*, 11, 4, 1984, 572 ss., cui si rinvia per ulteriori soluzioni.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione delle varie proposte avanzate anche sul piano internazionale, v. J. ANSTEE-WEDDERBUM, *Giving a Voice to Future Generations: Intergenerational Equity, Representatives of Generations to Come, and the Challenge of Planetary Rights*, in *Austr. Journ. Envir. Law*, 1, 2014.

¹⁰¹ Occorre, tuttavia, considerare che l'attuale stadio di evoluzione della giurisprudenza amministrativa esclude che le associazioni «nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale, azionino un "diritto" di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarna» (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6/2020 *cit.*): l'azione promossa dagli enti collettivi "anche" a tutela delle generazioni future deve pur sempre essere volta alla difesa di un interesse o ad un diritto proprio.

¹⁰² In questo senso si pongono le considerazioni, fra gli altri, di E. BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations and Sustainable Development*, in *Amer. Univ. Jour. Int. Law Pol.*, 8, 1, 1992, 25: «The most important strategy is to give representation to the interests of future generations in decision-making processes, including the market. The decisions we make today will determine the initial welfare of future generations, but they are not effectively represented in our decision-making processes. Future generations might be willing to compensate present generations to prevent certain actions or to have us undertake others if they had a way of voicing their preferences. This representation has to take place in several forms: in administrative decision-making, judicial decision-making, and most importantly, in the marketplace. For administrative and judicial decisions, one option is to appoint and publicly finance an office responsible for identifying and ensuring that interests of future generations are considered. This office could also be responsible for ensuring that laws regarding our environment and natural resources are observed, for investigating complaints, or for providing warnings of pending problems».



un provvedimento amministrativo) leda la posizione giuridica soggettiva – di diritto soggettivo o di interesse legittimo – di un soggetto munito *iure proprio* di legittimazione e interesse ad agire.

Ciò, ovviamente, renderà più difficoltoso l'accesso alla Corte costituzionale delle controversie in cui l'interesse delle generazioni future può venire in rilievo come parametro di costituzionalità. Tuttavia, non è peregrino ipotizzare la remissione alla Consulta di una questione di legittimità costituzionale da parte del giudice amministrativo chiamato a giudicare la legittimità di un provvedimento adottato dall'Amministrazione sulla base di una norma attributiva del potere non interpretabile in altro senso se non in quello della pretermissione – ad esempio, in materia ambientale – dell'interesse delle generazioni future.

Inoltre, la Corte costituzionale potrà sempre essere investita di questioni di legittimità costituzionale aventi come parametro l'interesse delle generazioni future nell'ambito di giudizi instaurati in via principale dallo Stato o dalle Regioni.

In queste sedi, peraltro, la Corte avrà l'occasione di operare una sistemazione, anche a livello dogmatico, della categoria dell'interesse che “taglia il tempo”, anche aprendo la strada, se del caso, ad una forma di giurisdizione di tipo oggettivo, in attesa di un intervento chiarificatore da parte del legislatore¹⁰³.

¹⁰³ E. ROMANI, *op. cit.*, 219.





Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e non-detti di un principio di origine giurisprudenziale

*Alessandro Lauro**

FROM ENVIRONMENTAL PROTECTION IN THE CONSTITUTION TO POLITICAL RESPONSIBILITY (ALSO) TOWARDS THE NEW GENERATIONS? AFFIRMATIONS AND UNDERSTATEMENTS OF A CASE-LAW PRINCIPLE
ABSTRACT: With the constitutional reform of 2022, ‘future generations’ make their appearance in the Italian Constitutional text. The reference to future generations had already been developed by the Constitutional Court, founding this reference in the Constitutional Law No. 1/2012 to implement the sound management of public finances, together with the related principle of ‘political responsibility’ in the exercise of elective office. Comparing the two constitutional revisions, the essay aims to reflect on the existence and implications of a principle of an objective political responsibility towards the new generations in respect of the new ecological purposes included in the Constitution.

KEYWORDS: Political responsibility; Future Generations; Environment; Public finances; Accountability

ABSTRACT: Con la riforma costituzionale del 2022 fanno la loro apparizione nel Testo costituzionale le “generazioni future”, nel cui interesse la Repubblica si impegna a tutelare l’ambiente e l’ecosistema. Il riferimento alle generazioni future già era stato sviluppato dalla Corte costituzionale, a partire dalla legge costituzionale n. 1/2012, per implementare una sana gestione delle finanze pubbliche, insieme al correlato principio di “responsabilità politica” nell’esercizio dei mandati elettivi. Il saggio, mettendo in parallelo le due revisioni costituzionali, tenta di riflettere sull’esistenza e le implicazioni di un principio di responsabilità politica nei confronti delle nuove generazioni, che si caratterizza per essere un principio oggettivizzato e finalizzato al perseguimento dei nuovi scopi ecologici inseriti in Costituzione.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità politica; Future generazioni; Ambiente; Bilancio; Accountability

* Dottorando in Diritto, mercato e persona, Università Ca’ Foscari di Venezia – Doctorant en droit public interne et comparé, Université Paris II Panthéon Assas; Mail: alessandro.lauro@unive.it. Il contributo è stato selezionato nell’ambito della call “Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.” ed è stato sottoposto a referaggio.





SOMMARIO: Premessa – 2. Come nasce e si modifica un principio, fra due revisioni costituzionali “puntuali”, ma a vocazione sistematica – 3. Declinazioni e prospettive della responsabilità politica: da principio sul sindacato a principio sindacabile – 4. Segue: un confronto con gli articoli VI e VII della *Charte de l’environnement* francese – 5. La sanzione della responsabilità politica tra passato, presente e futuro – 6. Conclusioni.

1. Premessa

A seguito della legge costituzionale n. 1 del 2022, ha fatto apparizione nel testo del Dettato fondamentale il riferimento alle “generazioni future”, anche nel cui interesse la Repubblica è tenuta a tutelare l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi.

Questa proiezione verso chi verrà dopo di noi non è un’innovazione assoluta nell’ordinamento costituzionale italiano¹: il giudice delle leggi è venuto, da qualche anno, a trarre dalle disposizioni vigenti alcuni principi che si confrontavano proprio con la dinamica intergenerazionale in materia di finanza pubblica².

Dato conto di questa giurisprudenza, il presente contributo si prefigge di riflettere sull’esistenza o meno di una responsabilità politica di stampo ambientale verso le future generazioni e se la più recente revisione costituzionale possa costituire un valido supporto per operare tale individuazione.

A questo fine, si costruirà un parallelismo – forse ardito, ma si spera non troppo ingenuo – fra le due revisioni costituzionali del 2012 e del 2022, anche rispetto alle conseguenze che ne sono sprigionate (o potrebbero sprigionarsi) nell’ordinamento ad opera della Corte costituzionale.

L’idea che si vuole indagare è che, in realtà, non esista un principio di responsabilità politica soggettiva nei confronti delle future generazioni³, ma che il rinvio a queste costituisca un meccanismo per

¹Sul tema v. in generale R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, nonché R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

²Per una riflessione sul tema, antecedente alla revisione del 2012, v. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Un diritto per il futuro*, cit., 425 ss.

³La soggettività giuridica delle nuove generazioni è questione affrontata dalla dottrina, che – per restare in ambito italiano – si interroga innanzitutto se nel concetto di “popolo” (titolare della sovranità ex art. 1 Cost.) possano essere incluse anche le generazioni non ancora esistenti. R. MANFRELLOTTI, «*Deorum manium iura sancta sunt*». *I c.d. diritti delle generazioni future (e di quelle passate) nell’esperienza giuridica italiana: il caso della disciplina della v.r.a. in materia di biotecnologie*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Un diritto per il futuro*, cit., 616 ricorda che tale inclusione costituisce «una suggestione antica, nel panorama della dottrina giuspubblicistica italiana, che ha spinto, ad esempio, illustri Maestri a comprendere nella nozione di popolo ex art. 1 Cost. anche i soggetti vissuti in passato e quelli che vivranno in futuro». Essa viene però esclusa, ad esempio, da V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in *Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, oggi in *Id., Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 91 ss. (v. in particolare p. 110, nota 13, in qui l’A. ripercorre alcune di queste teorie e riconosce che in astratto, nel concetto di popolo, «rientrano le generazioni passate e quelle a venire», ma che «quando dall’astratto si passa al concreto, come ovviamente avviene ogni volta che si tratti di libertà, poteri, manifestazioni di volontà, decisioni “del popolo”, i morti e i non ancora nati, ovviamente, non vengono in considerazione; o in altri termini ci si deve riferire al popolo come complesso di cittadini viventi»). Nello stesso modo, l’interrogativo si può riprodurre rispetto ai soggetti che costituiscono la Nazione, terminale della rappresentanza politica ai sensi dell’art. 67 Cost., con il ricalco – proprio al nostro ordinamento – dei doveri di solidarietà (anche politica) imposti dall’art. 2 Cost. Cfr. I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Diritto e conti*.



oggettivizzare la responsabilità politica al conseguimento di determinati obiettivi prefissati in sede legislativa, in ottemperanza ad una precisa obbligazione costituzionale⁴. A questo proposito è fondamentale cominciare la riflessione dall'analisi della giurisprudenza costituzionale sviluppatasi a partire dal c.d. "equilibrio di bilancio".

2. Come nasce e si modifica un principio, fra due revisioni costituzionali "puntuali", ma a vocazione sistematica

L'itinerario giurisprudenziale che ha portato all'individuazione di un principio di responsabilità politica nei confronti delle nuove generazioni prende le mosse dalla revisione costituzionale del 2012.

Come è noto, con la legge costituzionale n. 1 di quell'anno⁵, venivano recepiti nell'ordinamento alcuni principi di derivazione europea – fissati in particolare nel c.d. "*Fiscal compact*" o "Patto di bilancio", il trattato accessorio dei Paesi membri della moneta unica firmato il 2 marzo 2012 – che miravano a garantire un migliore equilibrio dei bilanci pubblici, limitando il ricorso all'indebitamento e prevenendo così possibili crisi dei debiti sovrani nell'eurozona. La l. cost. n. 1/2012 interveniva in maniera puntuale su alcuni articoli della Costituzione (81, 97, 117, 119), accompagnando le nuove modifiche con una disciplina di livello costituzionale, ma restata esterna al testo della Legge fondamentale, in ossequio alla riserva iscritta nell'art. 81 Cost.⁶

Ora, in nessuna di queste norme – né quelle innovate nella Costituzione, né in quelle ulteriori contenute nella l. cost. n. 1 e nemmeno nella legge rinforzata n. 243 del 2012 adottata sulla base del nuovo art. 81, sesto comma Cost. – si faceva riferimento alla sostenibilità del debito in una prospettiva di equa distribuzione intergenerazionale degli oneri da esso derivanti, né tampoco venivano riconosciute forme di "responsabilità politica" anche nei confronti delle future generazioni⁷.

Questa trama viene però ricamata direttamente dalla Corte costituzionale, in una dinamica incrementale che ha visto abbinarsi e fondersi questi due aspetti, considerati alla stregua di facce della stessa medaglia: la responsabilità politica nell'esercizio dei mandati elettivi, da un lato, e l'equità intergenerazionale, dall'altro⁸.

Bilancio comunità persona, 1, 2021, 55 ss. L'A. afferma (p. 56) che «[la] rigidità delle categorie del diritto rende difficile conferire una soggettività giuridica alle "generazioni future", sebbene vi siano diverse opzioni per tentare una ricostruzione volta a riconoscere una garanzia a questa entità fluida».

⁴Il tema degli obiettivi fissati allo Stato dalle norme programmatiche della Costituzione è stato ampiamente discusso in dottrina (v. per tutti T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 138 ss.), ma come si vedrà nel prosieguo del lavoro gli obiettivi di cui si discute non sono solo quelli programmatici fissati da principi generali, ma parametri standardizzati e quantificabili fissati in un livello normativo inferiore, sulla base di un'obbligazione costituzionale.

⁵Su cui v., per tutti, E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali*, Napoli, 2020.

⁶Sulle problematiche sorte dall'applicazione dei nuovi principi di natura tecnica costituzionalizzati prima e poi entrati nella giurisprudenza della Corte, v. F. BILANCIA, *Sistema delle fonti e andamento del ciclo economico: per una sintesi problematica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2020, 1426 ss.

⁷In argomento v. ancora il contributo di I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale*, cit., 51 ss.

⁸A. CAROSI, *Inquadramento sistematico della sentenza n. 80 del 2021 nei più recenti orientamenti della Consulta in tema di finanza pubblica allargata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2021, 1446 sottolinea che i due aspetti



La prima sentenza di rilievo è la n. 184 del 2016, divenuta celebre per la definizione del bilancio come “bene pubblico” e, soprattutto, per le fondamentali affermazioni che hanno accompagnato tale formula⁹, fra le quali bisogna segnalare l’attenzione della Corte per strumenti che garantissero al cittadino una leggibilità oltre i tecnicismi delle politiche attuate¹⁰.

Ulteriore avanzamento si rinviene nella sentenza n. 228 del 2017, pronuncia resa in un giudizio in via principale su una legge della Provincia autonoma di Bolzano e che, in realtà, si limita ad offrire un’interpretazione sistematica dell’art. 193, comma 4, del Testo unico sugli enti locali (d. lgs. 267 del 2000 – TUEL). Il TUEL era in effetti invocato dallo Stato come norma interposta in grado di integrare nel caso di specie il parametro dell’art. 117, lett. e), sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di coordinamento della finanza pubblica. Dall’interpretazione di questo articolo del TUEL sullo scioglimento automatico del consiglio comunale in caso di mancata approvazione di provvedimenti di riequilibrio del bilancio, il giudice costituzionale trae un più generale principio dell’ordinamento – rincalzato dalla revisione costituzionale del 2012 – in base al quale i titolari di mandati elettivi devono essere in grado di rendere conto della gestione dei danari pubblici, a pena di perdere anzitempo il loro mandato¹¹.

Nel 2018, nella sent. n. 49 – che conferma gli orientamenti precedenti¹² – fa apparizione il termine *accountability*, termine inglese noto nell’ambito degli studi della forma di governo parlamentare che rimanda all’obbligazione dell’Esecutivo di “rendere conto” della sua azione¹³.

sono «veicoli della sana gestione finanziaria» e al contempo «garanzia dei diritti fondamentali e dei livelli essenziali delle prestazioni».

⁹Sent. n. 184 de 2016, punto 3, Cons. Dir. «il bilancio è un “bene pubblico” nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell’ente territoriale, sia in ordine all’acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato. In altre parole, la specificazione delle procedure e dei progetti in cui prende corpo l’attuazione del programma, che ha concorso a far ottenere l’investitura democratica, e le modalità di rendicontazione di quanto realizzato costituiscono competenza legislativa di contenuto diverso dall’armonizzazione dei bilanci. [...] Il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l’ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche».

¹⁰*Ibidem*: «Le sofisticate tecniche di standardizzazione, indispensabili per i controlli della finanza pubblica ma caratterizzate dalla difficile accessibilità informativa per il cittadino di media diligenza, devono essere pertanto integrate da esposizioni incisive e divulgative circa il rapporto tra il mandato elettorale e la gestione delle risorse destinate alle pubbliche finalità».

¹¹Sent. 228 del 2017. punto 3.1. Cons. Dir.: «il contenuto e gli effetti dell’art. 193 del TUEL si ricollegano a un’esigenza sistemica unitaria dell’ordinamento, secondo cui sia la mancata approvazione dei bilanci, sia l’incuria del loro squilibrio strutturale interrompono – in virtù di una presunzione assoluta – il legame fiduciario che caratterizza il mandato elettorale e la rappresentanza democratica degli eletti. La ragione di tale istituto risiede nel principio per cui costituisce presupposto del mandato elettivo la salvaguardia statica e dinamica degli equilibri finanziari».

¹²Sent. n. 49 del 2018, punto 3.4 Cons. Dir. «la trasparenza dei conti risulta elemento indefettibile per avvicinare in senso democratico i cittadini all’attività dell’Amministrazione, in quanto consente di valutare in modo obiettivo e informato lo svolgimento del mandato elettorale, e per responsabilizzare gli amministratori, essendo necessariamente servente al controllo retrospettivo dell’utilizzo dei fondi pubblici».

¹³V. il classico trattato sul diritto parlamentare britannico E. MAY, *Treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, 2019 (25 ed.), par. 11.40 dedicato alla «Ministerial accountability to Parliament».





Su sollecitazione della Corte dei Conti (che operava in sede di controllo del piano di riequilibrio finanziario pluriennale di un ente comunale¹⁴), con la sent. n. 18 del 2019, la Corte enuncia un'illegittimità costituzionale «in riferimento agli artt. 81 e 97, primo comma, Cost., sia sotto il profilo della lesione dell'equilibrio e della sana gestione finanziaria del bilancio, sia per contrasto con gli interdipendenti principi di copertura pluriennale della spesa e di responsabilità nell'esercizio del mandato elettivo»¹⁵. In questa decisione, il giudice evoca anche «elementari principi di equità intergenerazionale», poiché la lunga dilazione di piani di rientro del disavanzo graveranno «sugli amministratori futuri» con «risalenti e importanti quote di deficit [e] la restituzione dei prestiti autorizzati».

Il principio della responsabilità politica viene dunque saldamente ancorato – nella materia del bilancio – alle disposizioni costituzionali evocate e al suo fianco appare per la prima volta la “tensione” fra amministratori presenti e amministrati futuri.

Dopo il consolidamento nella giurisprudenza (n. 4 del 2020), la sent. n. 115 del 2020 arriva a sancire un'illegittimità costituzionale fondata tanto sulla violazione delle «responsabilità nell'esercizio della rappresentanza democratica» e al contempo del principio «dell'equità intergenerazionale», ricollegato all'art. 119, sesto comma, Cost. (parametro che la Corte aveva suggerito nella precedente sentenza n. 18 del 2019¹⁶)¹⁷.

Infine, la sent. n. 34 del 2021 tratta questi i principi come un *compound*, un *unicum* in cui i profili si fondono e non possono essere veramente scissi. Il portato fondamentale di questa sentenza è quello di concentrarsi sull'alternanza di compagini amministrative diverse nel tempo e quindi sulla problematica “successione” nell'incomoda gestione di una situazione finanziaria sottoposta a piani pluriennali di rientro¹⁸. Similmente farà poi la successiva sent. n. 80 del 2021¹⁹.

¹⁴Sul ruolo della Corte dei conti nell'implementazione dei principi di cui si discorre v. C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 1 ss.

¹⁵E come spiega la Corte: «[il] principio dell'equilibrio di bilancio non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate. È evidente che la norma censurata si discosta radicalmente da tali parametri, consentendo di destinare, per un trentennio, in ciascun esercizio relativo a tale periodo, alla spesa di parte corrente somme necessarie al rientro dal disavanzo» (sent. n. 18 del 2019, punto 5 Cons. Dir.).

¹⁶Sent. n. 18 del 2019, punto 6 Cons. Dir. «la regola aurea contenuta nell'art. 119, sesto comma, Cost. dimostra come l'indebitamento debba essere finalizzato e riservato unicamente agli investimenti in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recati nel tempo alle collettività amministrative».

¹⁷A commento della sentenza e di questa giurisprudenza v. M. FRANCAVIGLIA, *La Corte ritorna sulla sostenibilità intergenerazionale dei piani di riequilibrio finanziario degli enti locali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2020, 1298 ss.

¹⁸Sent. n. 34 del 2021, punto 4 Cons. Dir.: «Il principio della responsabilità di mandato risulta ancor più articolato e bisognoso di una attuazione trasparente quando la nuova compagine dell'ente locale si trova a fronteggiare una crisi già dichiarata dall'amministrazione precedente e, in particolare modo, laddove il tempo impiegato per lo svolgimento dell'istruttoria e di controllo del PRPF abbia consentito, come sostenuto dall'ente locale nella fattispecie in esame, un miglioramento della situazione economico-finanziaria».

¹⁹Su cui v. il commento di C. PINELLI, *Regole sul ripiano dei disavanzi degli enti locali e principio di responsabilità di fronte agli elettori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 972 ss., nonché A. CAROSI, *Inquadramento sistematico della sentenza n. 80 del 2021*, cit., 1431 ss.



Nell'evoluzione sinteticamente tratteggiata si nota allora il senso del "moto della costituzione"²⁰: un filo (interpretativo) in più, intessuto nella trama²¹, dà origine a nuovi disegni che, ancorché armoniosamente inseriti nel quadro generale, forse non erano in origine preveduti e nemmeno prevedibili.

Ma il ricamo raffinato sulla base esistente non spiega, né collega direttamente le due revisioni costituzionali intervenute a dieci anni di distanza. In questo torno di tempo, in effetti, si è assistito ad uno scivolamento di senso attorno ad un concetto centrale, quanto (sia consentito rilevarlo) fumoso del dibattito pubblico internazionale: la "sostenibilità"²².

Nel 2012, ciò che muoveva il decisore europeo ed il legislatore costituzionale italiano era la preoccupazione legata alla sostenibilità dei debiti sovrani, nel tentativo di scongiurare bancherotte da parte di Stati europei incapaci di onorare le obbligazioni assunte sul mercato²³. Malgrado le indispensabili ed accorate prese di posizione dei giudici costituzionali a favore dei diritti fondamentali²⁴, la traiettoria era tutta diretta al restringimento della spesa pubblica e dunque alla contrazione dello Stato sociale e dei suoi presidi²⁵.

Nel 2022 il sostrato politico-culturale che accompagna la modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione è molto diverso e, in un certo senso, si muove in una direzione (forse non del tutto opposta, ma) quanto meno "polemica" rispetto al 2012, benché non possa obliterarsi la comune derivazione da spinte "esogene" alla società italiana²⁶.

Innanzitutto, si riscontra un rilancio dei temi e delle battaglie ecologiche, che incrociano le preoccupazioni e le passioni delle giovani (non future, ma presenti) generazioni²⁷. La sostenibilità che interessa

²⁰M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, in particolare 5 ss.

²¹Si v. le considerazioni dell'ex Presidente della Corte G. LATTANZI, *Attualità della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, 398 ss.

²²Concetto fattosi principio a seguito della consacrazione internazionale: cfr. M. FRANCAVIGLIA, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *Federalismi*, 19, 2020, 54 ss.

²³Ciò è stato scritto a chiare lettere nel nuovo primo comma dell'art. 97 Cost.: «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico». Sul tema v. L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, Milano, 2020.

²⁴Si pensi, per fare due esempi, alla sent. n. 275 del 2016 della Corte costituzionale (dove si scrisse, punto 11 Cons. Dir., che «[è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione») o alla decisione del Tribunale costituzionale portoghese che dichiarò l'illegittimità di varie misure di austerità finanziaria che comprimevano diritti sociali fondamentali (Acórdão n. 187/2013, del 5 aprile 2013).

²⁵Sulla costruzione di un Welfare State sostenibile per contrastare così (p. 20) «uno smantellamento dello Stato sociale, considerato un lusso ormai insostenibile» v. C. COLAPIETRO, *Alla ricerca di un Welfare State "sostenibile": il Welfare "generativo"*, in *Democrazia e diritto*, 1, 2014, 19 ss.

²⁶Anche nella materia ambientale, un fondamentale impulso è provenuto dall'appartenenza alla Comunità Europea prima (si pensi alla direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, che avrà una rilevanza fondamentale nella disciplina contenuta nella legge 8 luglio 1986, n. 349 istitutiva del Ministero dell'Ambiente) e all'Unione poi (si pensi al più recente Green Deal europeo, sponsorizzato dalla Commissione Von der Leyen, approvato dal Parlamento nel gennaio 2020). Sul modello europeo di una disciplina costituzionale dell'ambiente v. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 agosto 2021, 289.

²⁷Il riferimento è al noto movimento Fridays for future, cresciuto attorno alla figura della giovane attivista svedese Greta Thunberg.





non è quella – considerata figlia di un approccio liberistico e mercantile – delle finanze pubbliche e dei mercati dei capitali, ma la sostenibilità dello sviluppo in un’ottica di conservazione e tutela delle risorse ambientali della “casa comune”²⁸, del pianeta²⁹. Una sostenibilità che – come sottolinea autorevole magistero – richiede una conversione dei modelli economico-industriali dominanti³⁰, per far fronte anche alle evidenze immediate del deterioramento delle condizioni planetarie che incidono immediatamente sulle possibilità e le qualità di vita degli esseri umani (pensiamo ovviamente all’emergenza climatica). Quest’approccio conferisce tutto un nuovo ruolo al rapporto fra uomo e natura, finanche a fondare nella tutela della seconda un nuovo canone di legittimazione del potere³¹.

Questa “nuova” sensibilità incrocia in maniera favorevole un ripensamento sul ruolo dello Stato e della sua spesa imposto a tutti i livelli decisionali dalla pandemia da Covid-19, una riflessione che – come è noto – si tramuta in un rinnovato approccio di politica economica anche da parte delle istituzioni europee³².

²⁸V. sul tema della dinamica intergenerazionale in materia ambientale R. MANFRELLOTTI, «*Deorum manium iura sancta sunt*», cit., 625 ss., che ricorre anche all’appiglio costituzionale dell’art. 52 Cost. e alla difesa della Patria in senso ampio; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 0, 2010, 13 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017.

²⁹Sul piano internazionale, il documento di riferimento è l’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile dell’ONU, adottata nel 2015 dalla Conferenza delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile, che raccoglie 17 obiettivi dedicati allo sviluppo, secondo una visione integrata fra sostenibilità ambientale e sviluppo sociale ed economico. Nella dottrina costituzionalistica si è poi sviluppata una corrente di pensiero attenta ai temi dell’ecologia, per la quale si v. almeno M. CARDUCCI, *Dalla “Carta della Foresta” al “deficit ecologico” del costituzionalismo*, in *Revista catalana de dret públic*, 53, 2016, 31 ss.; L. COLLINS, *The Ecological Constitution. Reframing Environmental Law*, Abingdon-New York, 2021; L. FERRAJOLI, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino, 2021; L. RONCHETTI, *Il bilanciamento tra tutela dell’ambiente e garanzia dei diritti costituzionali. Per un eco-costituzionalismo in nome della giustizia ambientale*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CECCHETTI, L. RONCHETTI (a cura di), *Tutela dell’ambiente: diritti e politiche*, Napoli, 2021, 59 ss. Accanto alla riflessione dottrinale si sono poi contate pronunce di giurisdizioni nazionali che hanno messo in luce gli obblighi degli Stati nell’azione contro il degrado ambientale del Pianeta: v. ad esempio BVerfGE 157, 30 del 24 marzo 2021, Klimaschutzgesetz, che ha riconosciuto l’obbligo costituzionale per la Germania di agire contro il cambiamento climatico. Sul punto v. L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 4, 2021. Nell’ottobre 2021 il Tribunale amministrativo di Parigi (nel caso *Affaire du siècle*) ha affermato che lo Stato dovrà riparare i pregiudizi ecologici di cui è responsabile, anche a fronte di una legislazione insufficiente.

³⁰È d’obbligo citare la lettera enciclica di Papa Francesco, *Laudato si’*, 24 maggio 2015. A commento, rispetto ad implicazioni di livello politico-costituzionale, v. G. PELLEGRINO, “*Laudato Si’*”: *la rilevanza politica e le tensioni teoriche di un’enciclica*, 2015, 936 ss.; G. RAZZANO, *La sfida della responsabilità ambientale nel sistema costituzionale alla luce dell’enciclica Laudato si*, in *Federalismi*, 11, 2017, 1 ss. Sulle conseguenze attuali del paradigma economico mondiale nell’acuirsi delle disuguaglianze v. A. CALORE, *Le schiavitù*, in A. CALORE, P. DE CESARI (a cura di), *Schiavi. Presente e passato*, Torino, 2021, 3 ss., nonché A. APOSTOLI, *Il principio lavorista al tempo delle nuove schiavitù*, nello stesso *Volume*, 80 ss.

³¹Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Milano-Udine, 2020, 12, individua la natura come «nuova fonte di legittimazione dei poteri esercitati negli Stati: la natura, dunque, non semplicemente fine dell’azione delle istituzioni statali, ma ancor prima come fondamento ultimo del potere».

³²Si pensi al piano Next generation EU e alla sottoscrizione di debito comune garantito dall’Unione, nonché al Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato adottato dalla Commissione europea nel marzo 2020 e prorogato attualmente fino al 30 giugno 2022. In quest’ottica va visto anche il rilancio del c.d. “debito buono”, cioè dell’indebitamento che, ove finanzia una spesa efficiente, non va a detrimento dell’economia dello Stato (si v. L’intervento del Presidente Draghi all’Accademia dei Lincei del 1 luglio 2021, disponibile all’indirizzo





Tutto ciò si riflette nel testo della revisione del 2022, in particolare sulla modifica dell'art. 41, norma che, apportando nuove tipologie di limiti all'iniziativa economica privata, rilancia il ruolo dello Stato nella prospettiva di accompagnare lo sviluppo di nuove dinamiche dell'economia³³. È proprio nell'art. 41³⁴ – più che nella nuova formulazione dell'art. 9, malgrado il richiamo alle “future generazioni”³⁵ – che bisogna misurare la portata della revisione costituzionale, anche e soprattutto in relazione al tema che qui ci occupa, ossia la responsabilità politica.

È nell'ultimo comma del 41, infatti, che si salda la nuova sensibilità in materia ambientale con l'azione della rappresentanza politica generale: è la legge che deve indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, per fini sociali e ambientali. Il secondo comma dell'articolo, nell'inserire la salute e l'ambiente come valori non sacrificabili, offre copertura ai poteri autorizzatori e conformativi esistenti nell'ordinamento ed esercitabili – da parte di amministrazioni politicamente responsabili – nei confronti dei privati che intraprendano attività economiche.

<https://www.governo.it/it/articolo/lintervento-del-presidente-draghi-all-accademia-dei-lincei/17314>). Sul tema si v. in dottrina F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 1 ss., il quale sottolinea come «analizzando meglio i contenuti del Piano nazionale di ripresa e resilienza, infatti, è indubitabile che questo rechi con sé un rinnovato, forte, protagonismo dei pubblici poteri europei e nazionali nel sistema della produzione economica, identificato dal nuovo sintagma dello sviluppo sostenibile, vero e proprio programma di politiche industriali e produttive foriere di nuovi equilibri nelle relazioni tra mercato, istituzioni statali ed intervento pubblico nell'economia» (p. 6).

³³L'art. 41 rappresenta un «universo prescrittivo [...] di straordinaria complessità», come scrive M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione Repubblicana*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 45 del dattiloscritto, cui si rinvia per le coordinate fondamentali circa la regolazione dei modi di produzione nella prospettiva del Costituente.

³⁴Norma che ritrova dunque “linfa vitale” in tutti i suoi aspetti, dopo un certo «stato di quiescenza» generato dall'avanzare del diritto comunitario (R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 862 ss.). Già M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 323 constatava, a seguito della crisi economica, la «resilienza dei due poli dell'art. 41 Cost.– la garanzia della libertà di impresa, da una parte, l'obbligo del potere pubblico di promuoverla, assecondarla, o limitarla in vista di interessi costituzionalmente rilevanti, dall'altra», poiché (322-323) «[l']idea che quegli interessi potessero essere esaustivamente soddisfatti dal libero funzionamento del mercato [...] si è dimostrata, alla prova dei fatti, pura e semplice ideologia. Avvalorato ne risulta il contenuto precettivo dell'art. 41 Cost., là dove impone ai poteri pubblici di tutelare, accanto alla libertà di impresa, gli altri beni costituzionalmente rilevanti, consentendo peraltro che ciò avvenga nei modi più adeguati rispetto alle diverse contingenze politiche ed economiche». Il lancio di un nuovo disegno costituzionale che include l'ambiente nei suoi principi viene nuovamente a corroborare «il grano di saggezza che i Costituenti hanno infuso nell'art. 41 Cost., scegliendo di garantire la libertà di impresa, ma predisponendo al contempo un ventaglio molto ampio di poteri pubblici capaci di incidere su quella libertà» (322).

³⁵Per completezza, occorre segnalare che la legge 20 novembre 2017 n. 168 sui domini collettivi, si autoproclama (art. 1) come norma di attuazione degli articoli 2, 9, 42 secondo comma e 43 della Costituzione, riconoscendo il dominio collettivo come ente di diritto privato «dotato di capacità di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come comproprietà intergenerazionale» (art. 1, lettera d, enfasi aggiunta). Notiamo dunque un' “anticipazione” della revisione costituzionale, che già metteva in relazione lo sfruttamento delle risorse ambientali con la dinamica intergenerazionale. Sul tema v. per tutti V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della “proprietà” e dei “beni”*, Torino, 2022, in particolare 49 ss.





Ora, non v'è dubbio che la riforma del 2022 (anche rispetto a quella del 2012) abbia una portata molto più limitata di quanto non fosse la stessa ambizione del revisore costituzionale, anche perché, oltre a catalizzare l'attenzione e le spinte presenti nell'opinione pubblica, essa in gran parte recepisce e codifica l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che da lungi già aveva individuato nella Costituzione gli opportuni presidi a tutela dell'ambiente³⁶. Malgrado un'innovatività contenuta, non si può però non rilevare come il Testo costituzionale contenga oggi un'oggettiva *pulsione positiva* – come dimostra la modifica dell'art. 41 – che impegna l'azione dei pubblici poteri³⁷ non più solo in un senso contenitivo di danni all'ambiente, ma di fattivo impegno per il suo risanamento, la sua valorizzazione e conservazione nel futuro.

È appunto grazie all'elemento "obbligatorio" che può valutarsi l'azione politica e le conseguenti responsabilità da essa scaturenti.

Ecco dunque il legame che, senza troppo ardire, pare di poter osservare fra le due revisioni costituzionali: il riferimento al succedersi delle generazioni – anche come alternanza nei ruoli del potere – consente di elaborare un'obiettivazione della responsabilità politica³⁸, come principio (non mero valore³⁹) il cui contenuto in termini di *accountability* sanzionabile deve essere preservato all'interno del quadro normativo.

Questo punto è a nostro avviso fondamentale: né la giurisprudenza costituzionale sopra ricostruita, né la legge costituzionale del 2022 sono idonee a fondare una responsabilità politica verso le future generazioni in senso soggettivo. Né una né l'altra sono pensate per conferire una precisa soggettività ad esse, né a riconoscerle come terminale di un rapporto di rappresentanza.

La responsabilità politica di cui si discute è in effetti obiettivizzata, in un duplice senso. Da un lato, si riconosce l'esistenza di un principio oggettivo di responsabilità politica; dall'altro lato lo si funzionalizza al raggiungimento di determinati obiettivi, raggiungimento ovviamente collocato nel futuro rispetto al momento in cui tali obiettivi sono individuati.

3. Declinazioni e prospettive della responsabilità politica: da principio sul sindacato a principio sindacabile

Poste le premesse precedenti, si può tentare ora di dare corpo a tale principio di responsabilità politica.

³⁶V. ONIDA, *Ambiente in Costituzione, in Corti Supreme e salute*, 1, 2022, 359. La novella costituzionale del 2022 è stata definita "dannosa", a fronte del diritto già vigente, da G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 22 settembre 2021.

³⁷Seguendo il noto insegnamento di V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, oggi anche in ID., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 53 ss.: «le norme programmatiche si rivolgono in realtà allo Stato-soggetto, prescrivendogli il conseguimento di certi scopi [...] quindi ponendo alla sua attività determinati limiti positivi e negativi» (71).

³⁸Cfr. il commento alla sent. n. 34 del 2021 di G.U. RESCIGNO, *Una sentenza che mostra con quali e quante disposizioni scritte vengono ricavati principi costituzionali non scritti, e perché anche la responsabilità politica può entrare nelle decisioni giuridiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 374 ss.

³⁹Sulla distinzione fra valori («beni in sé») e principi («beni iniziali») v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 205 ss.



Occorre però partire da un fondamentale antecedente: la responsabilità politica già trovava una sua valenza squisitamente normativa come principio sul sindacato giurisdizionale.

A livello di regime parlamentare, il principio di responsabilità dell'Esecutivo nei confronti della rappresentanza parlamentare è stato il caposaldo su cui si sono erette tradizioni giurisprudenziali ormai secolari. Pensiamo alla teoria dell'*acte de gouvernement* elaborata dal *Conseil d'État* francese, diretta esattamente ad escludere il sindacato del giudice ove gli atti del governo fossero dotati di una discrezionalità tale da renderli assoggettabili al solo sindacato parlamentare. Come è noto, la teoria dell'atto di governo è stata saldamente recepita nell'ordinamento italiano⁴⁰ ed oggi la nozione di "atto politico" – assimilabile, ma non proprio identica alla precedente⁴¹ – è dato incontrovertibile, che troneggia nel codice del processo amministrativo (art. 7, comma 1) e che la stessa Corte costituzionale ha rilanciato (sent. n. 52 del 2016⁴²), sfumandone però la portata. In effetti, la responsabilità politica del Governo esclude indubbiamente il sindacato del giudice comune, ma è elemento che, invece, non esclude la giurisdizione della Corte costituzionale, ma semmai ne corrobora l'esistenza in assenza di altri presidi giurisdizionali.

Ora, da principio sul sindacato, l'evoluzione giurisprudenziale che abbiamo sopra tratteggiato ha sviluppato un principio che – *sub eodem nomine* – mostra profili evidentemente diversi.

La responsabilità politica è in effetti divenuta un principio sindacabile, ossia una norma fondamentale che può essere validamente ed utilmente adoperata per selezionare contenuti normativi compatibili o meno con l'ordinamento costituzionale. La sua precettività non è emersa in maniera così netta da autorizzarci ad individuare quali precisi vincoli gravano sul legislatore. Alcune indicazioni però sembrano essere piuttosto chiare: per spiegarle ci pare appropriato prendere a prestito l'idea della sincerità, principio grandemente e variamente utilizzato nell'ordinamento francese proprio come canone valutativo nella costruzione dei meccanismi di responsabilità politica⁴³.

⁴⁰Tale previsione era già presente – in una formulazione praticamente identica all'attuale – nell'art. 24 del Testo unico sul Consiglio di Stato (R.D. 2 giugno 1889 n. 6166) sulle competenze della IV sezione del Consiglio di Stato, poi transitato nell'art. 23 de Testo unico del 1907 (R.D. 17 agosto 1907, n. 638), per approdare infine nell'art. 31 del Testo unico del 1924 (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054).

⁴¹Su cui v. oggi, per tutti, lo studio di A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, 2020.

⁴²Come è noto, la sentenza si è occupata del rifiuto del Governo di intavolare una trattativa con l'Unione degli Atei e Agnostici razionalisti italiani per sottoscrivere un'intesa ex art. 8 Cost. Si tratta di una pronuncia resa in un conflitto fra poteri sollevato dallo stesso Governo contro la sentenza della Corte di Cassazione che, facendo eco al Consiglio di Stato, affermava la sindacabilità – come atto "di alta amministrazione" – di un simile rifiuto. A commento v., *ex plurimis*, L. CARLASSARE, *L'atto politico tra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2016, 554 ss; M. CROCE, *Alla Corte dell'arbitrio: l'atto politico nel sistema delle intese*, nella stessa *Rivista*, 560 ss.

⁴³Nelle sue declinazioni – legate proprio alla meccanica della democrazia rappresentativa e correntemente utilizzate nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* e del *Conseil d'État* – troviamo il principio di *sincérité du scrutin*, cioè di non alterazione delle competizioni elettorali tramite operazioni fraudolente o normative in grado di incidere sulla comprensione della competizione da parte dell'elettore; il principio di *sincérité budgétaire*, che interessa la *loi de finances* e di *financement de la sécurité sociale* ed è volto a conservare l'esautività, l'esattezza e la coerenza delle informazioni finanziarie fornite dallo Stato; il principio di *sincérité et clarté des débats parlementaires*, volto a preservare la dialettica democratica nelle assemblee. Su questi significati si v. il volume collettaneo AA. VV., *Sincérité et démocratie*, Aix-Marseille, 2011. Per una riflessione sulla trasposizione di tale principio anche nell'ordinamento italiano v. M. LUCIANI, *Il «principio di sincerità» nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 4, 2010, 575 ss.





La prima è la “sincerità-leggibilità” degli strumenti con cui si dà conto del governo della cosa pubblica⁴⁴. Nell’adempimento del mandato democratico, gli amministratori sono tenuti a consegnare agli amministratori un rendiconto – a prescindere dalle forme tecniche che esso può assumere – tramite il quale possa essere verificato quanto da loro realizzato⁴⁵. Tale comunicazione deve essere in primo luogo “sincera” nel senso che deve correttamente riferire l’azione pubblica, e “leggibile”, cioè a portata di comprensione, se non per il *quisque de populo*, per i cittadini interessati, anche non specialisti, che vogliono prendere conoscenza dei risultati di tale azione.

La seconda è la “sincerità-sanzionabilità” dell’azione politica: quest’ultima non va solo analiticamente comunicata e spiegata al cittadino, ma deve svolgersi in lassi di tempo tali da poter consentire – secondo le cadenze elettorali ordinarie – un apprezzamento sintetico da parte degli elettori, i quali, tramite il voto, premieranno o penalizzeranno le scelte effettuate.

Dal punto di vista del legislatore, ciò significa predeterminare taluni criteri rispetto ai quali gli stessi cittadini possono verificare il successo o il fallimento di una gestione amministrativa.

Rispetto a questo quadro, corre l’obbligo di segnalare un punto rimasto nell’ombra di questa meritoria giurisprudenza: è possibile applicare i principi di cui s’è detto anche al livello statale? Perché, in effetti, la giurisprudenza costituzionale ha sempre e solo trattato di norme relative agli enti locali e/o regionali, sicché è opportuno domandarsi se e in che misura si possano replicare tali schemi rispetto all’apparato dello Stato centrale, dove vige – come è noto – un sistema di governo diverso rispetto a quello comunale e regionale.

Va detto, però, che la Corte ha sempre evitato – e ciò rende ancor più meritoria l’evoluzione in questione – di far riferimento alle forme di governo locali nel disegnare i profili normativi della responsabilità politica: del resto sembrerebbe assurdo che dell’equità intergenerazionale si facciano carico solo le regioni e i comuni, in assenza dello Stato. Il che, in astratto, rende estensibili anche al rapporto fra Camere e Governo i meccanismi citati; in concreto basti dire che è raro che il ciclo di bilancio possa corrispondere ad un effettivo “ciclo di governo”⁴⁶.

Tuttavia, ciò non significa che alcune prassi nell’approvare i contenuti delle leggi di bilancio non si pongano in contrasto con lo spirito e la logica del principio di responsabilità politica. Una su tutte è rappresentata dalle c.d. “clausole di salvaguardia”⁴⁷, ovvero da quelle previsioni legislative condizionali che – per garantire un gettito sufficiente all’equilibrio effettivo di bilancio – dispongono per l’anno successivo l’innalzamento di aliquote (in particolare sull’IVA) al fine di ripianare potenziali deficit

⁴⁴Cfr. A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, in particolare 838 ss.

⁴⁵Si tratta di un principio antico e sacrosanto del costituzionalismo liberale moderno, codificato già nell’art. 15 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 («La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration»).

⁴⁶La XVIII legislatura resta un esempio incontrovertibile: iniziata con il Governo Gentiloni in affari correnti – che effettivamente presentò un DEF a norma della legge n. 39/2011 – il Governo Conte I approvò poi una manovra finanziaria tutta diversa. La crisi di questo gabinetto avvenne nell’agosto 2019, proprio a ridosso della sessione di bilancio, con una nuova maggioranza, portatrice di un disegno finanziario diverso. Sappiamo poi che il Governo Conte II verrà sostituito dal Governo Draghi nel febbraio 2021.

⁴⁷Su cui v. M.G. PUTATURO DONATI, *Le c.d. “clausole di salvaguardia” delle leggi finanziarie nella giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 17, 2014, 1ss.



derivati da parametri che, stimati secondo un certo valore, non abbiano raggiunto i livelli previsti⁴⁸. Poiché la clausola di salvaguardia non opera sull'anno considerato dalla legge di bilancio da approvare, ma su quello successivo, di fatto c'è un'alterazione del principio di annualità del bilancio, poiché la copertura per misure presenti è rinviata ad aumenti di tasse futuri.

Già questo basterebbe di per sé a considerare tali interventi contrari ai principi dell'art. 81 Cost. e della limitazione del ricorso alla spesa in deficit. Eppure, dato che dal punto di vista contabile e finanziario non si produce vero debito verso l'esterno, ma semplicemente una ricaduta negativa sui contribuenti interni, il profilo che più dovrebbe essere censurato è proprio la furbesca strategia di passare la "patata bollente" ad un decisore politico successivo (magari a cavallo fra le legislature, al solo scopo di brandire argomenti in campagna elettorale). Di fatto, non garantendo che *pro futuro* la copertura della spesa presente, si realizza un annacquamento della responsabilità politica, addossabile al circuito Governo-maggioranza parlamentare, al precipuo scopo di far ricadere l'imputabilità dell'innalzamento fiscale su qualcuno che verrà dopo.

Orbene, come è possibile coniugare questa dinamica con l'evoluzione in senso ambientalistico della Costituzione?

Il primo punto è la definizione di parametri alla stregua dei quali il cittadino può verificare il raggiungimento dei risultati proclamati dai suoi amministratori. Sembra dunque opportuno ed auspicabile che si provveda all'attuazione legislativa della revisione costituzionale per assegnare obiettivi reali alle amministrazioni interessate. È chiaro – sia detto per inciso – che tali risultati devono essere a portata dei singoli livelli di governo⁴⁹, in base ai principi di sussidiarietà ed adeguatezza dell'art. 118 Cost.⁵⁰, ma anche facilmente verificabili da parte dei cittadini. Dunque, non si può chiedere ai Comuni di contribuire al contenimento del surriscaldamento globale, ma indubbiamente si potrà loro imporre, ad esempio, dei più incisivi obiettivi concernenti la tutela e l'ampliamento del verde pubblico, il contenimento della consumazione del suolo, una maggiore capacità di riciclo nella gestione dei rifiuti, una mappatura degli sprechi alimentari ecc.

Tutto ciò, però, deve poi confluire in documenti accessibili e leggibili da parte del cittadino, una sorta di "bilanci ecologico-ambientali", che presenterebbero peraltro il vantaggio di essere agevolmente verificati dagli abitanti di un territorio (per i quali è sicuramente più immediato capire se vi è stato una riduzione del verde pubblico piuttosto che un consolidamento del bilancio comunale)⁵¹. Si tratta di strumenti che alcuni Comuni già in passato hanno adottato come dichiarazioni politiche in via di prassi: il problema è la predeterminazione necessaria di parametri oggettivi e universalmente validi che impediscano al singolo ente di individuare voci specifiche (magari arbitrarie) adatte ad una narrazione partigiana da offrire agli elettori.

Questi obiettivi dovrebbero poi essere rapportati ai cicli elettorali, per le ragioni già esposte.

⁴⁸Si veda il documento dell'Ufficio parlamentare di Bilancio, La manovra per il 2018: una sintesi del testo definitivo, Focus tematico n. 4, 16 febbraio 2018, in cui si dà conto delle clausole di salvaguardia introdotte a partire dal 2016 e di volta in volta "sterilizzate" o incorporate nella manovra di finanza pubblica.

⁴⁹Cfr. sul tema, anche in prospettiva comparata, M. CARDUCCI, *Natura, cambiamento climatico, democrazia locale*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 3, 2020, 67 ss.

⁵⁰Sul ruolo del principio di adeguatezza e sulla valutazione delle politiche pubbliche nel governo locale v. N. MACCABIANI, *Governare in autonomia secondo logica costituzionale*, in *Le Regioni*, 4, 2019, 1017 ss.

⁵¹Vari Comuni italiani, anche in passato, hanno adottato "bilanci ambientali", facilmente reperibili in Internet.



Si ripropone, *mutatis mutandis*, il problema dell'apparato centrale: come possiamo trarre vincoli nei confronti del legislatore e dell'amministrazione statali?

Innanzitutto si potrebbe prevedere una più seria e completa opera di valutazione delle politiche ambientali, affidata ad un organismo autorevole ed indipendente. Ricordiamo, sempre specularmente alla riforma del 2012, che a presidio dell'equilibrio di bilancio è stato creato – con fondamento nella legge costituzionale n. 1 del 2012 – un apposito ed autonomo organismo che possa certificare l'andamento del bilancio pubblico (peraltro, affiancando la fondamentale attività della Corte dei conti), vale a dire l'Ufficio parlamentare di bilancio.

L'implementazione di un sistema di analisi e valutazione in materia ambientale sembra da questo punto di vista essenziale se si vuole creare un'effettiva *accountability* nella materia⁵². Inutile dire che – a conferma di un legame sottile, ma non così etereo – a passare sotto una simile lente dovrebbero essere proprio le misure di bilancio che si prefiggano di operare nel senso oggi imposto dalla combinazione degli articoli 9 e 41 riformati⁵³.

Ed anche qui sembra possibile rinvenire un precipitato normativo e vincolante nei confronti del legislatore finanziario. Così, ad esempio, il rinvio di tasse votate alla spinta verso una trasformazione dell'economia in senso più sostenibile dovrebbe considerarsi ormai contrario agli art. 9, 41 ed 81, poiché si viene a negare l'assunzione di responsabilità politica in chiave di sostenibilità ambientale. Non si tratta di una mera ipotesi: il caso della c.d. "*plastic tax*" costituisce un esempio evidente⁵⁴. Si badi, non stiamo qui sostenendo che il legislatore *debba* imporre tasse contro attività economiche considerate inquinanti o dannose per l'ambiente – anche se, a dire il vero, oggi una lettura combinata degli articoli 9, 41 e 53 sembra deporre verso politiche fiscali orientate, sia in senso promozionale che penalizzante⁵⁵ – ma senza dubbio nel momento in cui il legislatore di bilancio compie una scelta di questo tipo, ebbene deve portarla fino in fondo, a pena di violare i nuovi obiettivi assegnati alla Repubblica

⁵²Sul tema dell'*accountability* in relazione alla valutazione delle politiche pubbliche cfr. oggi il volume di E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*, Torino, 2021.

⁵³A conferma di un ulteriore collegamento fra le due revisioni, il nuovo art. 9 consegna possibili criteri anche per orientare il ricorso all'indebitamento nelle circostanze eccezionali previste dall'art. 81, secondo comma, Cost. L'art. 5 della l. cost. n. 1 del 2012 rinvia alla legge rinforzata la definizione delle "calamità naturali" al verificarsi delle quali è giustificato il ricorso all'indebitamento. Quest'ultima fonte (legge n. 243 del 2012) non definisce in realtà tali calamità (art. 6, comma 2), ma oggi potremmo chiederci se l'emergenza climatica non costituisca di per sé una calamità naturale a questi fini, malgrado il suo essere non un semplice e puntuale evento, ma una situazione perdurante che conduce ad eventi estremi e potenzialmente sempre più gravi. Con una provocazione, potremmo arrivare a dire che, se è nell'interesse ambientale delle generazioni future, oggi l'indebitamento è pienamente legittimo sul piano costituzionale.

⁵⁴Prevista in origine dalla legge di bilancio per il 2020, la tassa sulle plastiche monouso è stata rinviata prima dal decreto-legge n. 34/2020 e poi dalla legge di bilancio per il 2022. La misura si colloca peraltro nella fascia discendente di attuazione della direttiva n. 2019/904/UE "sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente".

⁵⁵Fermo restando che sembrano poco conformi al nuovo paradigma costituzionale e alla carica programmatica di cui è portatore meccanismi di semplice "monetarizzazione" dell'impatto ambientale negativo, come nel caso del mercato delle quote di emissione (c.d. *Emission Trading System- ETS*), che peraltro è oggetto di riflessione a livello europeo ai fini di una sua modifica a seguito del c.d. Green Deal. L'esempio delle quote inquinanti mostra come sia necessaria una profonda modifica del contesto economico ed industriale per rendere efficaci gli obiettivi di tutela ambientale posti dai poteri pubblici statali e sovranazionali.



dalla revisione costituzionale e alterare così il principio di responsabilità politica nei confronti dei cittadini.

Assolutamente centrale resterà poi il tema del coordinamento e del controllo dell'attività economica privata a fini sociali e ambientali, tema che però esula dal presente approfondimento poiché non si presta all'individuazione di una responsabilità politica "oggettivabile". Opererà, cioè, la normale valutazione soggettiva degli elettori nei confronti dei loro rappresentanti per le decisioni prese e le politiche attuate sul fondamento dell'art. 41, ultimo comma, Cost.: sul punto torneremo oltre (par. 5).

4. Segue: un confronto con gli articoli VI e VII della *Charte de l'environnement* francese

Può essere interessante – anche in un'ottica di analisi *per differentiam* – evocare due articoli della Carta dell'ambiente, che nel 2005 il legislatore costituzionale francese ha "addossato"⁵⁶ al Testo costituzionale del 1958. Come è stato acutamente osservato, questo complemento "naturalista" ad un testo fino ad allora "umanista", pone problemi di interpretazione nella misura in cui bisogna chiarire come esso modifichi il perimetro e gli scopi dei poteri regolati dalla Costituzione originaria⁵⁷.

Prima di tutto, dobbiamo chiarire che nel sistema delle fonti la *Charte de l'environnement* ha una peculiare posizione, essendo portatrice di disposizioni a normatività differenziata. A semplici proclami sono accostati obiettivi di rilevanza costituzionale e regole e principi vincolanti⁵⁸. Questo mosaico composito si traduce anche in una diversa giustiziabilità normativa dei suoi contenuti: alcuni articoli sono stati considerati dal *Conseil constitutionnel* come semplici obiettivi di rilievo costituzionale – giustificanti quindi un bilanciamento operato dal legislatore – da tenere in considerazione nel contenzioso *a priori* delle leggi, ma non direttamente invocabili dai *justiciables*. Altri, viceversa, sono reputati come e vere proprie fonti di diritti e doveri garantiti dalla Costituzione che, nel processo costituzionale, giustificano l'incidente di costituzionalità dinanzi alle giurisdizioni comuni ed il rinvio della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) al giudice delle leggi.

La nostra attenzione deve ricadere, in particolare, sui due articoli (VI e VII) che direttamente si occupano di riportare il quadro degli obiettivi nell'azione del potere pubblico.

L'art. VI afferma infatti che «le politiche pubbliche devono promuovere uno sviluppo sostenibile. A tale scopo, esse conciliano la protezione e la valorizzazione dell'ambiente, lo sviluppo economico e il progresso sociale»⁵⁹. Ci pare ragionevole vedere in questa formula una forte assonanza con il nuovo art. 41, ultimo comma, che chiede alla legge di indirizzare l'attività economica a fini sociali ed ambientali,

⁵⁶G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Parigi, 2017, 463: «La voilà donc addossée à la Constitution, sans que l'on sache si cette position est bien confortable».

⁵⁷*Ibidem*. Gli A. si domandano, ad esempio, se la Carta permette al Parlamento di legiferare in modo diverso nell'ambito fiscale, arrivando a modificare le attribuzioni originarie.

⁵⁸*Ivi*, 465. Sia consentito citare la sferzante ironia di G. Carcassonne a commento dell'articolo II della Carta ("Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement"), evidentemente ritenuto un auspicio privo della benché minima rilevanza giuridica: «Je suis parti débroussailler et ramasser des papier gras, mais je reviens de suite» (*ivi*, 466).

⁵⁹Traduzione nostra. Utilizziamo la corrente traduzione di «développement durable» (sviluppo sostenibile), anche se "sviluppo durevole" sarebbe più aderente alla lettera francese. Si tratta di una sfumatura, ma sarebbe opportuno interrogarsi se essere durevole piuttosto che sostenibile sia esattamente la stessa cosa e se esprima davvero lo stesso concetto.



anche se – a nostro avviso, ma potrebbe trattarsi di interpretazione discutibile – non vi è una perfetta omogeneità “valoriale” fra le due. Più precisamente, la Carta francese mette come valore primo quello ambientale, a cui ne accosta altri. La disposizione italiana pare molto più sbilanciata, innanzitutto, verso la dimensione sociale che limita l’iniziativa economica privata (art. 41, secondo comma, Cost.) e fonda l’indirizzo e il coordinamento dell’attività economica, ovviamente in maniera del tutto conseguente ai principi fondamentali (art. 2 sui diritti della persona anche nelle formazioni sociali; art. 3, comma primo, sulla pari dignità sociale, e comma secondo sull’uguaglianza sostanziale). Che i fini sociali e ambientali dell’art. 41, ultimo comma, siano sempre concordi va però escluso⁶⁰.

L’art. VII, invece, entra più precisamente nella dinamica della responsabilità politica, sotto la specie dell’*accountability*, e innesta anche un elemento di democrazia “partecipativa”. La disposizione stabilisce infatti che chiunque ha diritto, in base alla legge, di accedere alle informazioni relative all’ambiente detenute dalle autorità pubbliche (è questo il versante dell’*accountability*), ma anche di partecipare all’elaborazione delle decisioni pubbliche aventi un’incidenza ambientale. Questo articolo – a prima vista arido – si è invece rivelato la «sorpresa costituzionale» della Carta⁶¹, innovazione dal «successo inatteso»⁶², anche perché il *Conseil constitutionnel* lo ha iscritto nella lista dei diritti e doveri invocabili a sostegno di una QPC ed è venuto nel tempo a precisare la portata di questo principio della partecipazione del pubblico all’elaborazione delle decisioni ad impatto ambientale, orientando anche le successive scelte del legislatore⁶³.

⁶⁰Possono farsi alcuni esempi. Il primo, proveniente proprio dalla Francia, è l’aumento della *taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques* (TICPE), che di certo perseguiva un obiettivo ambientale, tentando di scoraggiare il ricorso ai combustibili fossili. Tale politica ha però innescato il movimento dei *gilets jaunes*, cui hanno aderito fasce medio-basse della popolazione francese extraurbana (popolazione che si muove generalmente in automobile nelle vaste campagne della République), il cui potere d’acquisto è stato grandemente inciso dai rincari. Per la seconda esemplificazione, basti ricordare il tragico “caso Ilva” e la difficilissima conciliazione fra diritto ad un ambiente salubre e diritto al lavoro, oggetto della giurisprudenza della Corte italiana in cui si dovette ribadire l’inesistenza di “diritti tiranni” (sentt. n. 85 del 2013 e n. 58 del 2018). Il terzo esempio, generalizzabile, attiene sempre al potere d’acquisto delle fasce economicamente più deboli della popolazione, anche in relazione a determinati prodotti o a filiere che il legislatore intenda promuovere in una prospettiva ecologica. Cioè se il legislatore – ipotizziamo – promuove l’agricoltura biologica ed i suoi prodotti (si v. in Italia la legge 9 marzo 2022, n. 23), ma non verifica che i loro prezzi li rendano accessibili ai più, in realtà sta agendo sulla leva ambientale disinteressandosi della dimensione sociale del consumo sostenibile. E lo stesso potremmo dire rispetto all’imposizione di determinati materiali per gli imballaggi che facciano aumentare considerevolmente i prezzi all’acquisto e, in definitiva, l’inflazione. Concludendo sul punto, si direbbe che sul legislatore italiano grava un vincolo ben più forte rispetto a quanto avviene per il suo omologo francese.

⁶¹G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, cit., 472.

⁶²A. VAN LANG, *Le principe de participation : un succès inattendu*, in *Les Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, 43, 2014.

⁶³V. da ultimo la decisione n. 2021-891 QPC del 19 marzo 2021, *Association Générations futures*, sulla partecipazione del pubblico all’elaborazione delle carte d’impegno dipartimentali relative all’utilizzo di fitofarmaci. In questa pronuncia, il giudice censura una norma del codice dell’ambiente che riservava alle rappresentanze dei soli residenti in prossimità delle zone d’applicazione dei fitofarmaci la possibilità di essere sentiti nell’elaborazione dei documenti dipartimentali.



Sono principi che, fissati dalla Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998⁶⁴, ritroviamo anche nel Codice dell'ambiente italiano⁶⁵.

Ora, la revisione costituzionale del 2022 – nell'ottica con cui l'abbiamo ricostruita – si trova ad agire su un versante principalmente diverso: quello della democrazia rappresentativa, che la giurisprudenza della Corte ha voluto precisamente rilanciare. Il tema, infatti, non è tanto offrire nuove forme di partecipazione popolare, quanto rendere più efficiente ed informata la dinamica della rappresentanza. Ciò non significa svalutare i sempre possibili apporti dei cittadini nella definizione partecipata delle politiche incidenti sull'ambiente, ma piuttosto garantire un quadro legislativo che consenta il corretto esplicarsi dei meccanismi propri della democrazia rappresentativa. Come ci ricorda la Corte, il culmine di questi meccanismi sta nel «giudizio finale» (sent. n. 184 del 2016) che arriverà nel momento in cui i fiduciari restituiranno il loro mandato ai fiducianti: le elezioni.

5. La sanzione della responsabilità politica tra passato, presente e futuro

La dottrina che ha contestato la formula stessa di “responsabilità politica” – negandone la giuridicità – lo ha fatto anche sul presupposto che per una simile responsabilità non possa esistere una vera e propria sanzione, elemento tipico nella ricostruzione della fattispecie giuridica⁶⁶.

Sino a qui, abbiamo trattato di eventuali risvolti – anche sanzionatori, sotto la specie dell'illegittimità costituzionale – che è possibile trarre dall'oggettivazione del principio di responsabilità politica (che è anche “obiettivazione”, nel senso di funzionalizzazione verso determinati obiettivi); è restata al margine la questione della responsabilità politica nel senso originario, cioè della responsabilità soggettiva di chi riveste mandati elettorali nei confronti degli elettori. Nel momento in cui l'esercizio di tali mandati si ricollega ad obiettivi da verificarsi nel futuro, ad opera dei posteri, occorre domandarsi che senso abbia collegare la responsabilità politica e l'apertura alle generazioni venturose.

Il voto degli elettori porta con sé, immancabilmente, un duplice intento: si vota per cambiare, per approvare un “programma”, ma si deve votare anche per sanzionare chi, avendone il potere, non ha agito nel modo auspicato. Anzi, a ben vedere ci pare che sia questo secondo lato della medaglia quello più pesante⁶⁷: se il futuro è per definizione incerto e ciò che è scritto prima (cioè il programma, nel suo senso etimologico) è subordinato a condizioni di cui non si conosce la portata, ebbene il passato è acquisito e ciascuno dovrebbe essere in grado di misurare su di sé gli effetti delle politiche portate avanti da chi ha governato. Insomma, ad una componente di speranzoso auspicio a priori, si connette – o dovrebbe riconnettersi – una razionale valutazione sintetica a posteriori.

Queste banali considerazioni escludono che si possa ricondurre una responsabilità politica anche verso le nuove generazioni, contemplate dall'art. 9 Cost.⁶⁸ È pur vero che la lettera della disposizione si

⁶⁴Convenzione dedicata, sin dalla sua intitolazione, «all'informazione, alla partecipazione del pubblico al processo decisionale e all'accesso alla giustizia in materia ambientale».

⁶⁵Si v. gli artt. 3-sexies e 3-septies (introdotto nel 2021) del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

⁶⁶G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXIX, 1988, 1344 ss.

⁶⁷Sul voto come “sanzione” del rapporto di rappresentanza v. almeno D. FISICHELLA, *Elezioni e democrazia*, Bologna, 1982, 290; G. SARTORI, *La rappresentanza politica*, in *Studi Politici*, 4, 1957, 578.

⁶⁸Nella norma costituzionale si crea oggi una geometria complessa fra una proiezione nel passato (con la tutela del patrimonio storico-culturale e della “memoria” nazionale nel comma secondo, sui cui sia consentito a rinviare



riferisce all' "interesse delle generazioni future", interesse che i poteri del presente sono chiamati a prendere in considerazione (così sembrerebbe significare quell'*anche* del Testo)⁶⁹. Ma, appunto, si tratta di ponderazione attorno alla quale giudicheranno gli elettori presenti, eventualmente anche *i più giovani* fra loro.

Bisogna in effetti ribadire che il tema delle generazioni *future* è distinto dalla rappresentanza degli interessi e dei bisogni delle giovani generazioni – da qui anche l'ambiguità dell'espressione nuove generazioni, che potrebbe fondere le due considerate. La rappresentanza delle fasce più giovani della popolazione è questione politicamente discussa, tant'è che sono state avanzate alcune iniziative per abbassare la soglia della maggiore età e quindi dell'elettorato attivo⁷⁰. A seguito della riduzione del numero dei parlamentari imposta dalla legge costituzionale n. 1/2020, ha invece avuto felice esito l'allineamento degli elettorati attivi fra Camera e Senato, che consentirà nel 2023 ai cittadini infraventicinquenni di eleggere i senatori (legge costituzionale n. 1 del 2021). Quest'ultima evoluzione ha il pregio – successivamente ad una riduzione numerica della rappresentanza – di conferire un egual peso alle fasce d'età più giovani nella formazione del Parlamento e ciò, potenzialmente, potrebbe anche favorire una migliore presa in carico delle esigenze di queste nella definizione delle politiche pubbliche⁷¹. Ma tutto questo opera primieramente nelle relazioni politiche che si instaurano nel presente. Quanto detto non implica che la responsabilità politica in senso prettamente soggettivo non sia gravida di portati giuridicamente e costituzionalmente rilevanti: vari temi centrali del diritto elettorale – dal sistema propriamente detto⁷², alle limitazioni al diritto passivo⁷³, alla disciplina delle campagne elettorali⁷⁴ – si plasmano (o dovrebbero plasmarsi) attorno a tale cardine della democrazia rappresentativa. Tuttavia, l'esperienza italiana, catturata da ormai quasi tre decenni in una dinamica di democrazia mediatica e leaderistica votata all'appiattimento dei contenuti del dibattito pubblico⁷⁵, è (stata) preda di

a A. LAURO, *Piazza della Vittoria, la memoria nazionale e l'art. 9 Cost.*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 117 ss.) e una vocazione al futuro (rispetto al patrimonio ambientale consacrato nel nuovo terzo comma).

⁶⁹Sull'entrata dell'interesse intergenerazionale nei procedimenti legislativi v. P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto*, cit., 699 ss.

⁷⁰Da ultimo, la proposta è stata rilanciata dal segretario del Partito Democratico Enrico Letta: cfr. A. GAGLIARDI, *Voto ai sedicenni, alle urne un milione di giovani in più*, in *Il Sole 24 ore*, 30 settembre 2019.

⁷¹Sia consentito rilevare, ad esempio, che i bisogni dei più giovani sono stati spesso sacrificati, senza nemmeno uno sdegno eccessivo, in nome degli interessi di altre fasce della popolazione: le chiusure per il contrasto alla pandemia ed il loro protrarsi nel tempo sono sufficientemente esplicitivi di questo fenomeno. Con ciò non si vuole affermare che alla popolazione meno anziana non possano chiedersi "prestazioni di solidarietà" nei confronti della restante parte, ma l'interrogativo sulla proporzionalità degli interventi e dei sacrifici deve quanto meno porsi.

⁷²D. CASANOVA, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali*, Napoli, 2020, 53: «Solo attraverso un sistema elettorale che riesca a garantire all'elettore la possibilità di controllare l'operato dell'eletto, al fine di poterne far valere una propria responsabilità, si può dare una certa concretizzazione al rapporto tra eletti ed elettori e alla possibilità che i primi portino nella sede istituzionale gli interessi dei secondi».

⁷³Le regole sull'ineleggibilità e l'incompatibilità sono volte a preservare un legame genuino fra elettori ed eletti, dimodoché i secondi possano rispondere effettivamente ai primi.

⁷⁴Si pensi alla disciplina dei finanziamenti delle campagne elettorali e gli obblighi di rendicontazione (sui cui è intervenuto recentemente il legislatore con la legge 9 gennaio 2019 n. 3).

⁷⁵Per tutti si v. le lungimiranti e non superate osservazioni di L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2008, 1 ss.



una deriva che del momento elettorale ha valorizzato solo la tensione programmatica al futuro, ben guardandosi (anche grazie a legislazioni elettorali compiacenti e costituzionalmente illegittime) dall'aprestare idonei strumenti votati alla "sanzionabilità" degli eletti. Sanzionabilità che – sia detto *en passant* – non è caratteristica che contraddice il divieto di mandato imperativo, presupponendo la scadenza del ciclo elettorale e del mandato stesso⁷⁶.

Potremmo forse dire, allora, che il riferimento alle nuove generazioni – al di là di altri possibili apporti esegetici al Testo costituzionale⁷⁷ – risente proprio di questa tendenza elettorale-futuristica ad esaltare più l'apprezzamento di un programma (o di uno slogan), che il giudizio su un operato.

Al di là dello strumentario giuridico ipotizzabile per valorizzare la responsabilità politica soggettivamente intesa, è chiaro che il senso del nuovo "programma costituzionale" nell'interesse delle generazioni future⁷⁸ – ed anche una presa di coscienza delle generazioni presenti che inseriscano nel dibattito pubblico (anche elettorale) le tematiche ambientali contemporanee – può venire solo dallo sviluppo di una cultura ecologica ed ambientale, che sempre alla Repubblica compete di promuovere a mente dello stesso art. 9.

Si tratta di una promozione che indubbiamente deve essere fatta anche sul piano politico, a partire dall'attività dei partiti: il che, in verità, sembra richiedere un percorso piuttosto lungo nel nostro Paese. Non possiamo non rilevare come in Italia – in netta controtendenza rispetto a moltissime esperienze europee – i partiti a spiccata vocazione ecologista e/o ambientalista abbiano pochissimo seguito e dunque scarsissima capacità di incidere sul dibattito pubblico⁷⁹. Di conseguenza, l'arco politico si appropria ora di una battaglia, ora di un'altra (spesso a forte connotato localistico), ma nessuno fa dell'ambiente la stella polare attorno cui organizzare un'offerta politica⁸⁰. Ciò nella competizione

⁷⁶Sul rapporto fra art. 67 Cost. e rappresentanza delle generazioni future v. G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 24, 2020, 255 ss.

⁷⁷Osserva G. DEMURO, *I diritti della Natura*, in *Federalismi.it*, 6, 2022, V, che la riforma dell'art. 41 Cost. lascia comunque impregiudicata la logica del danno ambientale prospettando «solamente la protezione dalla azione umana volta a danneggiare la Natura, rinunciando in apparenza a quanto può essere fatto ex ante in ottica preventiva piuttosto che repressiva». Rispondendo a questa sollecitazione, si potrebbe forse dire che la tutela ambientale "anche nell'interesse delle future generazioni" autorizza – o addirittura impone – un'attività del legislatore che guardi alla prevenzione in un'ottica di proiezione temporale e non solo alla repressione *hic et nunc*.

⁷⁸Giova qui citare le parole di V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, anno XIII, serieA, 1-2-3-4, 1939, 53-172, ora in *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 52 che, studiando la nozione di indirizzo politico, ricorda come il programma «precede, logicamente ed anche in linea di fatto, l'indirizzo. Inoltre, a ben guardare, il programma, in quanto programma di azione, non è ancora vera volontà: appartiene, insomma, al campo delle intenzioni, delle velleità, e non ancora al mondo del volere». Al momento bisogna allora ascrivere la nuova tutela predicata dall'art. 9 al "campo delle velleità".

⁷⁹R. LOUVIN, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, in *DPCE*, 4, 2021, 935 ss., parla di "ambientalismo tiepido". Interessante, a questo proposito, il risultato della formazione ambientalista (Europa Verde) alle elezioni europee del 2019: il 2,32% dei voti, contro un 13,48% conseguito in *Francia da Europe Écologie Les Verts*, il 20,5% del Bündnis 90/Die Grünen in Germania, il 14,8% dei Die Grünen in Austria, circa un 15% delle formazioni verdi in Belgio (7,81 per i fiamminghi Groen e 7,31 per gli Ecolo valloni).

⁸⁰Di recente, il Movimento 5Stelle – sotto la guida del nuovo leader Giuseppe Conte – sembra voler farsi particolare carico di tematiche ambientalistiche, che già avevano animato alcune battaglie originarie. Si v. oggi lo Statuto del Movimento, il cui art. 2 riporta i principi e valori della forza politica (sono citati in particolare: i beni comuni, l'ecologia integrale, la giustizia sociale, l'innovazione tecnologica e l'economia eco-sociale di mercato).



democratica è più che legittimo, però pare essere un dato oggettivo che va tenuto in considerazione allorché si voglia passare dalla *law in books* alla *law in action*.

Qualche spiraglio più positivo si rinviene nello strumento referendario⁸¹, che varie volte in passato ha dato prova di ben veicolare nella popolazione sensibilità ambientalistiche (sebbene, anche in questo caso, di “prossimità”⁸²) e potrebbe costituire uno strumento utile per la nuova missione della Repubblica, sia per fare in modo che temi concreti entrino nel dibattito pubblico, sia per forzare anche i soggetti politici a concentrarsi su di essi⁸³.

Ovviamente, ove la consultazione avesse successo, potrebbe anche costituire una “sanzione” ad indirizzi politici non del tutto sintonici ai nuovi principi inseriti nella Costituzione⁸⁴: sarebbe lo stesso corpo elettorale a farsi custode del solenne impegno che la Repubblica si è assunta.

6. Conclusioni

Trattando di recentissime innovazioni, è indispensabile attenersi a delle conclusioni “aperte” e problematiche, verso un futuro che non si è in grado di divinare.

Quello che però sembra emergere è il necessario appello alla “corresponsabilità” affinché la revisione costituzionale del 2022 non resti una semplice e nobile dichiarazione d’intenti. Affinché le generazioni future abbiano qualcosa di cui ringraziare le generazioni presenti, è necessario che vi sia un fortissimo coordinamento ed una sincera collaborazione, *in primis*, fra livelli di governo differenti e, *in secundis*, fra governati e governanti. È evidente che una simile chiamata alla corresponsabilità necessita di quadri normativi efficaci, la cui definizione ricade innanzitutto sul legislatore nazionale, sicché appare imprescindibile – se la revisione del 2022 ambisce a qualcosa di più di una semplice “codificazione” – dare attuazione ai nuovi articoli 9 e 41 del Testo costituzionale⁸⁵. Un’attuazione che auspicabilmente dovrebbe segnare anche una maturazione delle forze politiche circa la condivisione di obiettivi comuni, da perseguire non in funzione condizionale (secondo il mantra del “ce lo chiede l’Europa”, divenuto oggi “lo impone il PNRR”), ma secondo un’attitudine più genuina e costante nel tempo.

Sia lecito esprimere, al proposito, tratti di disincantato pessimismo, dal momento che il sistema partitico italiano continua – peraltro, sempre con un certo scarto fra professioni mediatiche ed attuazioni

⁸¹Uno strumento che, in realtà, sembra arretrare a fronte di iniziative strategiche davanti alle giurisdizioni, portate avanti da singoli o da gruppi sensibili su determinati argomenti, e volte ad ottenere risultati simili (anche in termini di dibattito), ma senza passare dalla consultazione popolare e dal suo funzionamento obbligatoriamente maggioritario. Sul tema della c.d. *strategic litigation* in materia ambientale v. S. BAGNI, *La costruzione di un nuovo “eco-sistema giuridico” attraverso i formanti giudiziale e forense*, in *DPCE-Online*, n. 50, speciale 2022, 1027 ss.

⁸²Con ciò si intende sottolineare che il corpo elettorale si è mobilitato – generalmente in difesa di politiche considerate al momento del voto più favorevoli all’ambiente – in occasione di referendum che toccassero, in un modo o in un altro, interessi molto prossimi alla popolazione. Non è detto che tematiche, pur relevantissime, ma di respiro maggiormente globale possano incontrare l’interesse degli elettori: è auspicabile che ciò avvenga, ma sarà realizzabile solo tramite una più diffusa cultura ecologica.

⁸³Cfr. da ultimo A. D’ANDREA, *L’impatto dell’abrogazione referendaria sulla forma di governo italiana: un’analisi retrospettiva*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022 (in corso di pubblicazione), *passim*.

⁸⁴*Ibidem*.

⁸⁵Come sottolinea G. DEMURO, *I diritti della Natura*, cit., X, si rende necessario «fissare obiettivi giuridicamente vincolanti e stabilire così che è l’uomo, e non la Natura, che si autolimita, ponendosi traguardi ambiziosi e riaffermando così i diritti fondamentali dell’Uomo, e tramite questi la centralità della Natura».





concrete – a dare prova di scarsa coesione, all’inseguimento di interessi partigiani contingenti e/o “campanilistici”, che mal si adattano ad una vocazione così schiettamente comunitaria (ed unitaria), proiettata addirittura nel futuro del Pianeta intero, come la revisione costituzionale ha voluto iscrivere nella Legge fondamentale.

Ben venga, allora, nella materia ambientale la spinta esterna anche sotto forma di condizionalità, ma occorre tener presente la fragilità e la sempre reversibilità di indirizzi (anche condivisibili) che non trovino un sostrato socio-politico-culturale in cui prosperare.



Tutela degli interessi delle generazioni future nel sistema CEDU: quali prospettive scaturiscono da un nuovo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?

Valentina Zambrano*

SAFEGUARDING THE INTERESTS OF FUTURE GENERATIONS IN THE ECHR SYSTEM: WHICH PERSPECTIVES ARISE FROM A NEW PROTOCOL TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS?

ABSTRACT: In 2021 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe renewed its proposal to adopt an optional Protocol to the ECHR on the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment. This proposal explicitly recalls future generations several times as an object of protection and as the holder of this right. Despite the interesting innovative aspects of the proposed text, the adoption of this Protocol would represent a challenge for the ECHR control system in relation to notions such as that of "potential or future victim" or "state jurisdiction".

KEYWORDS: Sustainable environment; ECHR draft protocol; future generations; climate justice; jurisdiction

ABSTRACT: L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha rinnovato, nel 2021, la proposta di adottare un Protocollo facoltativo alla CEDU sul diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile, proposta che richiama esplicitamente più volte le generazioni future quale oggetto di tutela e quale titolare del diritto in questione. Nonostante gli interessanti aspetti innovativi del testo proposto, l'eventuale adozione di detto Protocollo rappresenterebbe una sfida per il sistema di controllo CEDU in relazione a nozioni quali quella di "vittima potenziale o futura" o di "giurisdizione statale".

PAROLE CHIAVE: sviluppo sostenibile; bozza di Protocollo CEDU; future generazioni; giustizia climatica; giurisdizione

SOMMARIO: 1. Il Consiglio d'Europa di fronte alla crisi ambientale: alcuni aspetti introduttivi – 2. Il (proposto) Protocollo addizionale alla CEDU riguardante il diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile – 3. Il Protocollo addizionale sul diritto ad un ambiente sano e il sistema di controllo CEDU: aspetti problematici della tutela delle generazioni future – 3.1. Il concetto di "vittima": quale possibile applicazione nel caso delle generazioni

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università Sapienza di Roma. Mail: valentina.zambrano@uniroma1.it. Il contributo è stato selezionato nell'ambito della call "Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost." ed è stato sottoposto a referaggio.





future? – 3.2. L'azione di fronte alla Corte di Strasburgo in nome delle generazioni future – 3.3. Il concetto di giurisdizione statale e l'azione a tutela delle generazioni future – 4. Prospettive future.

1. Il Consiglio d'Europa di fronte alla crisi ambientale: alcuni aspetti introduttivi

L'estrema urgenza di intervento che pone la crisi ambientale è evidente. Il cambiamento climatico, l'inquinamento, la perdita di biodiversità crescenti non solo provocano immediati danni alla salute e alla fruizione di numerosi diritti individuali, ma producono cambiamenti nell'ecosistema che, se non fermati, diverranno definitivi e irreversibili¹. È questa evidenza che ha indotto numerosi Paesi, tra cui molto recentemente l'Italia, a inserire esplicitamente nelle carte costituzionali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e delle generazioni future. Tuttavia, non si può negare che l'azione degli Stati è caratterizzata dalla tendenza a procrastinare gli interventi strutturali necessari per far fronte a detta crisi a causa di ragioni economiche e anche politico-elettorali. A tentare di far da contrappeso a questa situazione, si pone tanto l'azione delle organizzazioni internazionali quanto quella di alcune corti nazionali² che hanno affermato l'obbligo degli Stati di agire ora per favorire il rispetto degli obblighi assunti a livello internazionale, ad esempio, in materia di riduzione dei gas serra e allo scopo di non far gravare sulle attuali generazioni più giovani e su quelle future tutto il peso dell'implementazione di quegli obblighi.

In tale contesto, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa è tornata a chiedere con la risoluzione 2211 del 2021 l'adozione di un Protocollo facoltativo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che statuisca il diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile³. Sebbene la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia permesso di ricondurre il diritto ad un ambiente sano sotto la sfera di protezione offerta da alcuni articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare art. 2, 8 e art. 1 Prot. 1⁴), tuttavia tale diritto non viene esplicitamente

¹ L'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, Michelle Bachelet, ha posto la crisi planetaria provocata dalla perdita della natura, l'inquinamento e il cambiamento climatico al vertice delle sfide inerenti alla tutela dei diritti umani nella nostra era nel suo discorso di apertura della 48 sessione ordinaria del Consiglio ONU per i diritti umani il 13 settembre del 2021.

² Corte Suprema Irlandese, *Friends of the Irish Environment CLG and The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, 19 settembre 2019; Corte Suprema dell'Aja, *The State of the Netherlands v. Stichting Urgenda*, n. 19/00135, 20 dicembre 2019; Corte Costituzionale Federale Tedesca, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, 24 marzo 2021; Tribunale amministrativo di Parigi, requêtes n. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, 14 ottobre 2021. Anche in Italia è stato promosso un ricorso da parte di cittadini e associazioni nei confronti del Governo italiano per la mancata adozione di misure efficaci e tempestive contro il cambiamento climatico, il caso denominato *Giudizio universale* relativamente al quale si è tenuta la prima udienza il 14 dicembre 2021 (cfr., R. LUPORINI, *The 'Last Judgment': Early reflections on upcoming climate litigation in Italy*, in *Questions of International Law – Zoom in*, 2021, 27 ss.; P. PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 596 ss.).

³ Cfr., Assemblea Parlamentare, *Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe*, Recommendation 2211 (2021), 29 settembre 2021.

⁴ Si veda, *ex multis*, P. PUSTORINO, *Note sulla tutela dell'ambiente nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in A. DEL VECCHIO, A. DAL RI JÙNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005, 391 ss.; a M. CASTELLANETA, *L'azionabilità del diritto all'ambiente da parte degli individui*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, XI convegno SIDI, Napoli, 2006, 127 ss.; A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente*





affermato all'interno di quest'ultima. L'Assemblea parlamentare sollecita, quindi, da tempo l'adozione di un protocollo che affermi il diritto di ogni individuo a fruire di un ambiente sano e sostenibile quale diritto autonomo che andrebbe a completare il novero di quelli già previsti dalla CEDU. Questa richiesta si inserisce in una più ampia strategia dell'Assemblea tendente a stimolare un'azione incisiva e efficace del Consiglio d'Europa e degli Stati membri in materia di tutela ambientale quale condizione necessaria e imprescindibile per la fruizione dei diritti e delle libertà individuali⁵. L'iniziativa più recente si differenzia, tuttavia, dalle precedenti per due aspetti rilevanti: il riferimento al carattere "sostenibile" che deve avere l'ambiente di cui gli individui dovrebbero poter fruire, carattere che si collega direttamente alla rilevanza che viene data alle generazioni future; l'elaborazione di una bozza di testo di Protocollo. Tale testo, come si vedrà nella prima parte del contributo, presenta aspetti innovativi e rilevanti in tema di tutela dell'ambiente anche nella prospettiva delle generazioni future le quali vengono più volte richiamate esplicitamente quale oggetto di tutela, mirando esso a superare la visione "individuale" del diritto ad un ambiente sano per affermarne anche una "collettiva".

Tuttavia, l'eventuale adozione di detto Protocollo rappresenterebbe certamente una sfida per il sistema di controllo CEDU e per la giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Potrebbe la nozione di "vittima potenziale o futura" adattarsi anche alle generazioni future, magari tenendo in considerazione, sulla scorta della decisione nel caso Neubauer, il particolare "peso" che tali generazioni dovrebbero sopportare in assenza di un'azione tempestiva degli Stati? A quali condizioni potrebbe considerarsi esistente la "giurisdizione" statale? Quali gli effetti del Protocollo in termini di utilità nella tutela delle generazioni future? Tali questioni verranno affrontate nella parte successiva del presente scritto facendo particolare riferimento alla giurisprudenza interna e internazionale in materia di contenzioso climatico.

2. Il (proposto) Protocollo addizionale alla CEDU riguardante il diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile

L'emersione degli interessi delle generazioni future e della loro tutela nell'ordinamento internazionale appare evidente nell'esigenza, affermata in vari fori internazionali, del riconoscimento di un "diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile" quale diritto autonomo rispetto ad altri ad esso comunque connessi (diritto alla vita, alla salute, ecc.). Se, infatti, alcuni strumenti pattizi internazionali già contemplano il diritto ad un ambiente sano⁶, il riferimento alla "sostenibilità" dell'ambiente è chiara

nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Tra diritto al rispetto della vita privata e diritto alla vita, in Diritti umani e diritto internazionale, 2011, 5 ss.; M. L. PADELLETTI, Articolo 1 Protocollo 1, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Padova, 2014, 791 ss.; C. PITEA, L. TOMASI, Articolo 8, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), op. cit., 297 ss.

⁵ Si ricordano, tra le altre, la Raccomandazione 1823 (2008) sul riscaldamento globale e i disastri ecologici; la Risoluzione 1655 e la Raccomandazione 1862 (2009) sulle migrazioni e il *displacement* causato da motivi ambientali: una sfida del 21 secolo; la Raccomandazione 1879 (2009) sulle energie rinnovabili e l'ambiente; la risoluzione 1679 (2009) sull'energia nucleare e lo sviluppo sostenibile; la Risoluzione 1588 (2007) sui rifiuti radioattivi e la protezione dell'ambiente; la Raccomandazione 1653 (2004) sull'*environmental accounting* come mezzo di sviluppo sostenibile; la Risoluzione 1449 (2005) sull'ambiente e gli Obiettivi di Sviluppo del Millennio.

⁶ Vengono in rilievo l'art. 24 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (in base al quale sono i popoli ad essere i titolari del diritto ad un ambiente globale soddisfacente), l'art. 11 del Protocollo addizionale alla





espressione di una prospettiva futura avendo, necessariamente, come punto di riferimento coloro che, negli anni a venire, faranno parte della comunità umana e dovranno ereditare un ambiente salubre in cui essi e i loro diritti potranno crescere e svilupparsi. Così, la risoluzione 48/13 adottata a ottobre 2021 dal Consiglio ONU per i diritti umani ha riconosciuto il diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e *sostenibile* quale diritto umano essenziale per il godimento di altri diritti individuali la cui promozione richiede la piena implementazione degli accordi internazionali in materia di tutela ambientale⁷. Il fatto che l'individuo abbia diritto a godere di un ambiente sostenibile risponde, ovviamente, all'esigenza di tutelare le generazioni più giovani e quelle future e di riaffermare, anche nella fruizione dei diritti, il carattere intergenerazionale della responsabilità di rispettare, proteggere e salvaguardare gli ecosistemi, la biodiversità, la natura e gli esseri animali e vegetali che la compongono. D'altra parte, già il Relatore speciale *on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment* aveva raccomandato al Consiglio di supportare l'adozione di uno strumento globale che affermasse esplicitamente il diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile, quale, ad esempio, una risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite⁸. Infatti, sebbene tale diritto sia stato affermato e il suo contenuto in parte definito per via giurisprudenziale (tanto a livello nazionale quanto in ambito internazionale), una sua esplicita affermazione in un atto internazionale «raises awareness that human rights norms require protection of the environment and highlights that environmental protection is on the same level of importance as other human interests that are fundamental to human dignity, equality and freedom. It also helps to ensure that human rights norms relating to the environment continue to develop in a coherent and integrated manner»⁹. Non meno consapevole del rapporto biunivoco esistente tra tutela e fruizione dei diritti umani e protezione e godimento di un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa già nel 2009 aveva sollecitato il Comitato dei ministri circa l'adozione di un Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e inerente all'affermazione di un diritto ad un ambiente salubre¹⁰. Tale proposta, però, non era stata accolta dal Comitato il quale ha

Convenzione americana dei diritti dell'uomo nell'ambito dei diritti economici, sociali e culturali, parzialmente l'art. 24 della Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli che, trattando del diritto alla salute, fa riferimento alla necessità di tenere conto dai pericoli e dei rischi derivanti dall'inquinamento dell'ambiente naturale (par. 2, lett. c)), l'art. 28 della Carta araba dei diritti dell'uomo (che ricomprende nel diritto ad un livello di vita adeguato anche il diritto ad un ambiente sano).

⁷ Consiglio dei diritti umani, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, A/HRC/RES/48/13, 18 ottobre 2021. La risoluzione è stata adottata con 43 voti favorevoli, nessun contrario e 4 astensioni.

⁸ Cfr., Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, A/HRC/37/59, 24 gennaio 2018, par. 14

⁹ Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, cit., par. 16. La stretta reciproca dipendenza esistente tra la protezione dei diritti umani e la tutela dell'ambiente è ben affermata dai principi quadro 1 e 2 elaborati dal Relatore Speciale: «Framework Principle 1. States should ensure a safe, clean, healthy and sustainable environment in order to respect, protect and fulfil human rights. Framework Principle 2. States should respect, protect and fulfil human rights in order to ensure a safe, clean, healthy and sustainable environment».

¹⁰ Cfr., Assemblea Parlamentare, *Challenges posed by climate change*, Recommendation 1883 (2009), 29 settembre 2009; Assemblea Parlamentare, *Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment*, Recommendation 1885 (2009), 30 settembre 2009. È appena il





ritenuto, come già fatto in precedenza¹¹, *not advisable* l'adozione di un nuovo Protocollo¹² in considerazione del fatto che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha sviluppato principi che permettono di tutelare indirettamente il diritto ad un ambiente sano e vitale e che il Consiglio d'Europa ha adottato sia strumenti non vincolanti per favorire l'implementazione di detti principi che strumenti pattizi in materia¹³.

L'evoluzione che hanno subito la realtà mondiale e la visione globale sui diritti umani a causa della crisi ambientale e climatica e dei suoi devastanti effetti, ha indotto l'Assemblea parlamentare a tornare sulla sua proposta con le risoluzioni 2398 e 2211, entrambe del 29 settembre 2021, evidenziando la necessità di una nuova e più incisiva azione da parte del Consiglio d'Europa dato che la vita umana, la salute e il benessere sono attualmente minacciati dall'inazione dei governi in materia di prevenzione del degrado ambientale, condizione che mette in pericolo anche la fruizione dei c.d. diritti di prima e seconda generazione¹⁴. Così, l'affermazione esplicita all'interno di uno strumento vincolante del diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile sarebbe un importante incentivo per l'adozione di leggi nazionali più incisive in materia ambientale. Contestualmente, l'Assemblea sottolinea come il diritto ad un ambiente sano sia riconosciuto nel mondo in vari accordi e intese regionali, con la sola eccezione del continente europeo laddove la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non può essere sufficiente a garantire tale diritto in termini generali. Infatti, questa permette una protezione indiretta e tutta antropocentrica, ossia possibile solamente se collegata alla violazione di uno o più diritti individuali previsti dalla Convenzione, escludendo qualsiasi possibilità di tutelare la natura e gli ecosistemi di per sé. Il su richiamato strumento vincolante permetterebbe di superare tale limite e garantirebbe «a more protection-focused approach by the Court»¹⁵.

caso di ricordare che questo tipo di Protocolli, andando a integrare la Convenzione e non a modificarla, non richiedono la ratifica da parte di tutti gli Stati parti alla CEDU per la loro entrata in vigore, ma, a tale scopo, è sufficiente la ratifica di 10 Paesi parti.

¹¹ Il Comitato dei Ministri, nel rispondere alle Raccomandazioni 1614 (2003) su *Environment and human rights* e 1862 (2009) su *Environmentally induced migration and displacement: a 21st century challenge* adottate dall'Assemblea parlamentare, aveva evidenziato che il sistema del Consiglio d'Europa già tutela il diritto ad un ambiente sano sia direttamente che indirettamente per mezzo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che, in tale contesto, l'adozione di un nuovo strumento pattizio non appariva necessario.

¹² Committee of Ministers, *Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment. Reply to Recommendation*, Doc. 12298, 19 giugno 2010.

¹³ Si vedano, *Convention on the conservation of European wildlife and natural habitats* (ETS No. 104) del 19 settembre 1979, *Convention on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment* (ETS No. 150) del 21 giugno 1993 e *Convention on the protection of the environment through criminal law* (ETS No. 172) del 4 novembre 1998.

¹⁴ Cfr., Assemblea Parlamentare, *Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe*, Resolution 2398 (2021), 29 settembre 2021. Si noti che nella medesima risoluzione, così come nella 2211, l'Assemblea propone l'adozione di un Protocollo sul diritto ad un ambiente sano e sostenibile anche in relazione alla Carta sociale così da favorire il riconoscimento del legame tra la tutela dell'ambiente e la protezione dei diritti sociali e da permettere alle organizzazioni non governative di presentare reclami collettivi in materia ambientale. Sul sistema della Carta Sociale e sui reclami collettivi si veda, da ultimo, G. PALMISANO, *L'Europa dei diritti sociali. Significato, valore e prospettive della Carta sociale europea*, Bologna, 2022; G. PALMISANO, *Collective Complaints As a Means for Protecting Social Rights in Europe*, London, New York, Melbourne, Delhi, 2022.

¹⁵ Cfr., Assemblea Parlamentare, *Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe*, cit., par. 8.





Con la risoluzione 2211 l'Assemblea non si limita a chiedere al Consiglio di agire per adottare il protocollo in questione, ma propone una bozza di testo¹⁶ che si caratterizza, innanzitutto, per il richiamo esplicito alle generazioni future che sono individuate come oggetto di tutela e per perseguire, *expressis verbis*, l'obiettivo di superare la visione "individuale" del diritto ad un ambiente sano allo scopo di affermarne anche una "collettiva" a tutela dell'intera umanità¹⁷. Il testo protocollare inserirebbe così, per la prima volta, il riferimento al carattere anche collettivo di un diritto all'interno di un testo convenzionale che è tutto basato sulla tutela individuale dei diritti seguendo coerentemente gli sviluppi avutasi a livello internazionale, dove la protezione dell'ambiente e la preservazione della sua salubrità e sostenibilità sono garanzia inerenti tanto al singolo individuo quanto alla collettività¹⁸.

Così, l'art. 1 del proposto Protocollo definisce il diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile come il diritto delle generazioni presenti e future a vivere in un ambiente non degradato, vivibile e soddisfacente che favorisca la loro salute, il loro sviluppo e benessere, per poi statuire, all'art. 5, che ognuno ha diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile. Ugualmente, i principi generali richiamati a fondamento di tale diritto sono fortemente condizionati dalla tutela delle generazioni future, riguardando la solidarietà, l'equità e la responsabilità intergenerazionale (art. 2) e il divieto di discriminazione ambientale tra individui appartenenti a generazioni differenti, discriminazione contro la quale le parti contraenti devono garantire una protezione effettiva (art. 3). Anche nell'enunciazione dei principi emerge il carattere "collettivo" di tale diritto, non solo relativamente ai fruitori dello stesso ma anche dei corrispettivi obblighi, laddove si afferma che *ogni generazione* ha il dovere di proteggere l'ambiente e la biodiversità e di prevenire danni irreversibili ad essi, così come di utilizzare le risorse naturali in maniera sostenibile e di riparare i danni ambientali¹⁹. Si potrebbe obiettare che l'articolo 5 delinea una titolarità del diritto a carattere individuale poiché afferma che «everyone» ha il diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile. Tuttavia, tale norma, letta nel contesto del trattato e alla luce del suo richiamato articolo 1, non può essere interpretata nel senso di escludere una titolarità

¹⁶ Il testo proposto è piuttosto stringato componendosi di 11 articoli (quattro dei quali ineriscono alle clausole finali).

¹⁷ In questo senso sono significativi due passaggi del breve preambolo della bozza di Protocollo che affermano che le parti contraenti «Noting that the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment requires *going beyond an approach based on individual rights alone*; Being resolved to define the right to a healthy environment as an autonomous *right of humanity*; [...]» (corsivo aggiunto).

¹⁸ È significativo ricordare che, nel parere circa la liceità della minaccia o dell'impiego dell'arma nucleare, la Corte internazionale di giustizia, nel definire l'ambiente, vi ha incluso le generazioni future, affermando che «the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn» (Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinione consultiva, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996, par. 29).

¹⁹ L'art. 2 (Principle of transgenerational responsibility, equity and solidarity) così enuncia: « Every generation has a duty to protect the environment and biodiversity and to prevent any irreparable and irreversible damage to life on Earth, so as to ensure the right of subsequent generations to live in a safe, clean, healthy and sustainable environment. Every generation shall ensure that natural resources are used and managed in an environmentally sustainable manner, and that scientific and technological progress in all areas does not harm life on Earth. Every generation is responsible for the protection of the environment and has a duty to: a) prevent environmental damage; b) remedy environmental damage». D'altra parte, anche nel Preambolo del Protocollo si evidenzia «[...] the intrinsic value of nature and the paramount importance of the duties and obligations of present generations to the environment and future generations».





anche collettiva del diritto enunciato, proprio perché il testo tende a superare un approccio all'ambiente esclusivamente individualista.

Ciò si affianca ad una visione non solamente antropocentrica del diritto qui enunciato²⁰ quando si afferma che, di fronte a gravi pericoli per l'ambiente o la salute umana, *degli animali o delle piante*, la mancanza di prove scientifiche non può costituire una giustificazione per posporre l'adozione di misure economicamente efficaci che prevengano il degrado ambientale e la perdita di biodiversità così come, in caso di dubbio, gli organi legislativi, amministrativi o giudiziari devono adottare le alternative meno dannose per l'ambiente (art. 4 – Principles of prevention, precaution, non-regression and in dubio pro natura). Non si arriva certo ad affermare dei diritti propri della natura e degli esseri viventi (differenti dall'uomo) che la compongono (anche perché ciò andrebbe ben oltre gli scopi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di cui il Protocollo costituirebbe un testo addizionale), però, si prevede che il principio di precauzione debba essere rispettato e applicato non solo quando il grave pericolo riguardi la salute umana, ma anche quando ciò concerna la salute animale o vegetale che, quindi, viene ad essere parametro di valutazione per il rispetto del principio richiamato.

3. Il Protocollo addizionale sul diritto ad un ambiente sano e il sistema di controllo CEDU: aspetti problematici della tutela delle generazioni future

Nel caso in cui il Protocollo dovesse essere adottato, non vi è dubbio che il sistema di tutela dei diritti umani basato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ne gioverebbe in termini di "innovatività" dell'approccio alla tutela del diritto ad un ambiente sano e di efficacia dell'affermazione di tale diritto, in primo luogo per il fatto che, come detto, questo verrebbe inserito nel novero di quelli garantiti dal testo convenzionale e godrebbe di una tutela autonoma e indipendente da quella di altri diritti ivi sanciti. La situazione attuale, in cui il mancato rispetto del diritto ad un ambiente sano può essere

²⁰ Nell'ultimo decennio si è andata diffondendo una visione dei diritti inerenti alla tutela ambientale che individua quali titolari degli stessi non solo l'uomo ma anche le piante, gli animali, i fiumi, pure grazie all'azione dei popoli indigeni la cui visione olistica del rapporto tra uomo e natura ha fortemente influenzato lo sviluppo dei c.d. diritti della natura. Particolarmente interessante in questo senso appare il Tribunale internazionale per i diritti della natura creato dalla Global Alliance for the Rights of Nature quale forum internazionale in cui individui da tutto il mondo possono parlare in nome della natura, protestare per la sua distruzione e fare proposte per la protezione e la "ricostruzione" della Terra. Nonostante la denominazione, non è, ovviamente, un organo giurisdizionale, ma uno strumento di pressione che tende, per mezzo dell'esame delle questioni che gli vengono sottoposte, a influenzare l'azione statale in materia di tutela dell'ambiente (l'attività del Tribunale è consultabile qui <https://www.rightsofnaturetribunal.org/about-us/>). Ugualmente, negli ultimi anni, sono state intentate alcune cause contro le autorità locali o nazionali in nome di fiumi, laghi, ecc. quali: Corte distrettuale degli Stati Uniti Distretto del Colorado, *The Colorado River Ecosystem and others v. The State of Colorado*, civil action No. 17-cv-02316-NYW, 4 dicembre 2017; Corte Suprema di Giustizia argentina, *Asociación Civil por la justicia ambiental v. Province of entre Rios et al.* (presentato nel 2020 e attualmente pendente); Corte superiore di giustizia di Lima, *Alvarez Cantoral et al. v. Perú* (presentato nel 2019 e ancora pendente). Particolarmente interessante in questo senso è la decisione della Corte Suprema del Pakistan che, dichiarando legittima la decisione delle autorità provinciali del Punjab che vietava la costruzione di centri di produzione del cemento o l'ampliamento di quelli già esistenti in zone fragili dal punto di vista ambientale, ha affermato che «the environment needs to be protected in its own right» e che la coesistenza tra uomo e ambiente «requires that the law treats environmental objects as holders of legal rights» (Corte Suprema del Pakistan, *D. G. Khan Cement Company Ltd. v. Government of Punjab*, C.P.1290-L/2019, 15 aprile 2021, par. 16).





riscontrato solo in relazione alla violazione dei diritti esplicitamente previsti, rende certamente più difficoltoso ai ricorrenti ottenere soddisfazione davanti alla Corte poiché essi devono dimostrare che esista un legame causale diretto tra la violazione, ad esempio, del loro diritto alla vita o alla vita privata e familiare o, ancora, alla proprietà e l'inquinamento di un'area e l'inazione da parte dello Stato nel porvi rimedio²¹.

Tuttavia, detta efficacia, in particolare per quanto attiene alle future generazioni, deve essere valutata anche alla luce di alcuni aspetti sostanziali e procedurali inerenti alla presentazione dei ricorsi davanti alla Corte di Strasburgo, così da determinare gli effetti che l'adozione del Protocollo potrebbe avere.

3.1. Il concetto di “vittima”: quale possibile applicazione nel caso delle generazioni future?

Come è noto, l'art. 34 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede che la Corte di Strasburgo può essere adita per mezzo di un ricorso individuale qualora il ricorrente, persona fisica, gruppo di individui o organizzazione non governativa²², «se prétend victime» di una violazione di uno o più diritti sanciti dalla Convenzione da parte di uno Stato parte alla stessa (e ai suoi Protocolli)²³. Affinché il ricorso sia dichiarato ricevibile non è ovviamente necessario che il ricorrente dimostri inequivocabilmente di essere vittima (ciò verrà accertato dalla Corte al termine del procedimento), ma i fatti richiamati devono rendere plausibile che l'individuo abbia subito la violazione contestata. Nel caso delle generazioni future, come può, chi ancora non esiste, dimostrare di essere vittima (nel senso appena enunciato) di una violazione del diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile²⁴?

Per poter dare una risposta a tale quesito si rende necessario ricordare che il concetto di “vittima” non è stato interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in maniera univoca, bensì in base a differenti “categorie”. La prima, e più frequente, è certamente la “vittima diretta” ossia colui che direttamente ha subito gli effetti della misura o della omissione contestata²⁵ o che, pur essendo terzo,

²¹ In tale senso la giurisprudenza della Corte è costante. Così, ad esempio in relazione all'art. 8, il giudice europeo ha affermato «Article 8 has been relied on in various cases involving environmental concern, [...] it is not violated every time that environmental deterioration occurs: no right to nature preservation is as such included among the rights and freedoms guaranteed by the Convention [...] Thus, in order to raise an issue under Article 8 the interference must directly affect the applicant's home, family or private life» (cfr. per tutti, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Fadeyeva v. Russia*, sentenza, 9 giugno 2006, application 55723/00, par. 68).

²² È appena il caso di ricordare che la categoria “organizzazioni non governative” è stata intesa in senso molto ampio ricomprendendo, oltre alle organizzazioni non governative vere e proprie, le banche, le associazioni religiose, i trust, i partiti politici, i sindacati, le associazioni di professionisti, le testate giornalistiche, le emittenti radiotelevisive. In altri termini, si riconduce a questa categoria qualunque gruppo organizzato di individui.

²³ Sui ricorsi individuali si veda, recentemente, A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2018².

²⁴ Naturalmente alcuni dei diritti previsti dal Patto non possono concernere le generazioni future essendo strettamente connessi alla dimensione temporale attuale. Ci si riferisce, in particolare, ai diritti procedurali di accedere alle informazioni sull'ambiente in possesso delle autorità senza dover provare un interesse specifico e di essere consultati anticipatamente nel caso in cui le autorità nazionali intendano sviluppare e realizzare progetti o politiche che hanno un impatto sull'ambiente e la biodiversità (art. 6).

²⁵ Si veda, per una disamina del concetto di vittima, *inter alia*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, sentenza, 17 luglio 2014, application 47848/08.





dimostri di avere un interesse diretto a che si ponga fine alla violazione o che agisce a nome della vittima impossibilitata a presentare ricorso (e con il suo consenso).

La Corte, tuttavia, nell'ottica di garantire una tutela effettiva dei diritti sanciti dalla CEDU e di assicurare la valutazione dei casi che si rivelino importanti in termini di precisazione e sviluppo degli standard di protezione della Convenzione, ha interpretato il concetto di vittima in maniera evolutiva²⁶ ed ha elaborato le nozioni di vittima indiretta, potenziale e futura.

Sebbene in questa sede non si possano approfondire le differenze esistenti tra queste categorie²⁷, si evidenzia che la vittima indiretta è colui, che avendo un legame diretto e particolare con la vittima, subisce gli effetti negativi derivanti dalla violazione sopportata dalla vittima diretta e ha interesse che questa cessi (ad esempio, una madre il cui figlio minorene detenuto ha subito un trattamento incompatibile con l'art. 3 CEDU²⁸).

La vittima potenziale si ravvisa, invece, in quei casi in cui un individuo corra il rischio di subire una violazione dei suoi diritti, sebbene questa non si sia ancora verificata, a causa dell'esistenza nell'ordinamento nazionale di un atto legislativo, altro atto a carattere generale o misure incompatibili con il testo convenzionale e a lui applicabili. Così nel caso *Klass* l'allora Commissione ha ritenuto che «in order to be able to claim to be the victim [...], it should suffice that a person is in a situation where there is a reasonable risk» di essere oggetto della violazione²⁹. Ugualmente, nel caso *Marchx* la Corte ha evidenziato che la Convenzione «entitles individuals to contend that a law violates their rights by itself, in absence of an individual measure of implementation, if they run the risk of being directly affected by it»³⁰.

Infine, la vittima futura viene indentificata con il soggetto che dimostri, per mezzo di prove convincenti e ragionevoli (non essendo a tale scopo sufficienti meri sospetti o congetture), che è probabile che in futuro si potrà produrre una violazione dei suoi diritti³¹ (come nel caso di un individuo oggetto di un

²⁶ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Monnat v. Switzerland*, sentenza, 21 settembre 2006, application 73604/01, par. 30-33; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gorraiz Lizarraga and others v. Spain*, sentenza, 27 aprile 2004, application 62543/00, par. 38; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stukus et autres c. Pologne*, sentenza, 1 aprile 2008, application 12534/03, par. 35.

²⁷ Su tali categorie si veda, A. SACCUCCI, *Articolo 34*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, 626 ss.; G. RAIMONDI, *La qualità di "vittima" come condizione del ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I quaderni europei*, 2015, reperibile al seguente link http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/71_2015.pdf; P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, 2006, in particolare 51 ss.; M. FERRI, *La decisione sul caso Shortall et Al. v. Ireland: verso un ulteriore (ed eccessivo) restringimento della nozione di vittima potenziale nel sistema CEDU?*, in *SIDiblog*, disponibile al seguente link sidiblog.org. Parte della dottrina ritiene che le tre fattispecie, e in particolare quelle di vittima potenziale e futura, tendano a sovrapporsi e confondersi (si veda, A. SACCUCCI, *op. cit.*, 639).

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgio*, sentenza, 12 ottobre 2006 application 13178/03.

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Klass and others v. Germany*, sentenza, 6 settembre 1978, application 5029/71, par. 31.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Marckz v. Belgium*, sentenza, 13 giugno 1979, application 6833/74, par. 27.

³¹ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Taura et autres c. France*, decisione 4 dicembre 1995, application 28204/95; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Burden v. The United Kingdom*, Grande Camera, sentenza 29 aprile 2008, application 13378/05; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Grande Camera, sentenza 29 ottobre 1992, application 14234/88, 14235/88. In tale modo si esclude che la Corte





provvedimento esecutivo di espulsione, non ancora eseguito, verso un Paese dove la sua vita o integrità fisica possono essere messe a repentaglio).

In tale contesto, le generazioni future potrebbero essere considerate tanto vittime potenziali quanto vittime future a causa dei gravi effetti che, in assenza di un'azione immediata e efficace degli Stati a tutela dell'ambiente, si avranno in termini di deterioramento di quest'ultimo, di perdita di biodiversità e di peggioramento nel cambiamento climatico. Ciò causerà la violazione del diritto ad un ambiente sano nonché la correlativa riduzione di altri diritti e libertà sanciti dalla Convenzione. Seguendo l'orientamento della decisione *Neubauer*, infatti, le generazioni future saranno chiamate a sostenere un peso particolare e maggiore rispetto a quelle attuali per tutelare l'ambiente (e per rispettare gli obblighi internazionali che i governi odierni si sono assunti in tale ambito) il che si rifletterà negativamente anche sulla fruizione di vari altri diritti e libertà individuali³². Così, le attuali norme nazionali, laddove non dovessero prevedere in maniera specifica delle azioni da porre in essere immediatamente e degli obiettivi da raggiungere in tempi strettissimi (ad esempio, in relazione alla riduzione dei gas serra), potrebbero essere oggetto di ricorso sulla base del proposto Protocollo perché suscettibili di causare anche una violazione del diritto ad un ambiente sano, sicuro, pulito e sostenibile delle generazioni che verranno. I dati scientifici disponibili, a cui la Corte dà sempre maggiore rilevanza in particolare in materie scientificamente "sensibili" come l'ambientale o la salute³³, costituirebbero certamente *prove*

possa essere competente a valutare ricorsi individuali che costituiscano semplicemente una *actio popularis* poiché, come risaputo, il giudice di Strasburgo valuta in concreto e non in astratto.

³² Nella sentenza *Neubauer* si legge in particolare che «the protection mandate laid down in Art. 20a of the Basic Law encompasses the necessity to treat the natural foundations of life with such care and to leave them in such condition that future generations who wish to carry on preserving these foundations are not forced to engage in radical abstinence. Respecting future freedom also requires initiating the transition to climate neutrality in good time». E ancora: «It is thus imperative to prevent an overly short-sighted and thus one-sided distribution of freedom and reduction burdens to the detriment of the future. This demands that the limited remaining CO2 budget be consumed in a sufficiently prudent manner, thereby helping to gain the critical time needed to initiate the transformations that – by making CO2-neutral forms of alternative behaviour available – are necessary to alleviate the losses of freedom arising from the reduction of CO2 emissions and the restrictions on any CO2-relevant exercise of freedom. The challenged provisions would be unconstitutional if they allowed so much of the remaining budget to be consumed that future losses of freedom would inevitably assume unreasonable proportions from today's perspective on account of there being insufficient time for developments and transformations that might bring alleviation» (cfr., Corte Costituzionale Federale Tedesca, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, cit., par. 4 Headnote, par. 194). D'altra parte, già la sentenza *Urgenda* aveva evidenziato in termini più generali che: « Any postponement of the reduction of emissions therefore means that emissions in the future will have to be reduced on an increasingly large scale in order to make up for the postponement in terms of both of time and size. This means that, in principle, for each postponement of emissions reductions, the reduction measures to be taken at a later date will have to be increasingly far-reaching and costly in order to achieve the intended result, and it will also be riskier» (Corte Suprema, *The State of the Netherlands v. Stichting Urgenda*, cit., par. 7.4.3. Sul caso cfr., E. CORCIONE, *Diritti umani, cambiamento climatico e definizione giudiziale dello standard di condotta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, 197 ss.). È interessante notare che nel caso *Neubauer* la Corte ravvisi l'illegittimità dell'azione governativa e dei suoi effetti futuri, soprattutto in termini di riduzione delle libertà e dei diritti che le generazioni più giovani dovranno subire e non tanto in relazione ai danni attuali (seppur presenti).

³³ Cfr., per quanto attiene alla materia ambientale, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Brândușe v. Romania*, sentenza, 7 aprile 2009, application 6586/03; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ivan Atanasov v. Bulgaria*, sentenza, 2 dicembre 2010, application 12853/03; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jugheli and others v. Georgia*, sentenza, 13 luglio 2017, application 38342/05; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Çiçek and others v. Turkey*,



ragionevoli e convincenti della probabilità che gli effetti di normative o azioni inefficaci colpiscano le generazioni future e causino la violazione dei loro diritti e libertà.

3.2. L'azione di fronte alla Corte di Strasburgo in nome delle generazioni future

Sebbene le generazioni future possano essere considerate vittime potenziale e future, si pone il problema di chi abbia la facoltà di agire davanti alla Corte in loro nome dato che nessun individuo appartenente ad esse ne ha facoltà non essendo ancora venuto alla vita.

La giurisprudenza fino ad ora sviluppata dalla Corte circa i casi in cui una vittima non possa o non sia in grado di agire (perché, ad esempio, detenuto, minore o gravemente malato) non appare essere particolarmente utile poiché ammette che un terzo possa proporre il ricorso a suo nome purché la vittima abbia dato il proprio consenso all'avvio della procedura davanti alla Corte. Qualora ciò non sia possibile, il giudice europeo ha dato particolare rilevanza, per decidere sull'ammissibilità del ricorso, al legame di parentela (o comunque affettivo) o di rappresentanza legale esistente tra la vittima e il ricorrente, all'oggetto e allo scopo del ricorso e all'esistenza o meno di un conflitto di interessi³⁴. Appare evidente che nessun terzo potrebbe ricevere il consenso su richiamato o vantare un legame del tipo di quelli indicati con le generazioni future e ciò osterebbe a che la Corte valuti il ricorso. Né potrebbe rivelarsi risolutiva l'azione da parte di un'organizzazione non governativa (che, ad esempio, abbia tra i suoi scopi la tutela e la preservazione dell'ambiente). Infatti, la giurisprudenza della Corte è piuttosto costante nell'affermare che un ente, il quale persegua lo scopo di tutelare interessi riguardanti una determinata categoria di persone, non può, solo per tale motivo, pretendersi vittima a causa delle violazioni subite dagli appartenenti al gruppo né agire in loro nome in assenza di un incarico formale da parte degli stessi³⁵.

Tuttavia, proprio il principio di effettività della tutela discendente dalla CEDU e il fatto che il rispetto del diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile sia certamente una questione di importanza generale meritevole di essere discussa dalla Corte, potrebbe indurre quest'ultima a modificare la sua giurisprudenza nel caso di ricorsi presentati in nome anche delle generazioni future. La valutazione di tali ricorsi sarebbe, infatti, funzionale alla realizzazione di un ordine pubblico europeo³⁶ (in questo caso

sentenza, 4 febbraio 2020, application 44837/07; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kapa and others v. Poland*, sentenza, 28 febbraio 2022, application 75031/13. Sul rapporto tra scienza e giurisprudenza di Strasburgo si veda, G. PERRONE, *L'utilizzo del dato scientifico nella giurisprudenza recente della CEDU: riflessioni sugli obblighi vaccinali*, in *La Comunità Internazionale*, 2021, 755 ss.; F. E. CELENTANO, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di ambiente salubre tra bilanciamento di interessi e obblighi degli Stati: il caso Kapa e altri c. Polonia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, 399 ss.

³⁴ Si ricorda che nel caso delle persone decedute, la Corte ha costantemente escluso che i parenti possano presentare un ricorso a nome del loro congiunto deceduto prima di agire di fronte alla Corte, a meno che non possano essere considerate vittime dirette o indirette per la violazione subita dal loro congiunto. Gli eredi sono, invece, legittimati ad agire nel caso in cui il *de cuius* aveva presentato ricorso a Strasburgo prima del decesso, sempre che abbiano un interesse legittimo in tale senso o la questione è di importanza generale e merita, quindi, di essere decisa dalla Corte europea.

³⁵ Si veda, A. SACCUCCI, *op. cit.*, 636.

³⁶ Cfr., P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *op. cit.*, 56. Ciò anche considerando che gli obiettivi inerenti alla tutela dell'ambiente non possono essere raggiunti dagli Stati *uti singuli*, ma necessitano di una cooperazione e azione comune a livello internazionale e, quindi, la tensione verso la creazione di un ordine pubblico europeo in tale ambito sarebbe certamente positiva e rilevante.





in materia ambientale) il quale, unitamente al principio di effettività e alla tutela dell'interesse generale, ha indotto la Corte ad affermare, ad esempio, le categorie di vittima indiretta, potenziale e futura. D'altra parte, come evidenziato dalla stessa Corte, la sua funzione è anche quella di «determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States»³⁷.

Così, un individuo o gruppo di individui che, si ritenesse vittima della violazione del suo diritto ad un ambiente sano da parte di uno Stato contraente, potrebbe essere ammesso ad agire anche in nome delle generazioni future, pur mancando qualunque "legame" con le stesse, e ciò sulla base di alcune ragioni.

Innanzitutto, una impostazione di questo tipo potrebbe fondarsi, oltre che sui principi sopra richiamati, su quanto stabilito dal Protocollo e in particolare: a) che il diritto in questione e di cui ciascuno è titolare (art. 5) include la l'aspetto della sostenibilità ambientale³⁸ e «means the right of present and future generations to live in a non-degraded, viable and decent environment that is conducive to their health, development and well-being», ricomprendendovi, quindi, anche la dimensione futura; b) che il principio della responsabilità intergenerazionale pone in capo agli Stati il dovere di determinare le loro azioni considerando anche la tutela delle progenie future; c) il divieto di discriminazione tra generazioni³⁹.

Relativamente al primo punto, appare utile richiamare la giurisprudenza della Corte in materia di tutela del patrimonio culturale e, in particolare, la decisione nel caso *Ahunbay et autres c. Turquie*⁴⁰. La Corte ha ritenuto non ricevibile il ricorso presentato da alcuni cittadini turchi contro la decisione di costruire una diga e una centrale idroelettrica sul fiume Tigri che avrebbero minacciato il sito archeologico di Hasankeyf. In quel caso i ricorrenti, lamentando una violazione in particolare dell'art. 8 e dell'art. 2 del Protocollo 1, sostenevano che la distruzione del sito archeologico sarebbe andato a loro detrimento così come a quello dell'intera umanità. Infatti, la perdita del suddetto sito avrebbe costituito una violazione del diritto all'istruzione non solo delle generazioni presenti ma anche di quelle future, dato che ogni individuo ha diritto a conoscere il patrimonio culturale e a condividere liberamente le conoscenze. Come accennato, la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso, ma, la cosa interessante ai nostri fini, è che ha sostenuto tale posizione affermando che ancora non era ravvisabile un *consensus* europeo circa

³⁷ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Karner v. Austria*, sentenza, 24 ottobre 2003, application 40016/98, par. 24.

³⁸ Tale dimensione permetterebbe agli individui di agire (e reagire) di fronte ad azioni o omissioni delle autorità statali che, pur non avendo immediatamente un effetto negativo sull'ambiente, sono destinati ad averli in futuro.

³⁹ È interessante notare che la Corte, nel domandare alle parti del caso *Duarte* di presentare le loro osservazioni, ha anche chiesto se, a loro parere, gli Stati convenuti «se sont-ils acquittés des obligations qui leur incombent en vertu des dispositions de la Convention invoquées, lues à la lumière des dispositions et principes pertinents, tels les principes de précaution et d'équité intergénérationnelle, contenus dans le droit international de l'environnement» (cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal and 32 autres Etates*, application 39371/20, 30 novembre 2020, par. 2.3). Richiesta del tutto identica è stata rivolta ai ricorrenti del caso *Verein Klimasenioren Schweiz*, il che evidenzia come la Corte "utilizzi" quali parametri di valutazione anche principi e obblighi discendenti da strumenti internazionali differenti dalla Convenzione e, in particolare, dal diritto internazionale dell'ambiente (cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Verein Klimasenioren Schweiz et autres c. Suisse*, affaire communiqué, 17 marzo 2021, application 53600/20, par. 2.3).

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ahunbay and others v. Turkey*, sentenza, 21 febbraio 2019, application 6080/06.





l'esistenza di un diritto individuale universale inerente alla protezione del patrimonio culturale, mentre tale diritto sembra applicarsi essenzialmente nell'ambito della tutela delle minoranze o dei popoli indigeni⁴¹. Non è questa la sede per esaminare la correttezza della posizione della Corte circa il diritto alla protezione del patrimonio culturale, tuttavia, appare rilevante che il giudice di Strasburgo abbia fatto riferimento alla questione del *consensus* per decidere sull'ammissibilità e non abbia contestualmente negato che i ricorrenti potessero agire "in nome" delle generazioni future. Nella materia ambientale, sarebbe, infatti, difficile sostenere l'insussistenza di detto *consensus* a livello internazionale ed europeo considerando i numerosi strumenti adottati in questo ambito e anche la crescente giurisprudenza interna e internazionale che sempre più vede nelle generazioni future un soggetto meritevole di tutela.

In secondo luogo, gli effetti futuri dell'inquinamento attuale o della mancata adozione di azioni efficaci per contrastarlo, coinvolgeranno non solo le generazioni future ma anche quelle già esistenti, in particolare le più giovani, che hanno, quindi, un interesse diretto ad agire anche a "tutela" del futuro⁴². Su questo presupposto, d'altra parte, si fonda la posizione dei ricorrenti nel caso *Duarte*⁴³, uno dei primi ricorsi inerenti al cambiamento climatico portato davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (nel settembre del 2020) contro 33 Stati parti alla CEDU e attualmente pendente di fronte al giudice di Strasburgo (sebbene la Corte abbia deciso di esaminarlo in via prioritaria). Ugualmente, nella comunicazione *Sacchi* presentata al Comitato ONU per i diritti del fanciullo contro 5 Stati parti alla Convenzione del 1989 i "ricorrenti" affermano

«The authors argue that every day of delay in taking the necessary measures depletes the remaining "carbon budget", the amount of carbon that can still be emitted before the climate reaches unstoppable and irreversible ecological and human health tipping points. They argue that the State party, among other States, is creating an imminent risk as it will be impossible to recover lost mitigation opportunities and it will be impossible to ensure the sustainable and safe livelihood of future generations»⁴⁴.

⁴¹ Cfr., *Ahunbay and others v. Turkey*, cit., par. 25

⁴² In tale ambito, sarà certamente interessante vedere se e quale definizione darà la Corte del concetto di "generazioni future", in particolare, se vi includerà o meno anche le generazioni già nate ma più giovani che, quindi, vedono la loro esistenza proiettata essenzialmente *nel futuro*.

⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Duarte Agostinho et autres*, cit., in cui si legge «Les requérants allèguent également une violation de l'article 14 combiné avec les articles 2 et/ou 8 de la Convention, arguant que le réchauffement climatique touche plus particulièrement leur génération et que, compte tenu de leur âge, les ingérences dans leurs droits sont plus prononcées que celles dans les droits des générations précédentes, eu égard à la détérioration des conditions climatiques qui se poursuivra au fil du temps. [...] Ils se fondent également sur le principe de l'équité intergénérationnelle figurant dans plusieurs instruments internationaux, dont la Déclaration de Rio de 1992 sur l'Environnement et le Développement, le Préambule à l'Accord de Paris et la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique de 1992, selon lequel le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures».

⁴⁴ Comitato per i diritti del fanciullo, *Chiara Sacchi et al. v. Argentina, Brazil, France, Germany, Turkey*, decisione, 11 novembre 2021, comm. 104/2019, 105/2019, 106/2019, 107/2019, 108/2019. Per un commento al parere del Comitato che ha dichiarato la comunicazione inammissibile per mancato esaurimento dei ricorsi interni, si veda, A NOLAN, *Children's Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in Sacchi v Argentina*, in *EJIL:Talk!*, 2021 (disponibile al seguente link ejiltalk.org); M. A. TIGRE, V. LICHET, *The CRC Decision in Sacchi v. Argentina*, in *ASIL Insight*, 2021 (disponibile al seguente link





Si ritiene, invece, meno probabile che una organizzazione non governativa venga ammessa ad agire per il mancato rispetto del diritto ad un ambiente sano e sostenibile delle generazioni future, poiché, da un lato, la giurisprudenza di Strasburgo è, come detto, tendenzialmente costante (se non con le eccezioni che di seguito si richiameranno) nell'affermare che tali organizzazioni hanno la facoltà di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso in cui ritengano di essere vittime di una violazione e non in quanto rappresentanti di coloro che potenzialmente rientrano nell'ambito della loro sfera d'azione in base alla materia di cui l'ente si occupa e/o agli obiettivi che persegue (a meno che, ovviamente, non vi sia un atto di "incarico" da parte delle vittime ad agire per loro conto).

Ugualmente, secondo la giurisprudenza della Corte, le persone fisiche possono agire di fronte ad essa per tutelare solo alcuni diritti e libertà poiché non tutti quelli riconosciuti dalla CEDU rilevano anche in relazione alle persone giuridiche⁴⁵ (si pensi, ad esempio, al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, al diritto al matrimonio, al diritto all'istruzione, alla libertà di coscienza). Così, una organizzazione non governativa non potrà lamentare la violazione del diritto ad un ambiente sano previsto dal Protocollo, ma potrà agire, ad esempio, per il mancato rispetto del diritto a ricevere le informazioni o di accesso alla giustizia in materia ambientale (art. 6). Anche in queste circostanze, però, la tutela delle generazioni future sfuggirebbe alla loro azione; infatti, anche in quei casi in cui la Corte ha adottato un approccio più flessibile circa la legittimazione ad agire di gruppi organizzati, lo ha fatto evidenziando che il ricorso non aveva il carattere di una *actio popularis* poiché perseguiva uno scopo limitato nello spazio e nella sostanza⁴⁶. Tale carattere di specificità sarebbe difficilmente ravvisabile davanti ad un'azione che invochi (anche) la tutela delle generazioni future.

Certo, la Corte potrebbe sostenere che l'eccezionalità della questione, data dal fatto che le generazioni future, a differenza di tutti gli altri individui/gruppi, non possono (né potranno mai) agire autonomamente, e la necessità di garantire effettività ai diritti sanciti dal Protocollo siano motivi sufficienti per giustificare una modifica della giurisprudenza concernente le persone giuridiche, per lo meno in relazione al diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile. A sostegno di ciò si potrebbe richiamare anche la posizione della Corte inerente agli individui *vulnerabili*. Infatti, in alcuni casi essa ha permesso ad organizzazioni di agire in nome di una vittima, pur in assenza di qualunque "mandato" da

<https://www.asil.org/insights>); L. MAGI, *Cambiamento climatico e minori: prospettive innovative e limiti delle decisioni del Comita.to per i diritti del fanciullo nel caso Sacchi e altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 157 ss.

⁴⁵ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Oriente di Palazzo Giustiniani c. Italia*, decisione, 21 ottobre 1999, application 35972/97; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Savez Crkava "Rijec Zivota" and others v. Croatia*, sentenza, 9 dicembre 2010, application 7798/08.

⁴⁶ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *L'Erablière A.S.B.L. v. Belgium*, sentenza, 24 febbraio 2009, application 49230/07, in cui la Corte ha evidenziato che «The reason why the Convention does not allow an *actio popularis* is to avoid cases being brought before the Court by individuals complaining of the mere existence of a law applicable to any citizen of a country, or of a judicial decision to which they are not [...]. The Court considers, however, in view of the circumstances of the present case, and in particular the nature of the impugned measure, the status of the applicant association and its founders and the fact that the aim it pursued was *limited in space and in substance*, that the general interest defended by the applicant association in its application for judicial review cannot be regarded as an *actio popularis*» (par. 29) (corsivo aggiunto).





parte di quest'ultima, in ragione della sua vulnerabilità⁴⁷. Tuttavia, questi casi concernevano situazioni molto particolari (individui con gravi disabilità mentali, detenuti, privi di parenti) le cui caratteristiche sono difficilmente rinvenibili in relazione alle generazioni future in quanto gruppo. Potrebbe, quindi, venire in rilievo il concetto di gruppo vulnerabile anch'esso sviluppato dalla giurisprudenza della Corte e inerente a quelle collettività che, essendo oggetto di esclusione sociale e discriminazione, si trovano in una posizione svantaggiata rispetto agli altri gruppi presenti in una data società (posizione che si riflette negativamente sulla fruizione dei diritti da parte dei membri a queste appartenenti)⁴⁸. Per poter includere le generazioni future in questa categoria sarebbe, però, necessario interpretare il termine "discriminazione" in senso estensivo, così da includervi anche quella tra generazioni, non potendosi ritenere che le generazioni future siano vittime di esclusione sociale da parte delle generazioni presenti.

Infine, una eventuale modifica della posizione del giudice di Strasburgo circa la facoltà di azione delle organizzazioni non governative potrebbe trasformare il sistema di controllo della CEDU in un sistema aperto anche all'*actio popularis* (pure se in una materia ben delimitata) e ciò senza che sia intervenuto il consenso degli Stati parti alla Convenzione. In tale senso, sarà importante la decisione che la Corte adotterà relativamente al ricorso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* attualmente pendente davanti alla Corte e inerente sempre alla mancata azione statale in materia di contrasto al cambiamento climatico e in cui uno dei ricorrenti è una persona giuridica⁴⁹. L'organo giudiziale dovrà, infatti, determinare se l'ONG ricorrente possa essere considerata vittima attuale o potenziale di una violazione degli articoli 2 e 8 della Convenzione a causa delle (presunte) omissioni da parte dello Stato svizzero.

Vi è, da ultimo, un terzo soggetto che potrebbe agire per le generazioni future, ossia qualunque Stato parte alla Convenzione e al futuro Protocollo. L'art. 33 della CEDU, prevedendo i ricorsi interstatali, statuisce che ogni Stato parte può deferire alla Corte ogni violazione del testo convenzionale che ritenga imputabile ad un'altra parte contraente. In tale caso, si prescinde dall'esistenza di qualunque legame tra lo Stato ricorrente e l'individuo vittima della violazione; ciò significa che, di fronte alla violazione di uno dei diritti del Protocollo, ogni parte potrebbe "agire" davanti alla Corte contro lo Stato ritenuto responsabile, anche in nome delle generazioni future vista la formulazione del diritto ad

⁴⁷ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu v. Romania*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Association for the defence of human rights in Romania-Helsinki Committee on behalf of Ionel Garcea v. Romania*, 24 marzo 2015, application 2959/11.

⁴⁸ La Corte ha ravvisato tale vulnerabilità in particolare in relazione ai Rom, alle persone con disabilità, alle persone affette da HIV, ai richiedenti asilo. Cfr., fra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Chapman v. The United Kingdom*, 18 gennaio 2001, application 27238/95; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *DH and Others v. the Czech Republic*, 13 novembre 2007, application 57325/00; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sampanis and others v. Greece*, 5 giugno 2008, application 32526/05; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kiyutin v. Russia*, 10 marzo 2011, application 2700/10; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Yordanova v. Bulgaria*, 2 ottobre 2012, application 5126/05; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Burlyta and others v. Ukraine*, 6 novembre 2018, application 3289/10.

⁴⁹ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, cit. Il 29 aprile 2022 la Corte ha annunciato che il caso verrà deciso dalla Grande Camera. Di conseguenza, questo sarà probabilmente il primo caso inerente al cambiamento climatico su cui la Corte europea adotterà una decisione. Cfr., E. SCHMID, *Victim Status before the ECtHR in Cases of Alleged Omissions: The Swiss Climate Case*, in *Ejil:Talk!*, 2022, disponibile su ejiltalk.org.





ambiente sicuro, sano, pulito e sostenibile fornita dal testo protocollare. Tuttavia, la prassi fin qui sviluppata in materia di ricorsi interstatali induce a ritenere questa ipotesi molto remota poiché gli Stati si sono dimostrati estremamente restii a utilizzare tale mezzo. Gli unici ricorsi fino ad ora esperiti in base all'art. 33 CEDU si sono "inseriti" in situazioni di già forte crisi e tensione tra gli Stati protagonisti del reclamo e, quindi, non hanno perseguito tanto l'obiettivo di garantire il rispetto della CEDU quanto quello di esercitare una ulteriore pressione sulla controparte⁵⁰.

3.3. Il concetto di giurisdizione statale e l'azione a tutela delle generazioni future

In base al testo convenzionale (art. 1), gli Stati parti alla CEDU riconoscono i diritti e le libertà ivi garantiti alle persone soggette alla loro giurisdizione e, di conseguenza, da tali persone potranno essere chiamati a rispondere di eventuali violazioni. Come è risaputo, la Corte, ha dato una interpretazione di giurisdizione statale piuttosto ampia ritenendola esistente nel momento in cui uno Stato parte è in grado di esercitare la sua potestà su un territorio o su individui, tanto entro quanto al di fuori dei confini nazionali⁵¹ (la c.d. applicazione extraterritoriale della Convenzione). Alla luce di questa interpretazione, le generazioni future come possono essere considerate "soggette alla giurisdizione" di uno Stato parte?

Per quanto attiene alle generazioni che popoleranno il territorio nazionale, difficilmente si può mettere in dubbio che queste siano soggette alla giurisdizione dello Stato che lì esercita il suo potere (legislativo, amministrativo, giudiziario, ecc.). Infatti, le decisioni politiche e gli atti normativi adottati oggi avranno necessariamente effetti (positivi o negativi) su tali generazioni, effetti che non sono solo "immaginati" ma dimostrabili per mezzo dei dati scientifici. D'altra parte, su questo presupposto si fonda la responsabilità intergenerazionale che viene posta tra i principi che dovrebbero guidare le autorità nella determinazione delle politiche e delle scelte attuali in campo ambientale. Le politiche nazionali inerenti all'ambiente decise sovranamente dallo Stato rappresentano, quindi, la causa diretta (forse non esclusiva, ma certamente principale) del rispetto o della violazione del diritto ad un ambiente sano anche delle generazioni che in futuro su quel territorio condurranno la loro esistenza.

Ci si potrebbe, poi, chiedere se la giurisdizione statale possa ravvisarsi pure extraterritorialmente e nei confronti delle generazioni future che vivranno sui territori di altri Paesi, considerate le conseguenze che le decisioni statali in materia di ambiente possono avere anche al di fuori dei confini nazionali.

Appaiono rilevanti in questo senso alcune posizioni adottate negli ultimi anni da corti o organi internazionali chiamati a "pronunciarsi" sul rapporto tra ambiente e diritti umani. Nell'opinione consultiva

⁵⁰ Emblematico in tale senso è proprio il ricorso presentato, da ultimo, dall'Ucraina nei confronti della Federazione Russa a seguito della guerra di aggressione scatenata da quest'ultima e che ha portato la Corte ad adottare misure cautelari (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ukraine v. Russia*, 1 marzo 2022, application 11055/22). Sulla cessazione dello status di membro del Consiglio d'Europa della Federazione Russa si veda, C. ZANGHÌ, *La problematica partecipazione della Federazione Russa al Consiglio d'Europa: dall'ammissione alla perdita dello status di membro*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, 318 ss.

⁵¹ Cfr., tra gli altri, P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; R. SAPIENZA, A. COSSIRI, *Articolo 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 13 ss.; M. MILANOVICH, *Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, in A. VAN AAKEN, I. MOTOC (eds.), *The ECHR and General International Law*, Oxford, 2018, 97 ss.



adottata nel 2017 dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, proprio in materia di ambiente e diritti umani, il concetto di giurisdizione è stato interpretato, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo, in senso ampio e innovativo⁵². L'organo richiamato ha affermato che, in caso di danno ambientale transfrontaliero, gli Stati sotto il cui controllo si è svolta l'attività inquinante saranno considerati esercitanti la giurisdizione su ogni individuo che abbia subito una violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo a causa dell'attività inquinante, a prescindere dal fatto che si trovino o meno sul territorio dello Stato. In tale caso, quindi, il carattere extraterritoriale della giurisdizione non dipenderà dal fatto che le autorità statali controllano un territorio straniero o esercitano una potestà su un individuo nel territorio di un altro Paese, ma dal legame causale esistente tra l'attività (inquinante) controllata dallo Stato e la violazione dei diritti di individui residenti nel territorio di un'altra nazione⁵³, considerato anche che «Activities undertaken within the jurisdiction of a State Party should not deprive another State of the ability to ensure that the persons within its jurisdiction may enjoy and exercise their rights under the Convention»⁵⁴. Il medesimo orientamento lo ritroviamo nel *General Comment n. 36* del Comitato ONU per i diritti umani inerente al diritto alla vita⁵⁵ nonché nel parere del Comitato ONU per i diritti del fanciullo relativo alla comunicazione *Sacchi e altri*⁵⁶ (sebbene quest'ultimo riguardi in maniera più specifica il tema del cambiamento climatico e delle emissioni di gas serra).

La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, in previsione dell'esame del ricorso nel su citato caso *Duarte*, ha chiesto, *inter alia*, alle parti di fornire le proprie valutazioni inerenti alla rilevanza per i ricorrenti della giurisdizione dei 33 Stati convenuti in base all'art. 1 CEDU per come interpretato dalla Corte, stanti anche gli obblighi assunti a livello internazionale in materia di contrasto al riscaldamento climatico⁵⁷. Ora, la Corte potrebbe essere indotta a seguire un approccio simile a quello degli organi internazionali richiamati, proprio dati gli obblighi positivi che incombono sugli Stati parti, il fatto che lo

⁵² Corte interamericana dei diritti umani, *The Environment and Human Rights*, 15 novembre 2017, OC-23/17, par. 71 ss.

⁵³ « For the purposes of the American Convention, when transboundary damage occurs that affects treaty-based rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the jurisdiction of the State of origin, if there is a causal link between the act that originated in its territory and the infringement of the human rights of persons outside its territory». E ancora «In cases of transboundary damage, the exercise of jurisdiction by a State of origin is based on the understanding that it is the State in whose territory or under whose jurisdiction the activities were carried out that has the effective control over them and is in a position to prevent them from causing transboundary harm that impacts the enjoyment of human rights of persons outside its territory» (*Ibid*, par. 101, 102).

⁵⁴ *Ibid*, par. 101.

⁵⁵ L'organo onusiano sottolinea che gli Stati parti devono assicurare «that all activities taking place in whole or in part within their territory and in other places subject to their jurisdiction, but having a direct and reasonably foreseeable impact on the right to life of individuals outside their territory [...] are consistent with article 6» (Comitato per i diritti umani, *General Comment n. 36. Article 6: right to life*, 3 settembre 2019, CCPR/C/GC/36, par. 22). Il concetto di giurisdizione viene, quindi, anche qui inteso come capacità di controllare le attività che si svolgono sul territorio statale.

⁵⁶ Comitato per i diritti del fanciullo, *Chiara Sacchi et al. v. Argentina, Brazil, France, Germany, Turkey*, cit., par. 10.7, dove si accoglie l'impostazione secondo la quale i fanciulli rientrano sotto la giurisdizione dello Stato parte sul cui territorio le emissioni hanno avuto origine, ammesso che ci sia un collegamento causale tra tali emissioni e gli effetti negativi sui diritti dei minori residenti all'estero.

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal and 32 autres Etates*, cit.





Stato controlli le attività all'origine delle emissioni nocive che per loro natura non sono destinate a rimanere sul territorio nazionale e che a livello internazionale è ben stabilito il principio della responsabilità per i danni (ambientali) transfrontalieri.

Tuttavia, anche ad ammettere che l'esercizio della giurisdizione possa estendersi pure alle generazioni future di altri Stati, di per sé ciò non è sufficiente affinché uno Stato parte sia chiamato a rispondere dell'eventuale violazione del Protocollo⁵⁸. Sarebbe, infatti, necessario dimostrare che esiste un legame causale *diretto* tra le attività inquinanti e la mancata azione di contrasto da parte dello Stato e il pregiudizio arrecato al diritto ad un ambiente sano, sicuro, pulito e sostenibile di quanti vivono (e vivranno) al di fuori del suo territorio. In tale senso particolare rilevanza avrebbero le evidenze scientifiche, ma bisognerebbe comunque superare il problema dell'attribuzione della responsabilità. Se in alcuni casi l'attività inquinante che ha effetti al di là del territorio statale ha chiaramente origine in uno Stato che potrà, quindi, essere considerato responsabile delle lesioni dei diritti che ne derivano, in altri casi (ci si riferisce in particolare a quelli attinenti al cambiamento climatico⁵⁹) vi sarebbe la difficoltà di determinare se gli effetti negativi in termini di fruizione del diritto dipendano dall'azione o inazione dello Stato straniero o di quello nazionale o di entrambi o, ancora, di tutti gli Stati esistenti al mondo⁶⁰. La Corte, considerando il carattere particolare della questione ambientale, potrebbe ben decidere di applicare criteri differenti⁶¹, facendo, ad esempio, discendere la responsabilità per la violazione del

⁵⁸ Come è stato ben chiarito dalla stessa Corte: «the test for establishing the existence of “jurisdiction” under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State’s responsibility for an internationally wrongful act under general international law» (cfr., Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Catan and Others v. Republic of Moldova and Russia* [GC], 19 Ottobre 2012, application 48787/99, par. 115; Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Jaloud v. The Netherlands*, 20 November 2014, application n. 47708/08, par. 154; Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Georgia v. Russia (II)*, 21 January 2021, application 38263/08, par. 163).

⁵⁹ Su tali problematiche, si veda I. GUBBAY, C. WENZLER, *Intergenerational Climate Change Litigation: The First Climate Communication to the UN Committee on the Rights of the Child*, in I. ALOGNA, C. BAKKER, J-P. GAUCI (eds.), *Climate Change Litigation. Global Perspective*, Leiden, Boston, 2021, 343 ss., 360-361.

⁶⁰ Nel caso *Urgenda* il giudice olandese aveva evidenziato che, pure se lo Stato contribuisce in maniera ridotta al cambiamento climatico dato il carattere globale dello stesso, comunque esso non può essere considerato esente da responsabilità. Questo ragionamento, pur apparendo condivisibile, pone alcune questioni ad esempio in termini di riparazione. Se, infatti, questa viene definita nel senso di imporre allo Stato di adottare misure legislative e/o amministrative interne che fin da ora contribuiscono a ridurre l'inquinamento *nulla quaestio*, ma se tale riparazione include anche un risarcimento del danno per le vittime, lo Stato dovrà essere chiamato a rispondere solo per la sua “parte” di inquinamento o per il danno complessivo subito dal ricorrente? E nel primo caso, come calcolare quella parte? Sulle questioni problematiche sollevate dal carattere extraterritoriale della giurisdizione in caso di inquinamento con particolare riferimento all'opinione della Corte interamericana poco sopra richiamato, si veda, da ultimo, E. CARPANELLI, *International Human Rights Law and Transboundary Environmental Harm: Trends and Challenges*, in M. ARCARI, I. PAPANICOLOPULU, L. PINESCHI (eds.), *Trends and Challenges in International Law*, Cham, 2022, 13 ss.

⁶¹ Il Presidente della Corte, il giudice Robert Spano, ha correttamente evidenziato nel suo discorso di celebrazione del settantesimo anniversario della Convenzione il necessario equilibrio tra il rispetto dei limiti imposti dalla Convenzione all'azione della Corte e l'esigenza di rendere effettivi i diritti ivi sanciti: «the already established case-law in environmental cases before the Court demonstrates a certain conceptual trajectory, the logical extension of which remains to be determined by the Court using its traditional methodological approaches. [...] we are present in a transformative moment in human history, a moment of planetary impact and importance. No one can legitimately call into question that we are facing a dire emergency that requires concerted action by all of





diritto ad un ambiente sano (anche) di chi risiede su territori stranieri dall'effetto transfrontaliero di politiche nazionali miopi e inefficaci in termini di riduzione dell'inquinamento e, quindi, irrispettose del principio di precauzione (ben stabilito nell'ordinamento internazionale e previsto anche nel Protocollo qui in commento)⁶². Ma queste sono osservazioni *de iure condendo* in attesa dei futuri sviluppi della giurisprudenza CEDU e, in generale, del sistema del Consiglio d'Europa in materia ambientale.

4. Prospettive future

Quanto fin qui esposto mostra che, qualora il proposto Protocollo addizionale alla CEDU fosse adottato, la tutela delle generazioni future, per mezzo del sistema di controllo previsto dalla Convenzione, potrebbe aversi attraverso l'azione di individui che attualmente si ritengono vittime della violazione del diritto ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile, data l'impossibilità di un'azione diretta di tali generazioni. Inoltre, tale tutela "mediata" sarà possibile se la futura giurisprudenza della Corte, fondandosi anche su principi quali la responsabilità intergenerazionale e il divieto discriminazione tra generazioni (previsti dal medesimo Protocollo), ammetterà l'esistenza di un interesse dei ricorrenti attuali alla tutela della collettività futura e riterrà estendibile il concetto di giurisdizione statale anche a ricomprendere le generazioni che ancora non esistono.

Tuttavia, l'adozione del Protocollo addizionale costituirebbe un tassello importante nell'azione internazionale protesa a dare una risposta efficace a coloro che «in every country are striving for a world in which everyone can enjoy the human rights that depend upon a safe, clean, healthy and sustainable environment»⁶³. Esso si inserirebbe in una tendenza sempre più estesa, anche a livello interno, e inerente all'affermazione esplicita di un diritto ad un ambiente sano, sicuro, pulito e sostenibile pure a tutela delle generazioni future. Come già detto, ciò integrerebbe il testo convenzionale con l'affermazione di un diritto individuale e collettivo oggi di fondamentale importanza viste le sfide che l'umanità sta affrontando per proteggere il pianeta (e i suoi abitanti). Principi come quello di prevenzione, di precauzione, di responsabilità intergenerazionale e di non discriminazione tra le generazioni verrebbero ad essere parametri di giudizio per la Corte. Ciò sarebbe decisamente rilevante, soprattutto, per l'ultimo principio che, a differenza dei primi due, non ha trovato spazio nella giurisprudenza della Corte. Né avrebbe potuto essere diversamente in considerazione del fatto che esso è difficilmente applicabile ai diritti che, fino ad oggi, sono stati invocati per estendere la protezione del sistema convenzionale anche al diritto ad un ambiente salubre. Si permetterebbe, così, alla Corte di valutare la violazione di tale diritto di per sé, senza doverla determinare attraverso il mancato rispetto di altri

humanity. For its part, the European Court of Human Rights will play its role within the boundaries of its competences as a court of law forever mindful that Convention guarantees must be effective and real, not illusory».

⁶² Si potrebbe, così, aprire la strada al riconoscimento di una responsabilità collettiva degli Stati in tale ambito. In tale senso appare significativo, per gli sviluppi in materia ambientale, il fatto che la Corte, trattando di crimini transfrontalieri, abbia sostenuto che il carattere speciale della Convenzione, in quanto trattato «for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms», «may, in some circumstances, imply a duty for Contracting States to act jointly and to cooperate in order to protect the rights and freedoms they have undertaken to secure within their jurisdiction» (cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, 29 January 2019, application n. 36925/07, par 232).

⁶³ Cfr., Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, cit., par. 20.





diritti sanciti dal testo convenzionale, rendendo più agevole anche l'imposizione allo Stato dell'adozione di misure a carattere generale qualora detta violazione derivasse da problemi strutturali dell'ordinamento nazionale.

Gli innegabili effetti utili che tale nuova condizione avrebbe in termini di tutela degli individui (presenti e futuri) soggetti alla giurisdizione degli Stati parti si andrebbero a sommare all'orientamento di varie corti interne europee che riconosce un obbligo in capo alle autorità nazionali di adottare immediate misure efficaci a tutela dell'ambiente. Vero è che ciò si è affermato, in particolare, in relazione alla riduzione di emissioni di gas serra e alla lotta al cambiamento climatico, però, non appare difficile ritenere che il medesimo parametro possa essere utilizzato in altri casi di inquinamento ambientale che abbia effetti estesi e duraturi; ciò anche grazie al dialogo e alla *cross-fertilization* tra la Corte di Strasburgo e le corti nazionali. La responsabilità intergenerazionale verrebbe così ad essere uno dei parametri di valutazione del rispetto da parte dello Stato degli obblighi internazionali assunti non solo in materia di tutela dell'ambiente ma anche di protezione dei diritti dell'uomo.

In tale senso, viene in rilievo pure la riforma della Carta costituzionale italiana a cui si è accennato in apertura laddove il novellato art. 9 prevede esplicitamente che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future». Tale interesse, tra l'altro già richiamato in passato dalla Corte costituzionale in alcune sue sentenze⁶⁴, viene così a costituire un parametro interno di legittimità della legislazione adottata a livello nazionale in materia di tutela ambientale, «imponendo istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti specificamente orientati a considerare gli effetti di lungo periodo di quelle scelte e rendendo queste ultime, al tempo stesso, misurabili e valutabili nella sede di un sindacato giudiziale»⁶⁵. Ciò sembra avere ancora maggiore rilevanza se si considera che il su richiamato articolo 9 rientra tra i primi dodici articoli della Costituzione italiana che affermano i «principi fondamentali» della stessa, articoli che fino ad ora non erano mai stati modificati o integrati.

Nel caso in cui, poi, fosse adottato il Protocollo alla CEDU qui esaminato la legislazione nazionale potrebbe essere oggetto di scrutinio di costituzionalità sia dal punto di vista dell'art. 9 che dell'art. 117 Cost. anche per quanto attiene la tutela delle generazioni future.

Più in generale, la riforma costituzionale richiamata costituisce una base per la possibile adozione, da parte delle corti nazionali, di posizioni simili a quelle di altre corti europee richiamate nel corso di questo scritto. Ciò concorrerebbe a confermare l'esistenza di un *consensus* europeo circa la necessità di considerare pure le esigenze delle generazioni future nell'azione concernente la tutela ambientale (e non solo), il che potrebbe incidere positivamente anche sull'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in questo ambito.

⁶⁴ Cfr., Corte Costituzionale, sentenza 18 del 2019; Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2020. Relativamente alla sentenza n. 18, cfr., A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale e democratica" e "intergenerazionale"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, 216 ss.; G. BOGGERO, *La Corte costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *Diritti-comparati.it*, 2019.

⁶⁵ Cfr., M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 285 ss., 311





Poiché la questione ambientale «costringe il diritto a confrontarsi con una sorta di rimescolamento spazio-temporale, in cui le tematiche trattate sono *contemporaneamente* a-croniche e sin-croniche, *attraverso* il tempo e *oltre* lo spazio»⁶⁶, ci si auspica che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vada nel senso sopra indicato così da tutelare anche chi oggi non ha voce e da indurre gli Stati a implementare i loro obblighi di *due diligence* e ad assumersi una responsabilità che non è più rinviabile⁶⁷. Le decisioni che il giudice di Strasburgo adotterà sui ricorsi inerenti al cambiamento climatico, a partire dal caso *Duarte*, costituiranno un importante banco di prova dell'orientamento che la Corte vorrà seguire in materia ambientale e un segnale significativo inviato agli Stati anche in relazione all'adozione del Protocollo proposto dall'Assemblea parlamentare.

⁶⁶ R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), op. cit., IX ss., XIII.

⁶⁷ È stato efficacemente evidenziato che in relazione all'equità intergenerazionale «è possibile parlare di una vera e propria regola giuridica, purchè non si imposti la questione in termini di «diritti» delle generazioni future, ma di responsabilità degli Stati nel considerare le esigenze delle generazioni presenti e future tra loro integrate, come parametro per la valutazione dell'effettivo rispetto dell'obbligo di diligenza che le norme internazionali già impongono agli Stati in materia di sviluppo dei processi decisionali di carattere ambientale» (cfr., L. PINESCHI, *Equità intergenerazionale e diritto internazionale dell'ambiente: principio meta-giuridico o regola di diritto?*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 113 ss., 139). Sulla medesima posizione, nel senso di interpretare l'esigenza di tutela degli interessi delle generazioni future come un *dovere* della generazione presente anziché di un *diritto* delle generazioni future, M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), op. cit., 423 ss.).



Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici

*Francesco Gallarati**

CONSTITUTION-BASED CLIMATE LITIGATION: COMPARATIVE STUDY ON THE INVOCATION OF NATIONAL CONSTITUTIONS IN CLIMATE LITIGATIONS

ABSTRACT: Although the dissemination of environmental provisions in national constitutions is by now a consolidated phenomenon at a global level, it remains to be seen whether the adoption of these clauses actually increased the weight of environmental reasoning in the balancing process with other constitutional values. In order to assess the effectiveness of these provisions, this paper aims to analyze how constitutional clauses have been used by the parties or by the judges in climate litigations up to now. Some diachronic and synchronic classifications of these cases will then be proposed, according to the type of judgments in which the constitutional norms have been invoked and to the content of the environmental clauses deployed in those litigations.

KEYWORDS: Climate litigation; constitutional justice; environmental rights; environmental constitutionalism; climate constitutionalism

ABSTRACT: Nonostante la diffusione di disposizioni di contenuto ambientale nelle costituzioni sia un fenomeno ormai consolidato a livello globale, resta da verificare se l'adozione di tali clausole abbia effettivamente comportato un rafforzamento delle argomentazioni ambientali nel bilanciamento con altri valori costituzionali. Al fine di valutare l'efficacia di tali disposizioni, nel presente contributo si analizzerà come il parametro costituzionale sia stato adoperato dalle parti o dai giudici nei contenziosi climatici proposti fino a questo momento. Verranno quindi proposte alcune classificazioni diacroniche e sincroniche dei casi esaminati, a seconda della tipologia di giudizi in cui le disposizioni costituzionali sono state invocate e del contenuto delle clausole ambientali adoperate nei suddetti contenziosi.

PAROLE CHIAVE: Contenziosi climatici; giustizia costituzionale; diritti ambientali; costituzionalismo ambientale; costituzionalismo climatico

SOMMARIO: 1. Finalità e oggetto della ricerca – 2. L'evoluzione diacronica delle argomentazioni costituzionali nel contenzioso climatico – 3. Le categorie di contenziosi climatici in cui vengono invocate le disposizioni costituzionali – 3.1. I contenziosi volti all'annullamento di autorizzazioni per attività inquinanti – 3.2. I contenziosi proposti

* *Ricercatore di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Genova. Mail: francesco.gallarati@unige.it. Il contributo è stato selezionato nell'ambito della call "Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost." ed è stato sottoposto a referaggio.*



per rimediare all'inerzia dei poteri pubblici – 3.3. I contenziosi avverso le misure adottate in materia climatica – 4. Il contenuto delle disposizioni costituzionali invocate nel contenzioso climatico – 5. Alcune considerazioni finali, tra aspettative deluse e nuove speranze.

1. Finalità e oggetto della ricerca

Come noto, l'inserimento della tutela dell'ambiente nelle costituzioni nazionali è un fenomeno che ha avuto inizio in Europa intorno alla metà degli anni '70 del secolo scorso e poi da lì si è diffuso, in momenti successivi, in tutto il mondo¹. Alcuni studi recenti mostrano che, ad oggi, le costituzioni di oltre 150 Paesi contengono riferimenti all'ambiente², mentre 110 Paesi accordano protezione costituzionale al diritto ad un ambiente salubre, in alcuni casi attraverso una menzione esplicita, in altri tramite un'interpretazione estensiva di altri diritti costituzionali³. A questa forma più tradizionale di costituzionalismo ambientale, si è andato poi affiancando più recentemente il fenomeno del c.d. "costituzionalismo climatico", caratterizzato dall'inserimento in costituzione di clausole specificamente dedicate all'emergenza climatica⁴. Come si è già evidenziato in un altro contributo⁵, ad oggi soltanto le costituzioni di dieci Paesi contengono clausole di questo tipo⁶, tuttavia questo numero è con ogni probabilità destinato a crescere nei prossimi anni, considerata l'elevata frequenza di clausole climatiche nelle costituzioni di più recente adozione⁷ ed i progetti di revisione costituzionale in discussione in Cile⁸ e in Francia⁹.

¹ Per una ricostruzione diacronica dell'evoluzione del costituzionalismo ambientale, v. D. AMIRANTE, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, num. spec., 2019, 1-32.

² UN Environment, "Environmental Rule of Law: First Global Report" (2019).

³ V. il report "Right to a healthy environment: good practices", predisposto dallo Special Rapporteur delle Nazioni Unite su ambiente e diritti umani, D.R. Boyle, consultabile al seguente link <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/355/14/PDF/G1935514.pdf?OpenElement>.

⁴ Il fenomeno del costituzionalismo climatico, benché di recente emersione, ha già formato oggetto di alcuni studi giuridici a livello internazionale. Sul concetto di *global climate constitutionalism*, in particolare, v. J. JARIA-MANZANO, S. BORRÁS (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Cheltenham, 2019, e gli scritti ivi contenuti, tra cui si segnalano J. JARIA-MANZANO, S. BORRÁS, *Introduction to the Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, 1-16 e L. KOTZÉ, *A global environmental constitution for the Anthropocene's climate crisis*, 50-74 e J.R. MAY, E. DALY, *Global climate constitutionalism and justice in the courts*, 235-245. V. inoltre A.O. JEGEDE, *Climate Change and Environmental Constitutionalism: A Reflection on Domestic Challenges and Possibilities*, in E. DALY, J.R. MAY (eds.), *Implementing environmental constitutionalism: Current global challenges*, Cambridge, 2018, 84-99. Nella dottrina italiana, si veda il recente volume di P. VIOLA, *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*, Cham, 2022, spec. 41 ss.

⁵ F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in corso di pubblicazione in DPCE Online, 2, 2022.

⁶ Si tratta delle costituzioni di Algeria, Costa d'Avorio, Cuba, Ecuador, Repubblica Dominicana, Tailandia, Tunisia, Venezuela, Vietnam e Zambia.

⁷ Infatti, se si prendono in considerazione le sole costituzioni adottate a partire dal 2016, la percentuale di costituzioni che contengono al proprio interno delle clausole climatiche risulta pari al 44%; percentuale che sale al 66% se si limita l'analisi alle sole costituzioni adottate a partire dal 2019.

⁸ Si noti infatti che, benché il processo costituente cileno sia ancora in corso, la bozza pubblicata dalla Convención Constitucional il 14 maggio 2021 contiene un intero articolo dedicato alla "Crisis climática y ecológica".

⁹ Nel 2020, il Governo francese aveva presentato un progetto di legge costituzionale che mirava ad inserire all'art. 1 della Costituzione il principio secondo cui «Elle [La France] garantit la préservation de l'environnement et de la



Nonostante la diffusione di disposizioni di contenuto ambientale o climatico nelle costituzioni dei Paesi di tutto il mondo sia stata oggetto di diversi studi nella dottrina italiana¹⁰ e straniera¹¹, un aspetto che rimane da approfondire riguarda l'efficacia giuridica di tali clausole. La questione che si pone, in altre parole, è se il formale inserimento dell'ambiente all'interno delle costituzioni abbia comportato l'attribuzione di un maggior peso alle argomentazioni ambientali nei giudizi costituzionali¹².

Sebbene infatti l'inserimento in costituzione di clausole dedicate all'ambiente o al clima possa rispondere a diverse esigenze, ivi compresa quella di affermare un principio politico-simbolico, è tuttavia innegabile che la finalità principale di queste disposizioni sia quella di rafforzare il valore giuridico delle considerazioni di natura ambientale nell'ambito del bilanciamento con altri valori costituzionali, attraverso l'affermazione di un obbligo giuridico dello Stato di tutelare l'ambiente e/o mediante l'attribuzione in capo ai cittadini di diritti soggettivi direttamente azionabili.

La giustiziabilità delle clausole costituzionali in materia di ambiente, ovvero la loro capacità di essere invocate in giudizio per corroborare le ragioni della tutela dell'ambiente in confronto ad interessi di diversa natura, è dunque un elemento fondamentale (sebbene non l'unico) di cui occorre tenere conto per valutare la relativa efficacia. Se questo è vero, un criterio utilmente impiegabile per valutare l'efficacia giuridica delle suddette clausole può essere rinvenuto nella frequenza dell'invocazione delle stesse nell'ambito dei contenziosi in materia ambientale e dal peso attribuito agli argomenti di natura costituzionale nelle decisioni adottate all'esito dei suddetti contenziosi.

Partendo da queste premesse, il presente contributo si propone di effettuare una valutazione in merito all'efficacia delle disposizioni costituzionali in materia ambientale, sulla base dell'utilizzo che queste hanno avuto in quella particolare categoria di contenzioso ambientale che viene comunemente denominata "contenzioso climatico".

Secondo una definizione ricorrente nella dottrina specializzata, per contenzioso climatico si intende «qualsiasi contenzioso amministrativo o giudiziale, di livello federale, statale o locale, in cui gli atti delle parti o le decisioni dei tribunali sollevano direttamente ed espressamente una questione di fatto o di

diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique». Dopo due letture, il 6 luglio 2021 il progetto è stato però ritirato dal Primo ministro francese, a causa dell'impossibilità di raggiungere un accordo sullo stesso testo tra l'Assemblea Nazionale e il Senato.

¹⁰ D. AMIRANTE (a cura di), *Diritto ambientale e costituzione. Esperienze europee*, Milano, 2000; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, I, 101-150; C. SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, Milano, 2014.

¹¹ Uno dei primi e più influenti studi sulla diffusione di riferimenti all'ambiente nelle costituzioni nazionali è sicuramente D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, 2012. Più di recente, si vedano tra gli altri J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, 2014; R. O'GORMAN, *Environmental Constitutionalism: A Comparative Study*, in *Transnational Environmental Law*, 6, 3, 2017, 435-62, nonché le raccolte di scritti curate da J.R. MAY, E. DALY (eds.), *Implementing Environmental Constitutionalism*, cit.; A. GREAR, L. KOTZÉ (eds.), *Research Handbook on Human Rights and the Environment*, Cheltenham, 2015.

¹² Su questo argomento v. anche C. JEFFORDS, L. MINKLER, *Do Constitutions Matter? The Effects of Constitutional Environmental Rights Provisions on Environmental Outcomes*, in *Kyklos*, 2016, 69, 2, 294-335; N. RHÜS & A. JONES, *The Implementation of Earth Jurisprudence through Substantive Constitutional Rights of Nature*, in *Sustainability*, 8, 174, 2016, 1-19.



diritto riguardante le cause e gli effetti del cambiamento climatico o delle politiche ad esso correlate»¹³.

In dottrina sono state avanzate diverse classificazioni dell'ormai ingente numero di casi riconducibili alla categoria del "contenzioso climatico"¹⁴, in considerazione in particolare della natura dei soggetti nei confronti dei quali le azioni sono rivolte (Stati o imprese) o della finalità di interesse pubblico perseguita dai ricorrenti (c.d. *public interest litigation*)¹⁵. Altri autori hanno poi catalogato i contenziosi climatici in base alla tipologia di argomentazioni addotte a fondamento dell'azione delle parti o della decisione del giudice, distinguendo a seconda che l'accento sia posto sulla responsabilità civile per i danni derivanti dal cambiamento climatico (*tort-based litigation*) o sulla violazione dei diritti umani causati dal cambiamento climatico (*rights-based litigation*)¹⁶.

Quest'ultima categoria di contenziosi, in particolare, ha formato oggetto di diversi studi nella dottrina recente¹⁷, che ne ha proposto alcune classificazioni basate, tra l'altro, sulle fonti di provenienza dei diritti invocati in questi contenziosi, distinguendo tra i diritti umani contenuti in convenzioni sovranazionali, i diritti di protezione fondati sulla *public trust doctrine* propria degli ordinamenti di *common law*, e i diritti costituzionali¹⁸.

La presente ricerca si pone nel solco di questa riflessione, essendo volta ad analizzare quella particolare categoria di contenzioso, che d'ora in avanti si definirà "di tono costituzionale", in cui siano invocate

¹³ Traduzione libera da D. MARKELL, J.B. RUHL, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, in *Florida Law Review*, 2012, 64, 1, 15 ss.

¹⁴ Per una rassegna e sistematizzazione dei contenziosi climatici proposti a livello globale, un riferimento fondamentale sono i report pubblicati periodicamente dall'United Nations Environment Programme. In particolare, si vedano gli ultimi due report: "Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review" (2020) e "The Status of Climate Change Litigation: A Global Review" (2017). Si vedano inoltre i report pubblicati annualmente dal Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment. Per alcune proposte di classificazione di questi contenziosi, v. in dottrina M.B. GERRARD, M. WILENSKY, *The role of the national courts in GHG emissions reductions* in M. FAURE (ed), *Elgar Encyclopaedia of Environmental Law*, Cheltenham, 2016; H.M. OSOFSKY, J. PEEL, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, CUP, 2015; B.J. PRESTON, *Climate Change Litigation*, in *Carbon and Climate Law Review*, 2011, 5, 3 ss.; M. WILENSKY, *Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation*, in *Duke Environmental Law and Policy Forum*, 2015, 26, 131 ss.

¹⁵ O. VAN GEEL, *Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation*, in *Maastricht University Journal of Sustainability Studies*, 2017, 3, 56-72; L. MAXWELL, S. MEAD, D. VAN BERKEL, *Standards for Adjudicating the Next Generation of Urgenda-style Climate Cases*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13, 1, 2022, 35-63.

¹⁶ Cfr. la classificazione riportata in UN Environment, "Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review", 40-42. Cfr. anche B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. SINDICO, M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects*, Cham, 2021, 593-619.

¹⁷ Uno dei primi studi dedicati a questa categoria di contenziosi è J. PEEL, H. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, *Transnational Environmental Law*, 2018, 7, 37-67. Si vedano inoltre A. SAVARES, J. AUZ, *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries*, in *Climate Law*, 2019, 9, 3, 244-262; A. SAVARES, J. SETZER, *Rights-based litigation in the climate emergency: mapping the landscape and new knowledge frontiers*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13, 1, 2022, 7-34; C. COURNIL, *Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges*, in M. TORRE-SCHAUB, C. COURNIL, S. LAVOREL, M. MOLINER (eds.) *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, Paris, 2018, 185-215.

¹⁸ Questa classificazione è proposta in particolare da B.J. PRESTON, *The Evolving Role of Environmental Rights in Climate Change Litigation*, in *Chinese Journal of Environmental Law*, 2018, 2, 131-164.



delle clausole costituzionali al fine di ottenere un maggiore impegno da parte degli Stati nell'azione di contrasto dei cambiamenti climatici¹⁹.

La categoria di contenziosi oggetto del presente studio differisce dalla c.d. *human rights-based climate litigation*, in quanto, da un lato, prende in considerazione soltanto i casi in cui siano invocati diritti che trovano fondamento nelle costituzioni nazionali e, dall'altro, non si limita ad analizzare le sole disposizioni costituzionali in materia di diritti umani, ma anche quelle che affermano un dovere dello Stato di agire contro il cambiamento climatico oppure attribuiscono diritti a soggetti non umani (fiumi, foreste, ecc.).

Più precisamente, ai fini del presente contributo, si considereranno contenziosi climatici di "tono costituzionale" tutti quei contenziosi instaurati dinanzi ad autorità giurisdizionali nazionali, sia di livello federale che statale, in cui gli atti delle parti o le decisioni dei tribunali invocano disposizioni contenute nelle costituzioni federali o statali per affermare l'esistenza di un obbligo dello Stato di agire contro le cause o gli effetti del cambiamento climatico o di un diritto soggettivo dei ricorrenti ad essere protetti dagli effetti del cambiamento climatico.

Ne consegue che non saranno considerati i contenziosi instaurati dinanzi ad autorità giurisdizionali sovranazionali, come ad esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo o la Corte interamericana dei diritti umani. Per contro, lo spettro dei casi presi in esame ai fini della presente analisi non sarà limitato ai soli contenziosi riconducibili alla nozione di giustizia costituzionale in senso "classico", ovvero incentrata essenzialmente sul controllo di legittimità costituzionalità delle leggi e sulla risoluzione dei conflitti di attribuzione tra organi costituzionali. Diversamente, si avrà riguardo a tutti quei contenziosi, indipendentemente dal giudice davanti a cui sono proposti o dalla natura del rimedio attivato, in cui (a) vengano invocate delle disposizioni costituzionali (b) per affermare l'esistenza di un obbligo dello Stato di agire contro le cause o gli effetti del cambiamento climatico o di un diritto soggettivo dei ricorrenti ad essere protetti dagli effetti del cambiamento climatico.

Così individuati la finalità e l'oggetto della presente ricerca, nei prossimi paragrafi si procederà innanzitutto a ripercorrere le principali tappe evolutive della tipologia di contenzioso in esame, scandite da alcuni casi emblematici, che hanno portato alla formazione dei filoni giurisprudenziali ad oggi presenti nel panorama comparato. Nel paragrafo successivo, quindi, si effettuerà un esame sincronico dei casi considerati, che saranno classificati in base alle finalità perseguite dai ricorrenti attraverso l'invocazione delle norme costituzionali. Nel quarto paragrafo, si verificherà quindi in che modo le diverse forme di tutela accordate all'ambiente nel panorama comparato – sotto forma di obblighi dello Stato o di diritti ambientali – abbiano inciso sulle modalità con cui queste disposizioni sono state adoperate nei giudizi climatici. Infine, nell'ultimo paragrafo, si effettueranno alcune considerazioni di sintesi, anche allo scopo di intravedere i possibili sviluppi futuri della categoria di contenzioso in esame.

¹⁹ Idealmente il presente studio si pone in continuità con alcune ricerche già condotte sull'argomento negli anni scorsi dalla dottrina francese, da cui trae lo spunto iniziale, ma da cui si discosta parzialmente quanto ad ambito di ricerca e criteri di classificazione adottati. Il riferimento è in particolare ai contributi di L. GAY, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *L'utilisation de la Constitution dans les contentieux climatiques en Europe et en Amérique du Sud*, in *Revue Énergie, Environnement, Infrastructure*, 2018; C. COURNIL, *Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux*, in C. COURNIL, L. VARISON (eds.), *Les procès climatiques: du national à l'international*, Paris, 2018, 85-109.



2. L'evoluzione diacronica delle argomentazioni costituzionali nel contenzioso climatico

L'evoluzione del contenzioso in oggetto non ha seguito una traiettoria lineare, quanto piuttosto un percorso ad ondate successive, segnato da alcuni episodi di successo che hanno ispirato la proposizione di casi analoghi in altri ordinamenti, tanto che è possibile ricondurre molti dei contenziosi esaminati all'interno di alcuni "filoni" giurisprudenziali transnazionali. Le ragioni di questo percorso non lineare sono legate essenzialmente alla natura del contenzioso climatico, che richiede lunghi tempi di definizione, sicché è ben possibile che, nel momento in cui giunge a compimento un determinato filone, si intraveda già una nuova ondata di azioni in preparazione.

Ripercorrendo le principali tappe che hanno segnato l'evoluzione del contenzioso climatico di tono costituzionale, occorre innanzitutto richiamare la sentenza – per certi versi pionieristica – pronunciata nel novembre del 2005 dalla Alta Corte Federale della Nigeria nel caso *Gbemre*²⁰. In quella circostanza, si trattava di un'azione proposta da un rappresentante di una comunità insediata nella regione del Delta del Niger, contro il Governo nigeriano e la società Shell, volta ad accertare che le emissioni di gas rilasciate in atmosfera dalla società nell'esercizio della propria attività di estrazione petrolifera recassero una violazione dei diritti costituzionali del ricorrente. La Corte in quell'occasione riconobbe che i diritti alla vita e alla dignità umana, affermati dagli articoli 33 e 34 della Costituzione nigeriana del 1999, includevano il diritto ad un ambiente pulito, salubre e libero dall'inquinamento. Su queste basi, la Corte accertò la responsabilità dello Stato per non avere impedito lo svolgimento di attività inquinanti sul proprio territorio e, quindi, ordinò al Governo di avviare senza indugio la revisione delle leggi e dei regolamenti che disciplinavano quell'attività per renderli conformi alla Costituzione.

Argomentazioni simili si ritrovano, dieci anni più tardi, nella sentenza pronunciata dall'Alta Corte di Lahore (Pakistan) nel caso *Leghari*²¹. In questo caso, si trattava di un'azione promossa da un contadino pakistano per accertare che il ritardo dello Stato nell'implementare il piano di azione climatica costituisca una lesione dei propri diritti costituzionali. Anche in questa fattispecie, il ragionamento giuridico che sta alla base della decisione di accoglimento si fonda sul riconoscimento di un diritto implicito ad un ambiente salubre, che la Corte ritiene incluso nel riconoscimento dei diritti alla vita e alla dignità umana operato dagli articoli 9 e 14 della Costituzione del Pakistan, interpretati alla luce dei valori costituzionali della democrazia, dell'eguaglianza e della giustizia politica, economica e sociale. Quel che colpisce della sentenza, e che la contraddistingue da quella nigeriana, è l'accentuata consapevolezza climatica dimostrata dalla Corte. La Corte infatti definisce il cambiamento climatico «una sfida decisiva del nostro tempo», nonché, sul piano costituzionale, «un chiaro appello alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini del Pakistan, in particolare delle fasce deboli e vulnerabili»²². La Corte quindi, pur

²⁰ Federal Court of Nigeria, *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. and Others*, definito con sentenza del 30.11.2005. Su questa sentenza, v. il commento di A. SINDEN, *An Emerging Human Right to Security from Climate Change: The Case Against Gas Flaring in Nigeria*, in W.C.G. BURNS, H.M. OSOFSKY (eds.), *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, Cambridge, 2009, 173-92; H.M. OSOFSKY, *Climate Change and Environmental Justice: Reflections on Litigation over Oil Extraction and Rights Violations in Nigeria*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 1, 2, 2010, 189-210.

²¹ Lahore High Court, *Leghari v. Federation of Pakistan*, definito con sentenza del 04.04.2015. Per un commento a questa sentenza, anche in rapporto al caso *Urgenda*, v. J. PEEL, H. OSOFSKY, *A Rights Turn*, cit., 52 ss.

²² Sentenza *Leghari*, cit., punto 6.





ammettendo che «l'ambiente e la sua protezione hanno assunto un ruolo centrale nello schema dei nostri diritti costituzionali», afferma che ora «dobbiamo andare avanti» e modellare la giurisprudenza ambientale esistente «per soddisfare le esigenze di qualcosa di più urgente e opprimente, ovvero il cambiamento climatico»²³.

Nonostante contenga una delle più limpide affermazioni del collegamento esistente tra cambiamento climatico e diritti costituzionali, il caso *Leghari* ha avuto una risonanza internazionale limitata e, sebbene sia stato posto a fondamento di un altro caso pendente in Pakistan (caso *Maria Khan*²⁴), non risulta invece avere influenzato altri casi al di fuori dei confini nazionali²⁵.

Ben più famoso è invece il caso *Urgenda*²⁶, che ha ispirato numerosi contenziosi climatici in Europa e non solo²⁷, compresi quelli attualmente pendenti in Belgio²⁸, Italia²⁹, Polonia³⁰, Repubblica Ceca³¹ e Spagna³². Pur essendo stato definito in ultima istanza dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi solamente nel dicembre 2019, la sua influenza si era già manifestata negli anni precedenti, a partire cioè da quando la Corte distrettuale dell'Aia, nel giugno 2015, aveva riconosciuto l'obbligo dello Stato olandese di ridurre, entro il 2020, le emissioni nazionali di gas in atmosfera del 25% rispetto ai livelli del 1990³³. Il percorso argomentativo adoperato dai giudici olandesi si fonda sul riconoscimento dell'esistenza di un "dovere di diligenza" (*duty of care*) gravante sullo Stato, in base al quale questo è tenuto a proteggere i cittadini dalle minacce derivanti dai cambiamenti climatici. Benché abbia contribuito a portare all'attenzione dell'opinione pubblica globale le potenzialità dell'approccio alla giustizia climatica fondato sulla tutela dei diritti, tanto da fare parlare di un "rights turn" nel contenzioso climatico³⁴,

²³ *Ivi*, punto 7.

²⁴ Lahore High Court, *Maria Khan et al. v. Federation of Pakistan et al.*, pendente.

²⁵ Cfr. J. PEEL, H. OSOFSKY, *A Rights Turn*, cit., 52.

²⁶ Supreme Court of the Netherlands, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, definito con sentenza del 20.12.2019. Tra i principali commenti a questa sentenza v. J. VAN ZEBEN, *Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?*, in *Transnational Environmental Law*, 2015, 4, 2, 339-57; K. GRAAF, J. JANS, *The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 2015, 27, 3, 517-27; J. LIN, *The First Successful Climate Change Negligence Case: A Comment on Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, in *Climate Law*, 2015, 5, 1, 65-81. R. COX, *A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, in *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 34, 2, 2016, 143-163. Nella dottrina italiana, v. S. DOMINELLI, *Sui limiti – giurisdizionalmente imposti – all'emissione di gas serra: i giudici olandesi diventano i "front-runners" nella lotta ai cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. dir. amb.*, 4, 2020, 749-780.

²⁷ Sulle ripercussioni globali del caso *Urgenda*, v. S. ROY, E. WOERDMAN, *Situating Urgenda v The Netherlands within Comparative Climate Change Litigation*, in *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 34, 2, 2016, 165-89; J. HUANG, M.A. TIGRE, *Trends in Climate Justice Litigation: The Dutch Case and Global Repercussions*, in R.S. ABATE (ed.), *Climate Justice: Case Studies in Global and Regional Governance Challenges*, Washington, 2016, 571-96.

²⁸ Court of Appeal of Brussels, *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium & Others*, pendente.

²⁹ Tribunale di Roma, *A Sud et al. v. Italia*, pendente.

³⁰ Si tratta di cinque casi proposti dalla ONG ClientEarth contro il Governo polacco dinanzi a cinque corti distrettuali. Per maggiori dettagli si v. il Legal Briefing pubblicato sul sito della ONG al seguente link <https://www.clientearth.org/media/ilnjfco/clientearth-legal-briefing-on-polish-climate-case.pdf>.

³¹ Prague Municipal Court, *Klimatická žaloba ČR v. Czech Republic*, pendente.

³² Corte Suprema, *Greenpeace v. España*, pendente.

³³ The Hague District Court, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, definito il 24.06.2015.

³⁴ J. PEEL, H. OSOFSKY, *A Rights Turn*, cit.





il caso *Urgenda* può solo marginalmente essere considerato di “tono costituzionale”. Nel ragionamento giuridico della Corte di Appello³⁵, confermato dalla Corte Suprema, infatti, l’art. 21 della Costituzione dei Paesi Bassi, che pure affida alle autorità il compito di «mantenere il Paese abitabile e proteggere e migliorare l’ambiente», ricopre un ruolo del tutto ancillare, posto che il fondamento dell’obbligo di diligenza gravante sullo Stato viene individuato negli art. 2 e 8 della CEDU, così come interpretati dalla Corte EDU.

Completamente diversa è invece la situazione in America Latina. Qui la presenza da un lato di costituzioni “verdi”, che contengono ampi cataloghi di diritti ambientali, e dall’altro di canali di accesso diretto alla giustizia costituzionale in caso di violazione dei diritti fondamentali, hanno permesso la formazione di un contesto favorevole per una accentuata costituzionalizzazione del contenzioso climatico. L’esempio più emblematico di questo approccio è la sentenza della Corte Suprema della Colombia del 5 aprile 2018 (caso *Generaciones Futuras v. Minambiente*)³⁶, che ha censurato l’inadempimento da parte dello Stato colombiano degli impegni di contrasto alla deforestazione assunti nell’ambito dell’Accordo di Parigi. In quel caso, la Corte ha fondato le proprie conclusioni sull’accertamento delle conseguenze negative dei cambiamenti climatici sui diritti costituzionali dei ricorrenti, tra cui il diritto alla vita, alla salute e ad un ambiente sano, nonché sui diritti delle generazioni future. Inoltre, nella medesima pronuncia la Corte Suprema ha riconosciuto la Amazzonia colombiana come un «sujeto de derechos» e ha condannato lo Stato ad adottare un piano d’azione per la sua tutela. Anche questo caso ha esercitato una forte influenza transnazionale, specialmente nel continente sudamericano, dove argomentazioni simili sono state riproposte nei contenziosi instaurati in Argentina³⁷, Brasile³⁸ e Perù³⁹.

Un discorso a parte meritano poi gli Stati Uniti, Paese considerato tradizionalmente la patria del contenzioso climatico e nel quale si concentra il maggior numero di casi, anche di tono costituzionale⁴⁰. In questo ordinamento, data l’assenza di disposizioni dedicate all’ambiente nella Costituzione federale, le strategie giudiziarie portate avanti da alcune ONG di fronte alle Corti di diversi Stati si fondano, oltretutto sulla dottrina di common law del *public trust*, anche su clausole costituzionali come la *due process clause* (V Emendamento) o la *equal protection clause* (XIV Emendamento). Il contenzioso più

³⁵ The Hague Court of Appeals, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, definito il 09.10.2018.

³⁶ Supreme Court of Colombia, *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others*, definito il 05.04.2018. V. commenti di P.A.A. ALVARADO, D. RIVAS-RAMÍREZ, *A Milestone in Environmental and Future Generations’ Rights Protection: Recent Legal Developments before the Colombian Supreme Court*, in *Journal of Environmental Law*, 30, 3, 2018, 519-26; P. VILLAVICENCIO CALZADILLA, *A Paradigm Shift in Courts’ View on Nature: The Atrato River and Amazon Basin Cases in Colombia*, in *Law, Environment and Development Journal*, 15, 0, 2019, 1 ss.

³⁷ Supreme Court of Argentina, *Asociación Civil por la Justicia Ambiental v. Province of Entre Ríos, et al. (caso Delta del Paraná)*, pendente.

³⁸ 7th Federal Environmental and Agrarian Court of the Judiciary Section of Amazonas, *Instituto Socioambiental et al v. IBAMA and the Federal Union*, pendente.

³⁹ Superior Court of Lima, *Álvarez et al v. Peru*, pendente.

⁴⁰ Alla data in cui si scrive (17 giugno 2022), infatti, il sito climatecasechart.com, che contiene uno degli ampi database di contenziosi climatici, contiene 2021 casi, dei quali 1441 risultano instaurati negli Stati Uniti. Di questi, 96 sono catalogati sotto la voce “constitutional claims”, con ciò intendendo che viene invocata la violazione di una norma costituzionale.



emblematico di questa strategia processuale è senza dubbio il caso *Juliana v United States*⁴¹, dove i giovani ricorrenti sostenevano che l'Esecutivo federale, avendo consentito di emettere quantitativi eccessivi di Co2 in atmosfera, pur essendo consapevole dei danni che questo avrebbe comportato al clima, avesse violato il loro diritto implicito ad un clima stabile, desumibile dalla *due process clause*, e fosse venuta meno all'obbligo di conservare le risorse naturali, tra cui l'atmosfera, "in trust" per le generazioni presenti e future.

La strategia processuale in *Juliana* non era molto diversa da quella di altri contenziosi proposti in precedenza negli Stati Uniti⁴². Quel che però ha consentito al caso *Juliana* di divenire uno dei contenziosi più famosi ed influenti al mondo è stata la storica ordinanza, emessa in primo grado dal giudice della District Court of Oregon, Ann Aiken, nel novembre 2016⁴³. Questa, infatti, nel respingere la richiesta dei convenuti di dichiarare inammissibile l'azione (*motion to dismiss*), ha riconosciuto per la prima volta l'esistenza di un diritto costituzionale ad un «ad un sistema climatico capace di sostenere la vita umana». Ai fini che qui interessano, è importante notare che l'ordinanza del giudice distrettuale radica fortemente le proprie argomentazioni nel testo costituzionale. Da una parte, infatti, essa individua il fondamento di un *unenumerated right* al clima nella *due process clause* del V Emendamento, in quanto «fundamental to a free and ordered society»⁴⁴. Dall'altra parte, essa riconosce l'esistenza di un'obbligazione di *public trust* gravante sull'esecutivo federale, anch'essa radicata nella *due process clause*, oltretutto nella clausola di apertura del IX Emendamento⁴⁵.

La decisione della District Court è stata poi ribaltata, nel gennaio 2020, dalla Ninth Circuit Court of Appeals⁴⁶, la quale ha giudicato inammissibile l'azione per difetto di legittimazione (*lack of standing*), in quanto, al di là del merito, ha ritenuto che non fosse competenza del potere giudiziario ordinare l'adozione delle misure richieste dai ricorrenti, poiché queste involgevano una serie di decisioni politiche complesse affidate alla discrezionalità dei poteri esecutivo e legislativo. Nonostante l'esito negativo, nei tre anni e mezzo che separano l'ordinanza della District Court dal parere della Court of Appeals, il caso *Juliana* ha esercitato un'enorme influenza a livello internazionale⁴⁷, ispirando la proposizione di casi analoghi, oltre che negli stessi USA⁴⁸, anche in altri Paesi con una cultura giuridica di *common law* come Australia⁴⁹, Canada⁵⁰, India⁵¹ e Pakistan⁵².

⁴¹ Tra i tanti commenti dedicati a questo caso v. M. BLUMM, M. WOOD, *No Ordinary Lawsuit: Climate Change, Due Process, and the Public Trust Doctrine*, in *American University Law Review*, 2017, 67, 1.

⁴² Tra i casi più risalenti, v. *Kanuk v. Alaska*, definito dalla Supreme Court of Alaska il 12.09.2014; *Farb v. Kansas*, definito dalla Kansas District Court il 04.06.2013; *Funk v. Commonwealth of Pennsylvania*, definito dalla Pennsylvania Commonwealth Court il 03.07.2013.

⁴³ Oregon District Court, *Juliana v. United States*, Opinion and Order del 10.11.2016.

⁴⁴ *Ivi*, pag. 32.

⁴⁵ *Ivi*, pag. 49.

⁴⁶ Ninth Circuit Court of Appeals, *Juliana v. United States*, Opinion del 17.01.2020.

⁴⁷ Cfr. M. BLUMM, M. WOOD, *No Ordinary Lawsuit*, cit.

⁴⁸ Tra i casi più recenti, si v. *Komor v. United States*, proposto davanti alla District Court for the District of Denver il 14.02.2022.

⁴⁹ Federal Court of Australia, *Sheikh Asim Farooq v. Federation of Pakistan etc.*, definito il 30.08.2019.

⁵⁰ Federal Court of Canada, *La Rose v. Her Majesty the Queen*, pendente.

⁵¹ National Green Tribunal, *Pandey v India*, definito il 15.01.2019.

⁵² Lahore High Court, *Ali v Federation of Pakistan*, pendente.





L'ultimo capitolo (finora) di questa storia è infine rappresentato dalla decisione pronunciata dal Tribunale costituzionale federale tedesco nel marzo 2021 in relazione al caso *Neubauer*⁵³. La decisione è stata pronunciata all'esito di un ricorso diretto di costituzionalità proposto da un gruppo di giovani, in parte residenti in Germania e in parte in Nepal e Bangladesh, i quali lamentavano che gli obiettivi di riduzione delle emissioni nazionali di gas a effetto serra fissati dalla legge federale sul clima (KSG) fossero insufficienti e sbilanciati a svantaggio delle generazioni future. La decisione del Tribunale di Karlsruhe si inserisce nel solco dei precedenti pronunciati dalle altre Corti a livello comparato (la sentenza cita in particolare i casi *Juliana* e *Urgenda*), da cui tuttavia si discosta per quanto riguarda sia le argomentazioni costituzionali sia le conclusioni. Diversamente dal caso *Urgenda*, infatti, il Bundesverfassungsgericht individua il fondamento dell'obbligo costituzionale di agire contro il cambiamento climatico nell'art. 20a della Legge Fondamentale tedesca, in base al quale spetta allo Stato tutelare i "fondamenti naturali della vita" (*die natürlichen Lebensgrundlagen*), anche per responsabilità nei confronti delle generazioni future. Nella fattispecie, tuttavia, il Tribunale costituzionale non individua una violazione di questo obbligo, dato che la soluzione adottata dal legislatore viene giudicata, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, compatibile con il margine di discrezionalità (ampio, ma non illimitato) di cui dispone il legislatore in questo ambito. Invece, il BVerfG censura la legge per non avere ripartito gli obblighi di emissioni in atmosfera necessari per raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica in maniera proporzionata nel tempo, in questo modo minacciando la possibilità di fruire nel futuro dei diritti di libertà garantiti dall'art. 2.1 GG⁵⁴.

Rispetto all'evoluzione esposta in precedenza, il caso *Neubauer* sembra segnare un punto di svolta nel ragionamento costituzionale in materia climatica. Per la prima volta, infatti, il giudice costituzionale viene chiamato a pronunciarsi non tanto per sancire l'obbligo dello Stato di agire contro il cambiamento climatico, quanto per verificare la ragionevolezza e la proporzionalità delle misure adottate dal legislatore a fronte dei contrapposti interessi alla tutela dell'ambiente e alla garanzia dei diritti fondamentali che sono (e saranno sempre più intensamente) sacrificati in nome del raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica. Nel fare ciò, il giudice tedesco introduce una nuova dimensione nel giudizio di bilanciamento in materia ambientale, proiettando gli effetti dell'azione (o dell'inazione) climatica nel futuro e valutando l'impatto delle decisioni presenti sulla garanzia intertemporale dei diritti.

È forse ancora presto per capire se siamo all'inizio di una nuova era del contenzioso climatico di tono costituzionale; quel che appare certo, tuttavia, è che la decisione tedesca sia destinata a divenire una fonte di ispirazione per la proposizione di nuovi casi ben al di fuori dei confini nazionali, nonché un

⁵³ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18–1BvR78/20–1BvR96/20–1BvR288/20, pubblicata il 29 aprile 2021. Ai fini della presente analisi, si farà riferimento alla traduzione inglese disponibile all'indirizzo https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html. Per alcuni primi commenti della dottrina tedesca, si rinvia al dibattito "Der Klimabeschluss des BVerfG", promosso da [verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de), consultabile all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/category/debates/der-klimabeschluss-des-bverfg/>.

⁵⁴ In base all'art. 2.1 GG «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, purché non violi i diritti degli altri e non rechi pregiudizio all'ordinamento costituzionale o alla legge morale» (traduzione tratta da L. CUOCOLO, *Costituzioni*, Milano, 2021, 402).



punto di riferimento obbligato per tutte le Corti che, in futuro, dovranno pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale delle misure adottate dagli Stati in materia climatica.

3. Le categorie di contenziosi climatici in cui vengono invocate le disposizioni costituzionali

Dopo avere ripercorso le tappe che hanno scandito l'evoluzione diacronica dell'argomentazione costituzionale nel contenzioso climatico, è ora possibile svolgere un'analisi sincronica dei casi selezionati al fine di evidenziarne alcune caratteristiche salienti. In particolare, la prospettiva che si assumerà nel presente paragrafo concerne la finalità perseguita dai diversi contenziosi di tono costituzionale, ovvero lo scopo pratico che i ricorrenti si proponevano di raggiungere attraverso l'invocazione delle disposizioni costituzionali.

Assumendo questa prospettiva, i casi oggetto del presente studio saranno catalogati in tre categorie a seconda che l'argomento costituzionale sia adoperato (i) per contrastare la realizzazione di un progetto o di un'attività inquinante, (ii) per censurare l'inadempimento da parte dello Stato dell'obbligo di agire contro il cambiamento climatico, o (iii) per censurare la legittimità di una misura adottata dallo Stato per contrastare il cambiamento climatico⁵⁵.

3.1. I contenziosi volti all'annullamento di autorizzazioni per attività inquinanti

Un primo gruppo di casi ha ad oggetto l'annullamento di autorizzazioni rilasciate per la costruzione di opere o l'esercizio di attività inquinanti, quali l'espansione di aeroporti o l'avvio di nuove attività estrattive. Poiché lo scopo perseguito da questi contenziosi consiste nell'impedire la realizzazione di interventi specifici, essi presentano caratteristiche in apparenza simili a quelle tipiche dei contenziosi ambientali tradizionali. Allo stesso tempo, tuttavia, essi se ne differenziano per il fatto che, a differenza delle ipotesi di inquinamento ambientale "classiche", il cambiamento climatico è un fenomeno di dimensione globale, i cui effetti non sono delimitati nel tempo e nello spazio. Pertanto l'opposizione alla realizzazione di progetti inquinanti per motivi climatici non si fonda – come nel caso dei contenziosi ambientali tradizionali – su motivi inerenti ai possibili impatti di quel progetto sulle popolazioni o sugli ecosistemi locali, bensì su ragioni legate alla salvaguardia del pianeta e delle generazioni future. Questo comporta un'evidente difficoltà motivazionale, nella misura in cui si richiede di bilanciare gli impatti climatici globali di lungo termine di un singolo impianto – come ad esempio un aeroporto o una piattaforma petrolifera – con gli interessi locali che, nel breve termine, quel medesimo impianto contribuisce a soddisfare.

Le peculiari problematiche costituzionali sollevate dal cambiamento climatico emergono chiaramente dall'analisi di alcuni contenziosi particolarmente significativi.

Uno di questi è il caso *Greenpeace Norway*⁵⁶, definito dalla Corte Suprema norvegese ed attualmente pendente davanti alla Corte EDU. Il caso aveva preso avvio nel 2016, quando una coalizione di associazioni ambientaliste si era rivolta al Tribunale di Oslo per vedere accertare che il Ministero norvegese del Petrolio e dell'Energia avesse violato l'art. 112 della Costituzione norvegese per aver rilasciato delle

⁵⁵ Per una diversa classificazione, v. C. COUNIL, *Étude comparée*, cit.

⁵⁶ Norwegian Supreme Court, *Greenpeace Nordic Ass'n v. Ministry of Petroleum and Energy (People v Arctic Oil)*, definito il 22.12.2020.



licenze volte all'estrazione di petrolio e gas nel Mare di Barents presso giacimenti fino ad allora non sfruttati. Dopo essersi visti rigettare il ricorso sia in prima istanza sia in appello, i ricorrenti si sono quindi rivolti alla Corte Suprema che, nel dicembre 2020, ha a sua volta respinto le loro istanze. La sentenza della Corte Suprema è particolarmente interessante, in quanto muove da un'analisi approfondita del contenuto giuridico dell'art. 112 della Costituzione norvegese, il quale sancisce il diritto di ogni persona ad un ambiente salubre, nonché alla preservazione delle risorse naturali anche a vantaggio delle generazioni future. Sulla base di una ricostruzione accurata dei lavori preparatori, la Corte conclude che, sebbene tale disposizione non sia una mera enunciazione di principio, essa non attribuisce ai cittadini un diritto soggettivo immediatamente azionabile. La conseguenza di ciò è che i poteri legislativo ed esecutivo godono di ampia discrezionalità nell'attuare il mandato costituzionale di protezione dell'ambiente, potendo le loro decisioni essere annullate dal giudice solamente quando queste si pongano chiaramente in contrasto con il dettato costituzionale. Su queste basi, nel caso di specie la Corte nega che la decisione ministeriale sia incompatibile con la Costituzione, in quanto il 95% delle emissioni prodotte dal petrolio estratto a livello nazionale deriva dalla combustione effettuata all'estero a seguito dell'esportazione e – secondo la Corte – l'art. 112 della Costituzione non offre protezione al di fuori del territorio norvegese. Inoltre, la Corte Suprema rileva che le lesioni denunciate dai ricorrenti non sono ricollegabili alle singole licenze oggetto di contenzioso, quanto piuttosto alla politica petrolifera nazionale, e quindi richiederebbero l'attivazione di rimedi politici anziché giurisdizionali.

Un caso per certi versi analogo è quello riguardante l'ampliamento dell'aeroporto di Vienna-Schwechat, in Austria. Nella fattispecie, diverse ONG avevano impugnato davanti al Tribunale amministrativo federale la decisione delle autorità del Land di consentire la realizzazione di una terza pista aeroportuale. In particolare, i ricorrenti sostenevano che, tra gli "altri interessi" di cui le autorità, in base alla legislazione di settore, avrebbero dovuto tenere conto in sede di rilascio dell'autorizzazione, dovesse essere ricompreso anche l'interesse climatico, benché non espressamente menzionato, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa primaria. Il Tribunale amministrativo aveva accolto le argomentazioni dei ricorrenti e quindi aveva concluso che la decisione fosse in contrasto con gli impegni di mitigazione dei cambiamenti climatici assunti dall'Austria a livello nazionale e internazionale, nella misura in cui l'ampliamento dell'aeroporto avrebbe comportato un significativo aumento delle emissioni di CO₂⁵⁷. La decisione è stata tuttavia annullata dalla Corte costituzionale⁵⁸, davanti alla quale era stata appellata ai sensi dell'art. 144 della Costituzione austriaca⁵⁹. La Corte costituzionale ha ritenuto infatti che, sebbene la Costituzione austriaca, come integrata dalle leggi costituzionali del 1984 e del 2013⁶⁰, imponga di tenere conto delle considerazioni di natura ambientale in sede di bilanciamento degli interessi, tuttavia questo non significa che l'interesse per la protezione dell'ambiente debba avere la precedenza assoluta sugli altri fattori. Sulla base di queste coordinate, la

⁵⁷ Federal Administrative Court, *In re Vienna-Schwechat Airport Expansion*, sentenza del 02.02.2017.

⁵⁸ VfGH, E 875/2017, E 886/2017.

⁵⁹ Ai sensi del quale possono essere appellate davanti alla Corte costituzionale le decisioni dei tribunali amministrativi per motivi legati alla violazione di un diritto costituzionale.

⁶⁰ Il riferimento è alla legge costituzionale federale sulla protezione dell'ambiente del 1984 (Gazzetta Federale No. 491/1984) e alla legge costituzionale federale su sostenibilità e protezione degli animali (Gazzetta Federale No. 111/2013).



Corte costituzionale ha quindi censurato la decisione del tribunale amministrativo, nella misura in cui aveva tenuto conto non soltanto delle emissioni generate dagli aerei in sede di decollo e di atterraggio presso l'Aeroporto di Vienna, ma anche delle emissioni legate al tragitto, che a suo avviso non erano coperte dalla protezione costituzionale dell'ambiente.

Anche in questa circostanza, dunque, si scorge la difficoltà delle Corti di adattare la tutela accordata dalle disposizioni costituzionali in materia di ambiente, che hanno per definizione un ambito di applicazione limitato al territorio nazionale, alla questione dei cambiamenti climatici, che invece ha una dimensione globale.

Un esito opposto ha avuto invece il caso *EarthLife Africa Johannesburg*⁶¹, definito dalla Alta Corte del Sudafrica nel marzo 2017. Anche in questa circostanza, si poneva una questione di interpretazione della normativa primaria, ovvero ci si chiedeva se tra i fattori "rilevanti" di cui tenere conto ai fini dell'autorizzazione di impianti a carbone, in base alla legislazione di settore, dovessero ricomprendersi anche gli impatti del progetto sul riscaldamento globale. Nel caso di specie, la Corte ha innanzitutto richiamato l'art. 39(2) della Costituzione sudafricana, che impone di interpretare la legislazione primaria in senso conforme ai diritti sanciti dal Bill of Rights e, in particolare, all'art. 24 della Costituzione, che afferma il diritto ad un ambiente salubre e il principio dello sviluppo sostenibile. Su queste basi, quindi, la Corte ha annullato l'autorizzazione in quanto ha ritenuto che le autorità avrebbero dovuto tenere conto degli impatti climatici di lungo termine dell'impianto, benché tale valutazione non fosse espressamente richiesta dalla legge, in ragione del collegamento esistente tra i cambiamenti climatici e il principio costituzionale dello sviluppo sostenibile.

Un ragionamento simile si ritrova, infine, nel caso *Asociación de Prestadores Turísticos de Mejillones*⁶², definito in ultima istanza dalla Corte Suprema del Cile nell'aprile del 2022. Nella fattispecie, si trattava di un *recurso de protección* proposto da alcune associazioni locali contro il rifiuto delle autorità competenti di includere le considerazioni climatiche nella valutazione ambientale di un impianto termoelettrico. Analogamente a quanto avvenuto nel caso sudafricano, la Corte ha ritenuto che, pur in assenza di una espressa previsione normativa in tal senso, la valutazione degli impatti climatici del progetto fosse doverosa, in quanto, in sua assenza, si sarebbe verificata una minaccia concreta al diritto di vivere in un ambiente libero da contaminazione sancito dall'art. 19, n. 8 della Costituzione cilena.

3.2. I contenziosi proposti per rimediare all'inerzia dei poteri pubblici

La seconda categoria riguarda quei contenziosi in cui i ricorrenti non contestano la legittimità di un atto adottato dalle autorità statuali, bensì la loro inerzia, ovvero la mancata adozione da parte dello Stato di atti idonei a contrastare l'emergenza climatica. Si tratta dei casi più complessi da un punto di vista costituzionale, in quanto si confrontano con il difficile compito di rimediare alle omissioni del potere legislativo ed esecutivo; compito dinanzi al quale, in molti ordinamenti, il potere giudiziario non dispone di adeguati poteri, oppure si mostra reticente per timore di violare il principio di separazione dei poteri.

⁶¹ High Court of South Africa, *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others*, definito il 19.11.2020.

⁶² Supreme Court of Chile, *Mejillones Tourist Service Association and others with the Environmental Evaluation Service (SEA) of Antofagasta*, definito il 19.04.2022.



La principale difficoltà che i proponenti di questi contenziosi si trovano quindi ad affrontare riguarda l'affermazione dell'esistenza di un'obbligazione climatica gravante sullo Stato. A questo proposito, le strategie seguite dalle parti differiscono sostanzialmente a seconda degli ordinamenti considerati e dei filoni giurisprudenziali a cui, più o meno esplicitamente, le azioni si ispirano.

Un primo modello è rappresentato dal già citato caso *Urgenda*, dove come detto la Corte Suprema olandese ha riconosciuto un "dovere di diligenza" (*duty of care*) in capo allo Stato, derivante dagli artt. 2 e 8 della CEDU, interpretati anche alla luce dell'art. 21 della Costituzione olandese. Al caso *Urgenda* sono chiaramente ispirati, tra gli altri, i contenziosi attualmente pendenti in Italia e Spagna. In Spagna, in particolare, nei due casi proposti tra 2020 e 2021 da Greenpeace e da altre ONG davanti alla Corte Suprema (*Greenpeace v. España*), l'argomentazione fondamentale dei ricorrenti consiste nella violazione da parte del Governo spagnolo del "mandato costituzionale" che, a loro avviso, non deriverebbe tanto dall'art. 45 della Costituzione, quanto dall'art. 10.2, il quale impone di interpretare i diritti costituzionali in senso conforme ai trattati internazionali in materia di diritti umani ratificati dalla Spagna. In altre parole, la tesi dei ricorrenti è che, sebbene l'art. 45 non affermi un diritto fondamentale all'ambiente, ma soltanto un «*principio rector*», questo non impedisce di ravvisare la violazione di un diritto fondamentale come conseguenza dell'inazione climatica dello Stato, in quanto l'art. 10.2 dà ingresso nell'ordinamento spagnolo ai diritti sanciti dagli articoli 2 e 8 della CEDU, che secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo ricomprendono anche il diritto a vivere in un ambiente salubre. Analogamente, nel caso *A Sud et al.* (c.d. *Giudizio universale*) pendente davanti al Tribunale di Roma, i ricorrenti, in assenza di un diritto costituzionale all'ambiente, hanno fatto riferimento, da un lato, all'obbligo di rispettare i diritti sanciti dalla CEDU in base agli artt. 10, 11 e art. 117, comma 1 Cost. e, dall'altro, all'esistenza di un "obbligo di intervento statale" a protezione dei diritti fondamentali scaturente dal principio solidaristico di cui agli artt. 2 e 3, comma 2 Cost.⁶³.

Allo stesso modello, infine, si ispirava anche il caso *KlimaSeniorinnen Schweiz*⁶⁴, definito dalla Corte Suprema svizzera nel 2020 e ora pendente davanti alla Corte EDU. In quel caso, infatti, le ricorrenti, un'associazione di donne con più di 75 anni, sostenevano che i diritti fondamentali alla vita e alla protezione della vita privata, sanciti sia dalla Costituzione svizzera – rispettivamente dagli artt. 10(1) e 13(1) – sia dagli articoli 2 e 8 della CEDU, facessero sorgere in capo alle autorità svizzere un obbligo di protezione nei confronti delle donne anziane, ritenute particolarmente vulnerabili agli effetti dei cambiamenti climatici. La Corte Suprema, tuttavia, ha rigettato il ricorso in quanto ha giudicato che i diritti invocati dalle ricorrenti non fossero lesi ad un livello tale da giustificare l'attivazione del rimedio previsto dalla legge svizzera in caso di violazione dei diritti fondamentali da parte delle autorità amministrative.

Una variante di questo primo modello è poi la strategia seguita in Francia nel caso *Affaire du Siècle*⁶⁵, definito dal Tribunale amministrativo di Parigi nell'ottobre 2021. Qui i ricorrenti chiedevano che venisse condannato lo Stato francese a riparare il *préjudice écologique* cagionato in conseguenza del mancato raggiungimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni fissati a livello legislativo. A supporto di tale richiesta, veniva invocata l'obbligazione generale dello Stato di agire contro il

⁶³ Copia dell'atto di citazione può essere consultata sul sito <https://giudiziouniversale.eu/la-causa-legale/>

⁶⁴ Swiss Supreme Court, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Bundesrat*, definito il 05.05.2020.

⁶⁵ Tribunal Administratif de Paris, *Notre Affaire à Tous et al v. France*, definito il 14.10.2021.



cambiamento climatico che, secondo i ricorrenti, trovava fondamento da un lato nella garanzia del diritto di ciascuno a vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute, riconosciuto dall'art. 1 della Carta dell'ambiente, e dall'altro nell'obbligazione di prudenza ambientale di cui all'art. 2 della Carta medesima. È interessante notare tuttavia come il Tribunale amministrativo, pur accogliendo nel merito le richieste dei ricorrenti, nelle motivazioni del provvedimento non abbia fatto riferimento agli articoli 1 e 2 della Carta, bensì all'art. 3, che afferma che «ognuno deve, alle condizioni definite dalla legge, prevenire i danni che possono essere arrecati all'ambiente o, in mancanza, limitarne le conseguenze»⁶⁶.

Un diverso ordine di argomentazioni si riscontra invece nelle azioni ispirate al caso *Juliana*. In questo modello, come visto, la responsabilità climatica dello Stato viene configurata sulla base di un insieme di motivazioni basate da un lato sui diritti costituzionali e, dall'altro, sulla dottrina del *public trust*. Negli Stati Uniti, sono numerosi i casi in cui argomentazioni simili al caso *Juliana* sono state mobilitate dinanzi alle giurisdizioni statali e federali. Una variabile significativa, in questi contenziosi, proviene però dal contenuto delle diverse costituzioni statali, laddove l'azione non sia diretta nei confronti della Federazione bensì degli Stati federati. Così, ad esempio, nel caso *Held v State*⁶⁷, avviato nel 2020 e attualmente pendente davanti alle Corti statali di prima istanza, i ricorrenti hanno invocato, oltre alla dottrina del *public trust*, anche l'art. IX della Costituzione del Montana che sancisce il dovere dello Stato e di ogni persona di conservare un ambiente pulito e sano per le generazioni presenti e future. Questo ha consentito alla District Court di respingere l'eccezione di inammissibilità (*motion to dismiss*) avanzata dalla difesa statale, in considerazione del fatto che i ricorrenti avevano argomentato adeguatamente che i danni cagionati dalle emissioni costituivano una violazione di un loro diritto costituzionale. Al di fuori degli USA, il modello *Juliana* è stato replicato, con alterne fortune, in diversi ordinamenti di *common law*. Ad esempio, nel caso *Sheikh Asim Farooq*, definito dalla Alta Corte di Lahore (Pakistan) nel 2019⁶⁸, tra gli argomenti richiamati dalla Corte per ingiungere alle autorità competenti di attuare un piano straordinario di protezione delle foreste, vi era la considerazione degli effetti dei cambiamenti climatici sui diritti costituzionali alla libertà (art. 9), alla dignità (art. 14), e all'accesso ai luoghi di intrattenimento (art. 26), nonché il riconoscimento dell'esistenza di un *public trust* nei confronti delle foreste. Similmente, nel caso *Pandey v India*⁶⁹, la ricorrente – una bambina di nove anni che agiva a nome delle generazioni future – sosteneva che l'India, essendo uno dei maggiori emettitori di CO₂, fosse obbligata ad assumere maggiori impegni di contrasto del cambiamento climatico, adducendo a sostegno delle proprie tesi, oltre al diritto costituzionale alla vita (art. 21) e all'obbligo costituzionale dello Stato di proteggere l'ambiente (art. 48A), anche la *public trust doctrine*, così come riconosciuta ed interpretata dalla giurisprudenza indiana. In Canada, infine, la dottrina del *public trust* è stata mobilitata nel caso *La Rose v. Her Majesty the Queen*⁷⁰, attualmente pendente davanti alla Federal Court of Appeal, accanto ai diritti sanciti dalle Sezioni 7 e 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà. La

⁶⁶ Traduzione da L. Cuocolo, *Costituzioni*, cit., 371.

⁶⁷ Montana District Court, *Held v. State*, pendente.

⁶⁸ Caso *Sheikh Asim Farooq*, cit.

⁶⁹ Caso *Pandey v India*, cit.

⁷⁰ Caso *La Rose v. Her Majesty the Queen*, cit.



tesi basata sul *public trust*, tuttavia, è stata respinta dal giudice di prima istanza, il quale, nel dichiarare il ricorso inammissibile, ha affermato che tale dottrina “non esiste in Canada”⁷¹.

Un diverso approccio nei confronti del problema dell’inazione climatica si rinviene invece in Sudamerica, dove le costituzioni contemplano generalmente la possibilità per i cittadini di adire l’autorità giudiziaria per lamentare le violazioni dei diritti costituzionali cagionate tanto dalle azioni quanto dalle omissioni delle pubbliche autorità. In questi casi, quindi, il problema di motivare l’esistenza di un obbligo d’azione in capo allo Stato si presenta in misura attenuata in quanto, per ottenere l’adozione di un atto di ingiunzione, è di norma sufficiente dimostrare che l’omissione contestata integri la violazione di un diritto costituzionale.

L’esempio più rappresentativo di questo approccio è il già citato caso *Generaciones Futuras v. Minambiente*, definito dalla Corte Suprema della Colombia nel 2018, dove l’obbligo di azione dello Stato è stato affermato sulla base dei diritti ambientali delle generazioni presenti e future e dei diritti della natura. Lo stesso modello è stato replicato anche in altri contenziosi nel continente latinoamericano. Un esempio interessante è, ad esempio, il caso *Delta del Paraná*, promosso davanti alla Corte Suprema argentina da due ONG e da un gruppo di bambini, attraverso un’azione di *amparo colectivo ambiental*. I ricorrenti in quel caso contestano che le autorità convenute siano venute meno ai propri doveri di proteggere gli ecosistemi delle zone umide del Delta del Paraná, il cui apporto è fondamentale, tra l’altro, per la mitigazione dei cambiamenti climatici. A sostegno di tale tesi, essi citano da un lato il diritto-dovere ad un ambiente salubre e rispettoso dei diritti delle generazioni future sancito dall’art. 41 della Costituzione argentina e, dall’altro, chiedono il riconoscimento del Delta del Paraná come titolare di diritti⁷². Lo stesso schema si ritrova anche nel caso *Álvarez et al v Peru*, dove sette minorenni hanno adito lo Stato peruviano davanti alla Corte Superior de Justicia de Lima, attraverso una *demandación constitucional de amparo*, per contestare la mancata adozione di una politica efficace di contrasto della deforestazione in Amazzonia. Anche in questo caso, analogamente al contenzioso colombiano, l’azione si fonda principalmente sulla violazione del diritto di ogni persona – ed in particolare dei bambini – di godere di un ambiente adeguato alla vita, a cui si accompagna la richiesta di riconoscere la Foresta Amazzonica peruviana come *sujeto de derechos*⁷³.

3.3. I contenziosi avverso le misure adottate in materia climatica

Un’ultima categoria riguarda infine i contenziosi in cui viene contestata la legittimità delle misure adottate dallo Stato in materia climatica. Si tratta della tipologia di contenziosi in cui l’impiego dell’argomento costituzionale appare più naturale, atteso che tradizionalmente le norme costituzionali assolvono primariamente alla funzione di parametro di legittimità delle leggi. Eppure, fino a questo momento le decisioni di incostituzionalità delle leggi, nell’ambito del contenzioso climatico, sono estremamente rare, nonostante l’elevato numero di leggi adottate in materia climatica dai Paesi di tutto il

⁷¹ Federal Court, *La Rose v. Her Majesty the Queen*, Order del 24.11.2020.

⁷² Caso *Delta del Paraná*, cit. Gli atti del processo sono consultabili al seguente link <http://climatecase-chart.com/non-us-case/asociacion-civil-por-la-justicia-ambiental-v-province-of-entre-rios-et-al/>

⁷³ Caso *Álvarez et al v Peru*, cit. Gli atti del processo sono consultabili al seguente link <http://climatecase-chart.com/non-us-case/alvarez-et-al-v-peru/>



mondo⁷⁴. La ragione di questa scarsità va probabilmente ricercata nel fatto che non tutti gli ordinamenti consentono forme di *judicial review of legislation* e che, anche in quegli ordinamenti in cui ciò è possibile, al legislatore è generalmente riconosciuto un ampio margine di discrezionalità, soprattutto laddove si pongano delicate questioni di bilanciamento tra valori contrapposti, come tipicamente avviene nelle questioni in materia ambientale⁷⁵. Un'altra ragione può essere che, in molti ordinamenti, i giudici costituzionali dispongono solamente di poteri di annullamento, mentre risultano sprovvisti di poteri adeguati per rimediare alle carenze del legislatore.

Il caso finora più rilevante in cui sia stata dichiarata l'incostituzionalità di una legge climatica è senza dubbio la sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco nel caso *Neubauer*. Oltre a quanto si è già osservato in precedenza, è qui importante richiamare quella parte della pronuncia in cui il giudice costituzionale tedesco si è interrogato in merito ai limiti del sindacato di legittimità costituzionale. In particolare, il BVerfG ha osservato che, sebbene l'art. 20a GG sia una disposizione dotata di efficacia giuridicamente vincolante, essa lascia al legislatore un ampio margine di discrezionalità nel tradurre la formulazione aperta di tale articolo in obiettivi specifici di contenimento dell'aumento delle temperature e di riduzione delle emissioni nazionali. Allo stesso tempo, tuttavia, il Tribunale ha affermato che tale discrezionalità non è illimitata, non potendo l'obbligazione climatica sancita dall'art. 20a essere svuotata di contenuto mediante scelte legislative che siano in contrasto con l'adempimento di tale obbligo⁷⁶. Su queste basi, nel caso di specie il BVerfG ha ritenuto che, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, la scelta del legislatore di specificare l'obiettivo climatico nazionale in linea con l'obiettivo fissato dall'Accordo di Parigi di mantenere l'aumento delle temperature ben al di sotto dei 2°C e preferibile entro 1.5°C rispetto ai livelli preindustriali, non potesse essere considerata in contrasto con l'obbligo di azione climatica sancito dall'art. 20a GG⁷⁷. Tuttavia, il Tribunale ha osservato altresì che nuove evidenze scientifiche sullo sviluppo del riscaldamento globale antropogenico, potrebbero in futuro rendere necessario fissare obiettivi diversi nel quadro dell'art. 20a GG, aprendo così la strada, nei prossimi anni, ad un dialogo a tre voci tra mondo scientifico, Parlamento e giudice costituzionale in merito all'adeguatezza delle decisioni di volta in volta assunte dal legislatore⁷⁸. Proprio in virtù di queste considerazioni, nel gennaio 2022 è stata formulata una nuova azione di costituzionalità davanti

⁷⁴ Su questa particolare categoria di atti legislativi sono disponibili diversi studi anche di carattere comparato. Per quanto riguarda, in particolare, gli studi giuridici, si veda il recente volume di T. MUINZER (ed.) *National Climate Change Acts. The Emergence, Form and Nature of National Framework Climate Legislation*, London, 2020; nonché, al suo interno, i saggi di T. MUINZER, *What Do We Mean When We Talk about National 'Climate Change Acts' and How Important are They in the Context of International Climate Law?*; M. DUWE, R. BODLE, *"Paris Compatible" Climate Change Acts? National Framework Legislation in an International World*; T. MUINZER, *Conceptualising and Formulating National Climate Change Acts*. Limitatamente alle leggi climatiche approvate dagli Stati membri dell'Unione europea, sia consentito di rinviare a F. GALLARATI, *Le leggi-quadro sul clima negli Stati membri dell'Unione europea: una comparazione*, in *DPCE Online*, 4, 2021, 3459-3484.

⁷⁵ Su questo tema, v. lo studio comparato curato da V. CHIU, A. LE QUINIO (ed.), *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, Parigi, 2021.

⁷⁶ Caso *Neubauer*, cit., par. 207.

⁷⁷ *Ivi*, par. 208.

⁷⁸ *Ivi*, par. 212.



al BVerfG, per verificare se i nuovi target fissati dal Parlamento a seguito della sentenza *Neubauer* siano compatibili con l'art. 20a GG alla luce dei nuovi report pubblicati dall'IPCC (caso *Steinmetz*⁷⁹).

Se il caso *Neubauer* è di gran lunga il più rilevante tra i giudizi di costituzionalità finora proposti, sia per le sue ricadute immediate sia per l'influenza che avrà (e che in parte sta già avendo) sul contenzioso climatico tedesco e internazionale, non è tuttavia l'unico nel panorama comparato. Particolarmente interessante, ad esempio, è il caso *Shrestha*, definito dalla Corte Suprema del Nepal nel 2018⁸⁰. In quel caso si trattava di un ricorso per omissione, in quanto i ricorrenti lamentavano la mancanza di una legge in materia di mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici. La Corte Suprema, accogliendo il ricorso, ha ordinato al Governo di promuovere l'adozione di una legge in materia, avendo constatato che l'omissione legislativa integrava una violazione dell'obbligo dello Stato di proteggere l'ambiente sancito dall'art. 51, nonché dei diritti costituzionali a vivere con dignità e a vivere in un ambiente salubre riconosciuti rispettivamente dagli artt. 16 e 30 della Costituzione del Nepal del 2015.

Da seguire con attenzione è altresì il caso pendente davanti alla Corte costituzionale della Corea del Sud (caso *Do-Hyun Kim*)⁸¹, dove oggetto del sindacato di costituzionalità è la legge coreana sul cambiamento climatico, così come modificata nel 2019. I ricorrenti, in quel caso, sostengono che l'obiettivo stabilito nella legge non sia in linea con gli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi e che, pertanto, esso costituisca una violazione dell'obbligo costituzionale dello Stato di proteggere i diritti dei cittadini, specialmente il diritto alla vita (art. 10) e il diritto a vivere in un ambiente salubre (art. 35).

Accanto alle (rare) pronunce di accoglimento, occorre poi ricordare alcuni casi in cui le questioni di costituzionalità basate su motivi climatici sono state rigettate dai giudici costituzionali. È quanto avvenuto ad esempio in Francia, dove il Conseil Constitutionnel ha rigettato il ricorso promosso da un gruppo di deputati, volto a contestare la legittimità costituzionale di una legge approvata dal Parlamento francese in quanto contenente misure ritenute insufficienti per traguardare l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050⁸². Il giudice costituzionale francese ha rigettato la questione, basata sulla violazione dell'art. 1 della Carta dell'ambiente, in quanto ha osservato che le censure non erano rivolte a specifiche disposizioni della legge, bensì contenevano critiche inammissibilmente rivolte alla legge nel suo insieme. Inoltre, il Conseil constitutionnel ha osservato di non disporre di un potere generale di ingiunzione nei confronti del legislatore⁸³.

A completamento della rassegna dei limiti con cui il giudizio di legittimità delle leggi deve confrontarsi nel panorama comparato, merita infine di essere segnalata la sentenza della Corte Suprema del Messico dell'aprile 2022, che ha respinto una *Acción de Inconstitucionalidad* promossa da una minoranza parlamentare nei confronti di alcune modifiche approvate dal Parlamento federale alla legge

⁷⁹ Bundesverfassungsgericht, *Steinmetz et al. v Germany*, pendente.

⁸⁰ Supreme Court of Nepal, *Shrestha v. Office of the Prime Minister et al.*, definito il 25.12.2018.

⁸¹ Constitutional Court of South Korea, *Do-Hyun Kim et al. v. South Korea*, pendente.

⁸² Conseil Constitutionnel, Décision n° 2021-825 DC du 13 août 2021, "Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets".

⁸³ A questo riguardo, è interessante notare inoltre come, nel caso *Commune de Grande-Synthe*, il Conseil d'État francese abbia accolto la richiesta del Comune ricorrente di ingiungere al Governo di adottare tutte le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di riduzione delle emissioni fissati dalla legge nazionale, mentre invece ha dichiarato inammissibile la richiesta di ingiungere al Governo di promuovere un'iniziativa legislativa per innalzare gli obiettivi climatici, in quanto estranea alla giurisdizione amministrativa.



sull'energia⁸⁴. È significativo notare come, sebbene la maggioranza dei giudici della Corte Suprema avesse giudicato gli emendamenti approvati dal Parlamento in contrasto con il diritto ad un ambiente sano sancito dall'art. 4 della Costituzione messicana, in quanto incompatibili con gli obiettivi climatici dell'Accordo di Parigi, la legge non abbia potuto essere invalidata, in quanto non è stata raggiunta la maggioranza qualificata di 8 su 11 componenti richiesta dall'art. 105 della Costituzione (nella fattispecie avevano votato a favore dell'annullamento soltanto 7 giudici).

Sebbene il controllo di legittimità delle leggi sia l'ambito d'applicazione privilegiato delle norme costituzionali, talvolta queste possono essere invocate anche in giudizi aventi ad oggetto misure adottate dal potere esecutivo in attuazione di una legge o in cui è contestata l'omessa adozione delle misure attuative di una legge. Quest'ultimo è il caso, in particolare, di due "azioni dirette di incostituzionalità per omissione" (ADI-O) promosse davanti al Tribunale Supremo Federale del Brasile da quattro partiti politici di opposizione, per denunciare la mancata adozione da parte del Governo di alcuni piani in materia climatica che il Governo era tenuto ad adottare in base ad una legge approvata dal Parlamento (casi *PSB e al v Brasi*⁸⁵). Le argomentazioni dei ricorrenti, sulle quali il Tribunale Supremo dovrebbe pronunciarsi nei prossimi mesi, si fondano essenzialmente sull'art. 225 della Costituzione federale, il quale sancisce il diritto di ognuno ad un ambiente equilibrato e il dovere del Governo di difendere e preservare l'ambiente per le generazioni presenti e future. Secondo la ricostruzione dei ricorrenti, infatti, questi diritti risultano violati per effetto dell'omessa adozione degli atti sub-legislativi, di competenza del Governo, la cui mancanza ne condiziona l'effettività⁸⁶.

4. Il contenuto delle disposizioni costituzionali invocate nel contenzioso climatico

Dopo avere analizzato le diverse tipologie di contenzioso climatico in cui le disposizioni costituzionali vengono invocate, è ora opportuno analizzare più nel dettaglio il contenuto delle disposizioni medesime.

Una prima distinzione da fare a tale riguardo è tra le disposizioni che contengono l'enunciazione di diritti soggettivi e quelle che invece impongono dei doveri in capo allo Stato. Sebbene l'affermazione costituzionale di un diritto comporti generalmente anche l'assegnazione di un corrispondente dovere di protezione in capo alle autorità pubbliche, il fatto che la costituzione configuri la tutela dell'ambiente come un diritto o come un dovere non è privo di conseguenze giuridiche. Da un lato, infatti, laddove si contesti la violazione di un diritto, è normalmente richiesto al ricorrente di dimostrare, per essere legittimato ad agire, di avere subito una lesione di una certa gravità o comunque di trovarsi in una posizione differenziata rispetto agli altri consociati. Dall'altro lato, in presenza di un obbligo

⁸⁴ Supreme Court of Mexico, *Acción de Inconstitucionalidad 64/2021*, definita il 7 aprile 2022.

⁸⁵ Si tratta di tre azioni promosse da quattro partiti politici - Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido dos Trabalhadores (PT) e Rede Sustentabilidade - davanti alla Corte Suprema Brasileira nel corso del 2020, aventi ad oggetto rispettivamente la deforestazione, l'attuazione del Climate Fund e dell'Amazonian Fund. Benché i ricorsi siano stati proposti formalmente dai partiti politici per soddisfare un requisito procedurale previsto dal diritto processuale brasiliano, l'azione è coordinata da una rete di organizzazioni della società civile.

⁸⁶ Argomentazioni analoghe si ritrovano anche nel caso *Greenpeace Mexico v. Ministry of Energy and Others*, definito dal Giudice distrettuale collegiale il 17.11.2020.



costituzionale di agire a tutela dell'ambiente, viene generalmente riconosciuto allo Stato un ampio margine di discrezionalità nel determinare in che modo e in quale misura adempiere a tale obbligo; discrezionalità che invece risulta sensibilmente ridotta nelle ipotesi di violazione di un diritto fondamentale⁸⁷.

A questo bisogna poi aggiungere che, mentre le disposizioni in materia di diritti sono considerate di norma immediatamente giustiziabili, non altrettanto può dirsi delle disposizioni che impongono solamente un dovere di protezione, le quali a seconda dei casi possono essere interpretate come norme impositive di obblighi giuridicamente vincolanti o come disposizioni programmatiche rivolte al legislatore. Questo spiega perché in quegli ordinamenti europei, dove la tutela dell'ambiente viene configurata a livello costituzionale soltanto nella sua dimensione oggettiva (come nel caso di Paesi Bassi, Germania, Polonia, Svezia e Austria), i proponenti delle azioni climatiche abbiano indicato come motivo principale della propria azione la lesione di altri diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione o dalla CEDU, quali il diritto alla vita, il diritto alla protezione della vita privata, o ancora il diritto alla salute o alla proprietà.

D'altra parte, va altresì considerato che, anche in quei Paesi europei in cui la tutela dell'ambiente viene espressamente qualificata dalla Costituzione sotto forma di diritto soggettivo (come Spagna, Francia e Norvegia), essa non gode nondimeno delle stesse forme di protezione degli altri diritti. Emblematico è il caso della Spagna, dove "il diritto a godere di un ambiente adatto allo sviluppo della persona" sancito dall'art. 45 della Costituzione, anche a causa della sua collocazione all'interno del capitolo III, anziché nel capitolo II dedicato ai diritti e alle libertà, non è considerato un diritto fondamentale, con la conseguenza, per esempio, che a sua difesa non è possibile attivare il rimedio del ricorso di amparo ai sensi dell'art. 53, comma 2 CE. Il che spiega perché, nel caso *Greenpeace v. España*, pendente davanti alla Corte Suprema spagnola, i ricorrenti abbiano fatto riferimento non tanto al diritto sancito dall'art. 45 CE, quanto al principio di interpretazione conforme all'ordinamento internazionale sancito dall'art. 10.2 CE⁸⁸.

Vi sono poi alcuni ordinamenti in cui il diritto all'ambiente, benché non enunciato in Costituzione, è stato ritenuto implicito nella tutela accordata ad altri diritti costituzionali. È il caso ad esempio del Pakistan dove, come già ricordato, l'Alta Corte di Lahore nel caso *Leghari* ha riconosciuto l'esistenza di un diritto implicito ad un ambiente sano e pulito, derivante dagli artt. 9 e 14 della Costituzione, che tutelano rispettivamente il diritto alla vita e alla dignità. Il riconoscimento di un *unenumerated right* all'ambiente salubre è stato invece negato dalla Corte Suprema irlandese nel caso *Friends of the Irish Environment*⁸⁹. In quella circostanza, infatti, la Corte, pur non escludendo in assoluto la possibilità di invocare la lesione di un diritto fondamentale in casi legati al cambiamento climatico, ha affermato che «l'asserito diritto a un ambiente salubre è o superfluo (se non va oltre il diritto alla vita e all'integrità fisica) oppure eccessivamente vago e mal definito (se va oltre tali diritti)».

L'analisi comparata del contenzioso climatico di tono costituzionale mostra poi come, accanto ai tradizionali diritti ambientali – ormai una realtà consolidata in molti ordinamenti, specialmente

⁸⁷ Cfr. sul punto la sentenza *Neubauer*, cit., par. 152.

⁸⁸ Caso *Greenpeace v. España*, cit.

⁸⁹ High Court of Ireland, *Friends of the Irish Environment v. Ireland*, definito il 19.09.2019.



dell'America Latina – siano sempre più spesso invocati alcuni diritti “di frontiera”, i quali hanno ricevuto anche qualche primo riconoscimento giurisprudenziale.

Il primo diritto a venire in rilievo è il “diritto ad un clima stabile”. Si tratta di un diritto che attualmente non trova riconoscimento in nessuna costituzione al mondo, ma che negli ultimi anni è stato teorizzato da un numero crescente di documenti internazionali e di ricostruzioni dottrinali⁹⁰. Una prima apertura giurisprudenziale al riconoscimento di questo diritto si è avuta appunto nel già citato caso *Juliana*, dove il giudice distrettuale dell'Oregon ha riconosciuto l'esistenza di un diritto implicito «*to a climate system capable of sustaining human life*» incardinato nella *due process clause* del V Emendamento⁹¹. Nel giustificare il riconoscimento di tale diritto, il giudice ha affermato che un “clima stabile” è il fondamento della società, in quanto senza di esso non vi sarebbe né civiltà né progresso⁹². Quanto poi al contenuto di tale diritto, nel caso *Juliana* il giudice ha osservato che la scelta delle parole utilizzate era dettata dall'esigenza di individuare una formulazione equilibrata che consentisse di contemperare diverse esigenze. In quest'ottica, l'espressione “capace di sostenere la vita umana”, secondo la Corte distrettuale, avrebbe dovuto essere intesa nel senso da un lato di non richiedere al ricorrente di dimostrare che l'azione governativa contestata sia idonea a provocare l'estinzione della specie umana e, dall'altro, di non trasformare ogni contributo anche minore al riscaldamento globale nella violazione di un diritto costituzionale⁹³. Come detto, l'ordinanza del giudice di prima istanza è stata riformata dalla Ninth Circuit Court of Appeals, la quale tuttavia non si è pronunciata in merito all'esistenza di un tale diritto. Il diritto ad un clima stabile è stato invece negato da altre corti federali, come la Pennsylvania Federal Court nel caso *Clean Air Council v. United States*⁹⁴, mentre la *dissenting opinion* di un giudice della Corte Suprema dell'Alaska, nel caso *Sagoonick v. Alaska*⁹⁵, ha riconosciuto l'esistenza di tale diritto, ancorandolo nella Costituzione statale. Non risultano invece altri riconoscimenti giurisprudenziali di un diritto ad un clima stabile al di fuori degli Stati Uniti, anche se tale diritto è invocato in diversi contenziosi pendenti in giro per il mondo, come il caso *Instituto de Estudos Amazônicos in Brasile*⁹⁶, il caso *Mathur in Canada*⁹⁷ e il caso *Ali in Pakistan*⁹⁸.

Una seconda categoria di diritti che viene invocata in misura crescente nei contenziosi climatici sono i diritti della natura. È noto che questa particolare tipologia di situazioni soggettive ha trovato riconoscimento nelle costituzioni di alcuni Paesi latinoamericani, quali Ecuador e Colombia, dove la giurisprudenza ha effettivamente riconosciuto alcuni elementi naturali come titolari di diritti soggettivi. In questo contesto si colloca la già richiamata sentenza pronunciata dalla Corte Suprema colombiana nel caso

⁹⁰ Relativamente al possibile riconoscimento di un diritto ad un clima stabile nell'ordinamento americano, v. J.R. MAY, E. DALY, Can the U.S. Constitution Encompass a Right to a Stable Climate? (Yes, It Can), in *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 39, 2021, 39-64. Con riferimento agli ordinamenti europei, v. S. BALDIN, *Towards the judicial recognition of the right to live in a stable climate system in the European legal space? Preliminary remarks*, in *DPCE Online*, 2/2020, 1419-1446.

⁹¹ Oregon District Court, *Juliana v. United States*, cit..

⁹² *Ivi*, pag. 32.

⁹³ *Ivi*, pag. 32-33.

⁹⁴ Pennsylvania Federal Court, *Clean Air Council v. United States*, definito il 19.02.2019.

⁹⁵ Alaska Supreme Court, *Sagoonick v. Alaska*, definito il 28.01.2022.

⁹⁶ Federal District Court of Curitiba, *Instituto de Estudos Amazônicos v Brazil*, pendente.

⁹⁷ Ontario Superior Court of Justice, *Mathur et al. v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, pendente.

⁹⁸ Caso *Ali v Federation of Pakistan*, cit.



Generaciones Futuras v. Minambiente, la quale, rifacendosi ad un precedente in cui la Corte costituzionale colombiana aveva riconosciuto soggettività giuridica al Río Atrato⁹⁹, ha dichiarato anche l'Amazzonia Colombiana come «*sujeto de derechos*» e, anche su queste basi, ha ordinato allo Stato e alle autorità locali di implementare un piano per contrastare la deforestazione¹⁰⁰. In un altro caso di contenzioso climatico, invece, il Consiglio di Stato colombiano ha negato soggettività giuridica ai fiumi Combeima, Cocora, and Coello, in quanto non era stata riscontrata una minaccia attuale ai relativi ecosistemi (Caso *Río Combeima*¹⁰¹).

I diritti della natura sono invocati anche in contenziosi pendenti in altri ordinamenti latinoamericani, che pure non riconoscono tali diritti all'interno delle rispettive costituzioni. In particolare, nel caso *Álvarez* i ricorrenti chiedono tra l'altro che l'Amazzonia peruviana sia dichiarata soggetto di diritti, benché i diritti della natura non siano riconosciuti nella Costituzione del Perù, richiamando la giurisprudenza delle altre corti sudamericane che hanno riconosciuto tale tipologia di diritti. Analogamente, nel caso *Delta del Paraná*, pendente davanti alla Corte Suprema argentina, i ricorrenti chiedono di riconoscere soggettività giuridica al Delta del Paraná in quanto «organismo vivo» e di indicare lo Stato argentino come custode del relativo ecosistema.

Infine, nel vasto armamentario di diritti mobilitato nell'ambito dei contenziosi climatici, un ruolo di rilievo è ricoperto dai diritti delle generazioni future. Va detto, a questo proposito, che argomentazioni relative alla solidarietà intergenerazionale ricorrono spesso nei contenziosi climatici¹⁰², complice anche la frequente ricorrenza di riferimenti alle generazioni future o al principio di sostenibilità in molte costituzioni nazionali¹⁰³. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il discorso intergenerazionale è declinato in termini di responsabilità delle generazioni presenti o di obbligo degli Stati di tutelare l'ambiente a beneficio o nell'interesse delle generazioni future. Non mancano tuttavia casi in cui le generazioni future sono indicate come titolari di veri e propri diritti. Anche in questo caso, precursore è l'ordinamento colombiano, dove la Corte Suprema, nel più volte citato caso *Generaciones Futuras v. Minambiente*, ha riconosciuto la titolarità di diritti ambientali in capo alle generazioni future, il cui fondamento è stato rinvenuto da un lato in un "dovere etico di responsabilità della specie", ovvero in un legame di solidarietà tra gli esseri umani di ogni generazione; dall'altro, nel "valore intrinseco della natura", da cui deriva la necessità di tutelare la natura in tutte le sue componenti, di cui fanno parte anche le generazioni future¹⁰⁴. In senso contrario, il Tribunale costituzionale federale tedesco nel caso *Neubauer*, nel pronunciarsi sull'ammissibilità dell'azione proposta dai giovani ricorrenti, ha chiarito che questi non stavano facendo valere i diritti di persone non nate o persino di intere future

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 del 10.11.2016.

¹⁰⁰ Caso *Generaciones Futuras v. Minambiente*, cit., paragrafo 14.

¹⁰¹ Consejo de Estado, *Caso Río Combeima*, definito il 14.09.2020.

¹⁰² Per una rassegna dei casi principali, v. L. PARKER, J. MESTRE, S. JODOIN, M. WEWERINKE-SINGH, *When the kids put climate change on trial: youth-focused rights-based climate litigation around the world*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13, 1, 2022, 7-34.

¹⁰³ Sul tema v. T. GROPPA, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2016, 43-78.

¹⁰⁴ Caso *Generaciones Futuras v. Minambiente*, cit., paragrafo 5.3.



generazioni, «nessuno dei quali gode di diritti soggettivi fondamentali» nell'ordinamento tedesco, bensì stavano invocando i loro propri diritti fondamentali¹⁰⁵.

5. Alcune considerazioni finali, tra aspettative deluse e nuove speranze

L'analisi fin qui svolta mostra come l'utilizzo dell'argomento costituzionale nel contenzioso climatico sia un fenomeno recente e in continua evoluzione. Nel momento in cui si scrive, infatti, vi sono numerosi casi pendenti o in preparazione in tutto il mondo, che potrebbero preludere ad ulteriori sviluppi di questa categoria di contenziosi nei prossimi anni.

In attesa di conoscere le ulteriori evoluzioni di questo settore del diritto ambientale, è nondimeno possibile formulare alcune osservazioni, per quanto interlocutorie e parziali, sull'efficacia delle clausole costituzionali in materia di ambiente.

Una prima considerazione, di ordine prettamente quantitativo, attiene alla rilevanza numericamente marginale che l'argomento costituzionale ha finora ricoperto nell'ambito del contenzioso climatico globale. Degli oltre 2.000 casi di contenzioso climatico censiti dal sito *climatecasechart.org*, infatti, sono meno di 100 quelli in cui viene invocata in via principale una norma costituzionale¹⁰⁶. Questi contenziosi di tono costituzionale inoltre sono concentrati solamente in 20 giurisdizioni (numero che si riduce a 14 se si considerano soltanto gli ordinamenti nei quali si sia registrato almeno un caso di successo), benché come detto siano ormai più di 150 le costituzioni al mondo che accordano protezione all'ambiente.

A ciò si aggiunga che nessuna delle dieci clausole climatiche introdotte a livello comparato ha avuto fino ad oggi applicazione nell'ambito di un contenzioso climatico. Dei dieci Paesi che hanno iscritto il clima nella propria costituzione, infatti, l'unico ad essere stato interessato dal fenomeno del contenzioso climatico è l'Ecuador, dove tuttavia, nei tre casi definiti fino a questo momento¹⁰⁷, le Corti non hanno mai neppure citato l'art. 414 della Costituzione ecuadoriana¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Caso *Neubauer*, cit., punto 109.

¹⁰⁶ Il dato è stato ricavato selezionando, nel portale di ricerca del sito *climatecasechart.org*, i soli casi in cui fosse indicata come "principal law" una costituzione o un documento di valore costituzionale ed escludendo i "constitutional claims" presentati negli USA. Lo stesso dato si ritrova anche in UN Environment, "Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review", a pag. 41.

¹⁰⁷ Oltre al caso *Baihua Caiga et. al. v. PetroOriental S.A.*, su cui v. nota seguente, gli altri due contenziosi sono il parere della Corte costituzionale dell'Ecuador sulla conformità costituzionale di un accordo di cooperazione tra Ecuador e Perù in materia climatica (Dictamen No. 016-13-DTI-CC del 3 luglio 2013), e il caso *Herrera Carrion et al. v. Ministry of the Environment et al.*, definito in grado di appello dalla Corte di Giustizia Provinciale di Sucumbío il 29 luglio 2021

¹⁰⁸ Tale articolo, invero, risulta essere richiamato, nel caso *Baihua Caiga et. al. v. PetroOriental S.A.*, nel ricorso con il quale alcune persone appartenenti ad una popolazione indigena avevano formulato un'*acción de protección* nei confronti di una società cinese titolare di una concessione petrolifera nella regione dell'Amazzonia. Occorre tuttavia notare che, nelle oltre sessanta pagine di cui è composto il ricorso, l'art. 414 è richiamato una sola volta, peraltro in posizione defilata, avendo i ricorrenti preferito impostare la propria strategia difensiva sulle disposizioni costituzionali in materia di diritti, quali l'art. 71 (diritti della natura), l'art. 14 (diritto ad un ambiente sano ed ecologicamente equilibrato) e l'art. 12 (diritto all'acqua). Ad ogni modo, il ricorso è stato dichiarato inammissibile dal giudice di prima istanza per motivi di rito e non risultano proposti appelli.



Sebbene, come detto, l'efficacia di una disposizione costituzionale non possa essere misurata solamente in funzione del suo utilizzo in sede giudiziale, e il contenzioso climatico non rappresenti che una sola parte delle controversie in materia ambientale, nondimeno questi dati gettano qualche ombra sulla reale utilità delle revisioni costituzionali di stampo ambientale, tanto da fare sorgere il timore che l'introduzione di queste previsioni ambientali possa tradursi in una sorta di "greenwashing costituzionale", soprattutto laddove tali riforme non siano accompagnate dalla previsione di canali di accesso alla giustizia adeguati e dal riconoscimento in capo agli organi giurisdizionali di poteri idonei a rimediare alle omissioni dei poteri legislativo ed esecutivo¹⁰⁹.

Se poi si guarda oltre il dato numerico e si considera l'apporto che le disposizioni costituzionali in materia di ambiente hanno fornito, in termini qualitativi, alla risposta globale ai cambiamenti climatici, il quadro che ne emerge è in chiaroscuro, con alcune significative differenze tra le diverse aree geografiche.

Ad un estremo si collocano gli ordinamenti dell'America Latina e dell'Asia meridionale: qui si concentra il numero più elevato di decisioni di accoglimento, reso possibile anche per la presenza di ampi cataloghi di diritti ambientali, di un elevato grado di attivismo giudiziario e di rimedi rapidi ed efficaci avverso le violazioni dei diritti costituzionali. L'alto livello di conflittualità registratosi in questi ordinamenti è però anche sintomo di una diffusa inerzia del potere politico e di uno scarso rispetto della *rule of law*, a cui le organizzazioni di attivisti cercano di porre rimedio rivolgendosi agli organi giurisdizionali¹¹⁰. In questo senso, le pur importanti vittorie ottenute nelle aule giudiziarie rischiano di avere un valore meramente simbolico, come dimostra ad esempio il fatto che, nonostante le soluzioni innovative adottate da alcune Corti latinoamericane, la deforestazione dell'Amazzonia continua ad aumentare e che anche sul fronte delle politiche di riduzione delle emissioni non si registrano miglioramenti significativi¹¹¹.

Sul versante opposto si colloca il Nord America: in quest'area, infatti, la contestuale presenza di elevati livelli di rispetto della *rule of law*, di poteri giurisdizionali autorevoli e indipendenti, nonché di un sistema diffuso di controllo della costituzionalità delle leggi, potrebbe in astratto rappresentare la condizione ideale per incardinare il contenzioso climatico su binari costituzionali. Eppure, nonostante l'elevato numero di casi promossi davanti alle giurisdizioni federali e statali, se si esclude il caso *Juliana*, non si registrano fino ad oggi pronunce che abbiano riconosciuto un collegamento tra gli effetti del cambiamento climatico e la violazione dei diritti costituzionali, complice anche la mancanza di riferimenti espressi all'ambiente in costituzione, quantomeno a livello federale.

In una posizione intermedia si colloca infine l'Europa, dove le conseguenze dell'ampia diffusione di clausole costituzionali a contenuto ambientale sono state limitate per effetto di interpretazioni giurisprudenziali che ne hanno ristretto la portata applicativa. Questo spiega la scelta dei ricorrenti, in molti dei casi proposti nei Paesi europei, di fare affidamento sulle disposizioni della CEDU, ritenute più

¹⁰⁹ Sui motivi per cui il diritto costituzionale, in molti ordinamenti, stenta ad affermarsi come rimedio alle carenze delle politiche climatiche nazionali, si vedano le considerazioni di D. BADRINARAYANA, *A Constitutional Right to International Legal Representation: The Case of Climate Change*, in *Tulane Law Review*, 2018, 93, 1, 72 ss.

¹¹⁰ Cfr. J. AUZ, *Human Rights-Based Climate Litigation: A Latin American Cartography*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13, 1, 2022, 114-136.

¹¹¹ Cfr. su questo aspetto J. SETZER, L. BENJAMIN, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*, in *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, 98. a



generose sotto il profilo ambientale rispetto a quelle contenute nelle costituzioni nazionali. Anche questo approccio tuttavia ha mostrato i propri limiti: infatti, sebbene la sentenza *Urgenda* avesse fatto sperare in un accentuato attivismo climatico delle Corti del Vecchio Continente, nella realtà le azioni proposte su ispirazione del modello olandese non hanno prodotto finora risultati di rilievo, come dimostrano i casi di Norvegia e Svizzera dove, esauriti i rimedi interni, le speranze dei ricorrenti sono ora affidate alle decisioni della Corte EDU attese nei prossimi mesi.

In questo scenario a tinte fosche, uno spiraglio (o forse anche qualcosa di più) di ottimismo è oggi offerto dalla decisione del Tribunale costituzionale tedesco del marzo 2021. Questa sentenza infatti ha avuto il merito di riportare al centro della riflessione il ruolo che le costituzioni e i giudici costituzionali possono svolgere di fronte alla sfida epocale del cambiamento climatico. Riprova ne è l'elevato numero di contenziosi climatici di "tono costituzionale" avviati tra il 2021 e il 2022 (25, di cui 11 soltanto in Germania¹¹²), alcuni dei quali peraltro espressamente ispirati al caso *Neubauer* (ad es. il caso *Greenpeace Argentina*¹¹³).

Replicare però il modello *Neubauer* in altri Paesi non è cosa semplice, in quanto presuppone la presenza di tre elementi non comuni negli ordinamenti costituzionali europei (e non solo): (1) l'affermazione di un obbligo d'azione climatica in capo allo Stato; (2) il riconoscimento della dimensione intertemporale dei diritti fondamentali, da salvaguardare a beneficio delle generazioni presenti e future; e (3) la disponibilità di rimedi contro le omissioni del potere legislativo ed esecutivo.

Se si guarda in particolare all'ordinamento costituzionale italiano, nessuno dei tre presupposti sopra indicati risulta attualmente soddisfatto, sebbene la recente revisione dell'art. 9 Cost., attuata dalla legge costituzionale n. 1/2022, con l'introduzione del riferimento all'«interesse delle future generazioni», possa fare presagire lo sviluppo di nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale in questa direzione¹¹⁴.

L'auspicio, in definitiva, è che presto altri giudici costituzionali possano seguire la rotta tracciata dal *Bundesverfassungsgericht*, ergendosi a garanti dei diritti costituzionali delle generazioni presenti e future di fronte all'emergenza climatica. Questo richiederà però una buona dose di coraggio da parte dei giudici costituzionali; quel coraggio che finora è mancato a molte delle corti che, a livello comparato, sono state investite di contenziosi climatici di tono costituzionale.

¹¹² In Germania, infatti, sulla scia del successo conseguito dal caso *Neubauer* sono stati proposti undici contenziosi costituzionali dinanzi al Tribunale costituzionale federale tedesco contro diversi Länder per non avere approvato una legge climatica. I ricorrenti sostenevano infatti che la fissazione di obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni fosse obbligatoria anche a livello statale. Il 18 gennaio 2022 tuttavia il *Bundesverfassungsgericht* ha respinto i ricorsi in quanto ha ritenuto che, pur essendo anche i Länder vincolati dall'obbligazione climatica di cui all'art. 20a GG, essi non siano però sottoposti a budget di CO₂, prerogativa esclusiva del livello federale.

¹¹³ Federal Court of Mar del Plata N. 2, *Greenpeace Argentina et. al., v. Argentina et. al.*, pendente.

¹¹⁴ Sul punto, sia consentito nuovamente di fare rinvio a F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in corso di pubblicazione in DPCE Online, 2, 2022.

Costituzione, legge e interesse intergenerazionale: tutela dei diritti e vincoli legislativi

*Massimiliano Malvicini**

CONSTITUTION, LAW AND INTERGENERATIONAL PROTECTION: RIGHTS PROTECTION AND LEGISLATIVE CONSTRAINTS

ABSTRACT: The approval of Constitutional Law no. 1/2022 “Amendments to Articles 9 and 41 of the Constitution on the subject of environmental protection” represents an opportunity to question the relationship between constitutional state and protection of future generations. In this perspective, after reconstructing the origins of the first “intergenerational references” in international law and their formal features, the essay dwells on the Italian context trying to clarify if and how the theme has influenced the interpretative and applicative dynamics concerning constitutional and primary norms, also in the light of the principles of “solidarity”, “intergenerational equity”, “sustainability” and “political accountability”.

KEYWORDS: Environmental protection; sustainability; intergenerational equity; political accountability; constitutional State

ABSTRACT: L’approvazione della legge costituzionale n. 1/2022 “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente” rappresenta l’occasione per interrogarsi sui rapporti tra stato costituzionale e tutela delle generazioni future. In questa prospettiva, dopo aver ricostruito le origini dei primi “riferimenti intergenerazionali” nell’ambito del diritto internazionale e le loro caratteristiche formali, il saggio si sofferma sul contesto italiano cercando di chiarire se e in che modo il tema abbia influenzato le dinamiche interpretative e applicative concernenti le norme costituzionali e primarie, anche alla luce dei principi di “solidarietà”, “equità intergenerazionale”, “sostenibilità” e di “responsabilità politica”.

PAROLE CHIAVE: Tutela ambientale; sostenibilità; equità intergenerazionale; responsabilità politica; Stato costituzionale

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Diritto, Costituzione e questione inter-generazionale – 3. (*segue*) Le nuove forme della tutela giuridica dell’interesse intergenerazionale – 4. La tutela delle generazioni future nell’ambito

* *Assegnista di ricerca presso l’Università degli Studi del Piemonte orientale. massimiliano.malvicini@uniupo.it. Il contributo è stato selezionato nell’ambito della call “Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.” ed è stato sottoposto a referaggio.*



dell'ordinamento italiano e il ruolo della giurisprudenza costituzionale – 5. Alcuni rilievi conclusivi, anche alla luce della modifica degli articoli 9 e 41 Cost.

1. Premessa

L'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2022 recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente* rappresenta un'occasione per confrontarsi su un tema di frontiera del diritto pubblico e costituzionale contemporaneo: l'inquadramento giuridico della responsabilità verso le generazioni future, intesa come l'insieme delle «possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini non ancora esistenti»¹.

All'origine di tale discussione vi è un mutato atteggiamento rispetto alle conseguenze dell'intervento dell'uomo nel contesto naturale e sociale che lo circonda le quali, in direzione opposta a quanto verificatosi durante l'età dei lumi e il positivismo, riecheggiano sotto forma di un'ombra che si proietta sul futuro². Inevitabilmente, la tutela dell'istanza intergenerazionale – sia che si parli di diritti delle generazioni future, sia che si faccia riferimento ad altre forme di loro tutela – lambisce il mondo delle scienze sperimentali, così come la filosofia e il diritto; accanto alle questioni concernenti il fondamento etico e morale della responsabilità verso le generazioni future, emergono nuove questioni che interessano da vicino le dinamiche di produzione, l'applicazione e l'interpretazione del diritto a ogni livello, così come i processi di definizione e attuazione delle politiche pubbliche, nonché i nessi tra morale e agire politico³.

Rispetto alla varietà di questioni richiamate dal tema, in questa sede ci si soffermerà sui rapporti fra l'istanza inter-generazionale e la dimensione costituzionale⁴. In tal senso, partendo dall'esame dei rapporti tra diritto e tempo si cercherà di chiarire la specificità degli strumenti disposti a tutela delle generazioni future nel corso del Novecento; in seguito, ci si soffermerà sul contesto italiano valutando se ed eventualmente *in che modo* il riferimento alle generazioni future abbia influito sulle dinamiche interpretative, applicative e costitutive all'interno del nostro ordinamento, anche per trarre qualche prospettica notazione di sintesi.

2. Diritto, Costituzione e questione inter-generazionale

Come accennato, i nessi tra tutela delle generazioni future e ambito giuridico sono numerosi.

¹ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 15.

² È da questa prospettiva che prende le mosse H. JONAS, *Der Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979, trad. it., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990.

³ Per un primo approccio a questi ambiti tematici si può far riferimento a: F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma, 2016.; ID., *Etica intergenerazionale*, Brescia, 2021; U. POMARICI, *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Napoli, 2019; A. GOSSERIES, L.H. MEYER (eds), *Intergenerational justice*, Oxford, 2009.

⁴ Per un inquadramento delle principali questioni tra tutela delle generazioni future e regolazione giuridica rimane un riferimento imprescindibile la raccolta di saggi in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.





A livello generale, questa è una conseguenza della “proiezione intertemporale” del diritto, intesa anzitutto quale condizione per la sua pensabilità e applicazione⁵. Essa è all’origine del perpetuo rinnovamento dello stesso ordinamento, mediante i processi di produzione, applicazione e interpretazione normativa⁶, e si realizza anche sul piano sostantivo, tanto che la stabilizzazione – temporale e spaziale – della tutela di alcuni interessi provenienti dalla società (a scapito di altri) è il fulcro della nota concezione del diritto come istituzione (*ubi ius ibi societas; ubi societas ibi ius*)⁷; sul punto, rimangono paradigmatiche le parole di Santi Romano: «l’istituzione da cui derivano le norme giuridiche conferisce a queste ultime una effettiva e obiettiva persistenza oltre il momento in cui in esse si concreta la volontà che le pone. È proprio in questa persistenza che si rivela la funzione e, quindi, l’essenza del diritto»⁸. Invero, adottando la lente istituzionalista, anche i rapporti fra questione intergenerazionale, da un lato, e nozioni di Stato e Costituzione dall’altro possono essere colti nella loro specificità.

Riguardo allo Stato, la sua configurazione quale «ente a sé», che «riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta», senza confondersi con nessuno di essi, porta a metterne in luce la capacità di trascendere «la caduca esistenza degl’individui, pure essendo composto di uomini» e, parimenti, di elevarsi «al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli» ponendosi, in definitiva, «nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un’intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione»⁹.

Ciò nondimeno, la tutela dell’interesse intergenerazionale – teoricamente assicurata dalla capacità performativa dello Stato attraverso la forza del diritto – rimane una mera eventualità; infatti, lo stesso “potere istituyente”, per usare la terminologia di Castoriadis¹⁰, nella sua duplice dimensione sociale e

⁵ Sui nessi tra tempo e diritto v. anzitutto: G. CAPOZZI, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Napoli, 1968; G. GASPARRI, *Sul rapporto tra diritto e tempo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1974, p. 544 ss; S. COTTA, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1981, 119 ss; V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, 432.

⁶ E. BULYGIN, *Teoria e tecnica della legislazione*, in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, 29 ss.

⁷ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico* (1946), riedita in Macerata, 2018. Sul concetto di ordinamento giuridico in Santi Romano, cfr., senza alcuna pretesa di completezza, a G. TARELLO, *La dottrina dell’ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, 245-256; A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1976; N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960; R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. Romano (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli, 2019.

⁸ S. ROMANO, *Diritto* (funzione del), in ID., *Frammenti di un Dizionario giuridico* (1947), Milano, 1983, 85. Valorizza questo passaggio anche F. CIARAMELLI, *Responsabilità per le generazioni future: la funzione del diritto*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *La responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all’etica e alla politica*, Napoli 2017, 15-35. Sul concetto di “istituzione” nella prospettiva “romaniana” cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, 1999, spec. 128 ss; M.L. TARANTINO, *Istituzionalismo e neoistituzionalismo*, Milano, 2011, spec. 111 ss.; M. FOTIA, *L’istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*, *Democrazia e diritto*, 1-2, 2011, 135-174; M. D’ALBERTI, *Santi Romano e l’istituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2014, 3, 579-592.

⁹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi, discorso inaugurale dell’anno accademico 1909-1910*, Pisa, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1969, 386.

¹⁰ C. CASTORIADIS, *L’institution imaginaire de la société*, Paris, 1975 (trad. it. *L’istituzione immaginaria della società*, a cura di F. Ciaramelli, Torino, 1995); ID., *Le monde morcelé. Les carrefours du labyrinthe, Tome 3*, Paris, 1990, 165.





politica, non rappresenta di per sé una garanzia contro il radicamento di prassi e condotte ad esclusivo vantaggio dei “presenti” ma, al contrario, proprio a causa del suo legame con il principio di sovranità popolare, può favorire il rafforzamento di istanze “presentiste”¹¹.

Anche l’ambito costituzionale è coinvolto in queste dinamiche¹². Per la sua capacità di garantire la limitazione dell’azione dei poteri pubblici, da un lato, e l’effettiva tutela delle sfere di autonomia dall’altro¹³, la Costituzione si pone al tempo stesso come strumento di salvaguardia e di limite dell’affermazione di istanze inter- e intra-generazionali, oltre che di quelle essenziali regole che consentono all’antagonismo degli interessi sociali di trasformarsi e alimentare l’ordine politico istituzionalizzato¹⁴.

Entro certi termini, la stessa storia costituzionale è l’insieme delle vicende che si sviluppano lungo la linea di faglia fra tre segmenti generazionali: la generazione che crea il nuovo ordine, quelle che – pur viventi – lo subiscono e quelle che, non ancora esistenti, ne saranno presumibilmente soggette. Tale confronto – che ha origine nel momento costituente, ma che si dipana nel tempo a causa dell’ineliminabile tensione tra principio di sovranità popolare e legalità costituzionale¹⁵ – può portare a esiti differenziati, secondo la natura più o meno contingente¹⁶ del patto su cui si fonda la legittimità del nuovo ordine politico (che, in termini analitici, è rilevabile usando, per esempio, le nozioni di “costituzione-bilancio” e “costituzione-programma”)¹⁷.

Non casualmente, è possibile individuare i primi riferimenti inter-generazionali all’interno dei primi due “processi costituenti” in senso moderno: quello americano e quello francese. Così, nella Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 troviamo l’affermazione per la quale

«Tutti gli uomini sono da natura egualmente liberi e indipendenti, e hanno alcuni diritti innati, di cui, entrando nello stato di società, non possono, mediante convenzione, *privare o spogliare la loro posterità*; cioè, il godimento della vita, della libertà, mediante l’acquisto ed il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e sicurezza»¹⁸; a distanza di qualche anno sarà Thomas Jefferson, allora ambasciatore degli Stati Uniti a Parigi nel settembre del 1789, a interrogarsi sulla possibilità che «una

¹¹ S. GARDINER, *A Perfect Moral Storm. The Ethical Tragedy of Climate Change*, Oxford, 2011.

¹² In materia cfr. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. III, Milano, 1978, 783 ss; P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Padova, 1984; M. D’AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, XXXIX, 1992, 39 ss; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009.

¹³ In prospettiva storica v. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, 5-52.

¹⁴ R. ESPOSITO, *Pensiero istituzionale. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 194 ss. 2020; Id. *Istituzione*, Bologna, 2021.

¹⁵ «Se si parte dall’assunto che la Costituzione nasce per durare, ci si deve domandare entro quali limiti possa fungere da vincolo alle generazioni future», così L. CUOCOLO, *op. cit.*, 109.

¹⁶ G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997: «Le costituzioni sono affette in modi diversi dalla natura contingente del patto costituente, ed esprimono in modi maggiori o minori il carattere storicamente determinato o transitorio dell’intesa che le sorregge. Dal punto della loro tipologia, una costituzione lunga che incorpora una filosofia programmatica, fortemente dipendente dall’assetto storico delle forze sociali e politiche nel momento di transizione, esalta evidentemente lo scarso rispetto agli stadi che le generazioni successive possono raggiungere; le costituzioni brevi, invece, sono capaci di una diversa (inferiore) misura di vincoli sostanziali sulle generazioni future» (66).

¹⁷ Sul punto, in termini più ampi, v. anche G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 131 ss.

¹⁸ <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>.



generazione di uomini abbia il diritto di legarne un'altra» giungendo a una risposta negativa¹⁹; dello stesso segno sarà anche la risposta fornita dai Costituenti francesi sulla scia di Condorcet (ma più per tracciare un confine con il passato che per statuire un indirizzo per il futuro), mediante l'art. 28 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino premessa all'Atto costituzionale del 24 giugno 1793, secondo il quale «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future»²⁰.

Ciò posto, oggi la proiezione intertemporale delle Costituzioni viene in essere attraverso alcune modalità "tipiche".

Sotto un primo profilo, essa si realizza comunque in modo "diffuso": non sono poche le disposizioni costituzionali suscettibili di ricevere *ab origine* interpretazioni e applicazioni trascendentali rispetto alla loro stessa formulazione letterale, aprendosi a ipotesi interpretative più vicine al sostanzialismo che al formalismo giuridico²¹. Si pensi, ad esempio, con riferimento all'ordinamento italiano, ai lemmi "Popolo", "Patria" e "Nazione"; secondo una certa lettura, questi sarebbero suscettibili di esprimere «il bisogno di una continuità attraverso il tempo di esperienza sociale e comunitaria»²², cioè – in altri termini – l'idea di comunità politica che, basandosi su un «sodalizio non solo tra i vivi, ma anche tra coloro che sono vivi, che sono morti, e che devono ancora nascere»²³, ha la capacità di superare – in termini temporali e spaziali – quella porzione di popolazione che, in un certo momento storico, agisce, partecipa ed è rappresentata attraverso gli strumenti dell'ordinamento statale²⁴ e che, come tale, richiede la tutela di interessi unitari oltre il contingente (l'interesse generale)²⁵.

Proprio perché la valorizzazione di tali riferimenti intergenerazionali "impliciti" nelle Carte costituzionale è un prodotto dell'attività interpretativa, non è detto che essa abbia sempre successo e, quindi, che possa essere funzionale all'affermazione dei principi di etica inter-generazionale; su questa dinamica incidono molte variabili: *in primis* l'insieme delle "credenze e dei valori" degli interpreti (dottrina, giurisprudenza) e l'eventuale presenza di orientamenti consolidati in alcuni specifici settori dell'ordinamento.

¹⁹ <https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison#notes1b>.

²⁰ Cfr. che a sua volta riprende l'art. 33 della *Déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes*, premesso al Plan de Constitution présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793, che aveva una forma più ampia: «Un Peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Un génération n'a pas le droit d'assujettir à ses Lois les générations futures; et toute hérédité dans les fonctions est absurde et tyrannique». <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k73809f/f53.item.zoom> Sull'atto costituzionale del 24 giugno 1793, M. FIORAVANTI, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte Constitutionnel del 24 giugno 1793*, in *Historia Constitucional*, <https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/36407/48975/07Fioravanti,Marco.pdf>.

²¹ Su questa dicotomia v. G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, 2021, 315 ss.

²² A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, 354-355.

²³ E. BURKE, *Works*, Boston, 1839, III, 52.

²⁴ E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*, Torino, 2021, 24

²⁵ E. RENAN, *Che cos'è una nazione?* (1882), Roma, 1998, il concetto di nazione «presuppone un passato, ma si riassume nel presente attraverso un fatto tangibile: il consenso, il desiderio chiaramente espresso di continuare a vivere assieme» (16).



A testimonianza dell'eterogeneità delle variabili in gioco, basti pensare che, in termini generali, anche la costituzionalizzazione delle istanze intergenerazionali porta in dote alcuni rischi "inevitabili" rispetto all'effettività della loro tutela. Come ha sottolineato Axel Gosseries, infatti, «l'idea stessa di costituzione, in quanto prevede norme che rendono il suo emendamento particolarmente difficile [...] è potenzialmente problematica da un punto di vista di giustizia intergenerazionale. Questo perché è cosiffatta che le generazioni precedenti vincolano quelle successive senza il consenso di queste ultime»²⁶. A tale ragionamento, che porta ad un'affermazione per certi versi spiazzante – talché «il recepimento da parte della norma costituzionale dei diritti delle generazioni future può essere considerato un progresso nell'ambito della giustizia intergenerazionale» mentre «l'idea stessa di avere una costituzione non è direttamente compatibile con le esigenze di giustizia intergenerazionale»²⁷ – si deve comunque affiancare la consapevolezza che la capacità delle generazioni "costituenti" di vincolare i comportamenti di quelle successive può essere intesa anche come «legato giuridico e politico» che consente ai "contemporanei" l'esercizio della sovranità e l'esigibilità dei diritti in un modo peculiare:

Nelle condizioni storiche, storicamente prodottesi, noi siamo calati di fatto. Ma di quelle condizioni fa parte anche il dettato normativo (i.e. costituzionale) ereditato: un legato al cui rispetto noi non siamo tenuti incondizionatamente, ma alla cui ponderazione ed osservanza siamo però aiutati anche per la difficoltà dei procedimenti con cui diverrebbe possibile modificarlo, o abolirlo. Diveniamo così consapevoli che l'assetto normativo fondamentale da noi ricevuto non appartiene alla mera routine politica, e va affrontato, considerato, con una riflessione calma e lungimirante. Ma – questo è il punto, si tratta di un legato cui non potremmo concedere una ragionevole attenzione e una responsabile appropriazione pubblica, come accade nell'arena democratica, se esso ci fosse dato come un imperscrutabile dogma, inalterabile dunque, e se conseguentemente si accompagnasse al divieto di esercizio della volontà democratica.

3. (segue) Le nuove forme della tutela giuridica dell'interesse intergenerazionale

Sotto un secondo profilo, la tutela delle generazioni future si realizza tramite specifiche forme di tutela giuridica che, a partire dalla sfera internazionale, hanno assunto varie configurazioni fino a prevedere il riconoscimento a loro favore di interessi e, in alcuni casi, di diritti.

In termini preliminari, queste forme di regolazione giuridica dei rapporti fra la generazione presente e quelle future costituiscono una modalità di istituzionalizzazione delle "azioni transgenerazionali regolative": quel tipo di azione sociale che è finalizzata ad influenzare l'allocazione imperativa di vantaggi o svantaggi in una società, prendendo in considerazione gli interessi di un'entità qualificabile, *prima facie*, come artefatto astratto ed ipotetico – le generazioni future –, ma tale da poter articolarsi in un gruppo sociale concreto²⁸, rapportandoli con la tutela degli interessi sanciti dall'ordinamento, da un lato, e da quelli concorrenti nell'agone politico, dall'altro.

²⁶ A. GOSSERIES, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., 33.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ T. ANDINA, *Transgenerazionalità. Una filosofia per le generazioni future*, Roma, 2020, p. 79 ss, spec. 104-136.



In generale, si possono distinguere: a) le forme di tutela implicite, che si realizzano mediante l'uso, nell'ambito dei processi di applicazione e interpretazione del diritto, di nozioni che, *prima facie*, non si richiamano direttamente agli interessi delle generazioni future, ma che consentono di ricavare principi e regole a esse riferibili (e.g. il concetto di "patrimonio dell'umanità"); b) forme di tutela esplicite, che si realizzano mediante: b-1) direttive che funzionalizzano parzialmente o totalmente la tutela di beni nell'interesse delle generazioni future creando in capo agli organi pubblici e/o ai soggetti privati specifici obblighi di comportamento; b-2) direttive che attribuiscono diritti alle generazioni future.

Sul piano storico, i primi riferimenti normativi che testimoniano la mutata sensibilità rispetto alle generazioni future si trovano nel preambolo della Carta delle Nazioni Unite (San Francisco, 26 giugno 1945) e nella Convenzione internazionale per la regolamentazione della caccia alla balena (Washington, 2 dicembre 1946). Anche alla luce dei principi espressi in questi documenti, le prime forme di tutela giuridica delle generazioni future si sono articolate in forma implicita, soprattutto attraverso la sottoposizione a regimi giuridici peculiari di alcuni tipi di spazi e beni, a partire da quelli sottratti alla sovranità degli Stati, per poi espandersi con riferimento a quelli sotto la loro giurisdizione²⁹.

In particolare, la tutela dell'interesse inter-generazionale si è realizzata mediante l'articolazione del concetto di patrimonio comune dell'umanità, nozione usata in ambito internazionale per favorire l'emersione di specifici obblighi di cooperazione tra Stati con riferimento a beni o luoghi di interesse collettivo. Riferimenti di questo tipo sono contenuti, per esempio, nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982) e nell'Accordo adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite che regola le attività degli Stati sulla Luna e gli altri corpi celesti (1979), che statuiscono, rispettivamente, che i fondi marini e il nostro Satellite, e le sue risorse naturali, sono *common heritage of Mankind*.

Nel corso degli anni la nozione di patrimonio comune dell'umanità è entrata a far parte delle discipline giuridiche di ambiti inizialmente riservati alla sovranità degli Stati; per esempio tale dinamica ha caratterizzato l'ambito culturale, a seguito dell'approvazione della Convenzione di Parigi del 1972 in cui, dopo aver premesso nel preambolo che «certi beni del patrimonio culturale naturale offrono un interesse eccezionale che esige la loro preservazione come elementi del patrimonio mondiale dell'umanità», si stabilisce che ciascuno Stato parte della Convenzione ha l'obbligo di garantire l'identificazione, protezione, conservazione, valorizzazione e trasmissione alle generazioni future del patrimonio culturale e naturale situato sul suo territorio (art. 4).

In termini generali, il collegamento fra la nozione di patrimonio comune dell'umanità e la tutela delle generazioni future è senz'altro molto stretto: il concetto di umanità tende infatti a richiamare i nessi con generazioni passate, e con quelle future, il che a sua volta incentiva l'articolazione di un ragionamento deontico in ottica sia intertemporale sia inter-spaziale³⁰, in un modo analogo a quanto avviene in ambito costituzionale, laddove, come accennato, pur in assenza di specifici riferimenti alle generazioni future, esistono norme che contengono concetti e lemmi riferibili a una dimensione temporale più ampia di quella in cui opera la "comunità dei viventi".

Ad ogni buon conto, con il passare del tempo, la salvaguardia dell'interesse delle generazioni future si è orientata verso forme di tutela esplicite. In tale direzione, va ricordata la Dichiarazione di Stoccolma

²⁹ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., 91 ss.

³⁰ IVI, 107.



sull'ambiente umano del giugno 1972, ove si afferma che l'uomo – oltre ad avere un diritto fondamentale alla libertà, all'uguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere – ha «il dovere solenne di proteggere e migliorare l'ambiente a favore delle generazioni presenti e future» (art. 1) e che, in questo senso, «le risorse naturali della Terra ivi comprese l'aria, l'acqua, la terra, la flora e la fauna, e particolarmente i campioni rappresentativi degli ecosistemi naturali» vanno preservate con un'adeguata «pianificazione e gestione» (art. 2). Soprattutto occorre rammentare il Rapporto *Our Common Future* elaborato nell'ambito dell'ONU dalla World Commission on Environment and Development (WCED; il c.d. *Rapporto Brundtland*, dal nome del presidente della Commissione) e la Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo adottata nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite (Rio De Janeiro, giugno 1992).

La rilevanza del Rapporto Brundtland è derivata dal fatto che in esso si trova, per la prima volta, un riferimento esplicito al concetto di sviluppo sostenibile, interpretato come processo che «meets the need of the present without compromising the ability of the future generations to meet heri own need» e, in quella sede, all'origine più di impegni programmatici che giuridici tout court³¹. D'altra parte, nella Dichiarazione di Rio si afferma che, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite e i principi del diritto internazionale, gli Stati hanno il diritto sovrano di sfruttare le proprie risorse secondo le loro politiche ambientali e di sviluppo, ma hanno anche «il dovere di assicurare che le attività sottoposte alla loro giurisdizione o al loro controllo non causino danni all'ambiente di altri Stati o di zone situate oltre i limiti della giurisdizione nazionale» (principio 2). Come previsto dalle norme successive, l'azione degli Stati deve svolgersi rispettando due principi generali; anzitutto, il loro diritto allo sviluppo deve realizzarsi consentendo il soddisfacimento equo delle esigenze relative all'ambiente e allo sviluppo delle generazioni presenti e future (principio 3); in secondo luogo, per garantire la sostenibilità dello sviluppo degli Stati, la tutela ambientale deve assumere un ruolo “integrato” in esso (principio 4).

A testimonianza della capacità espansiva del tema in esame, va ricordato che un riferimento alle generazioni future è presente anche nella Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina (Oviedo, 4 aprile 1997). In particolare, affermando che i progressi della biologia e della medicina vanno usati per il beneficio delle generazioni presenti e future, questo documento sancisce che gli Stati devono proteggere «l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità» e, del pari, garantire «ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina».

Il radicamento di questo nuovo indirizzo in materia intergenerazionale è stato anche favorito, da un lato, dall'approvazione della Dichiarazione Unesco sulla responsabilità delle presenti generazioni verso le generazioni future (Parigi, 1997) e, dall'altro, dalla previsione di riferimenti di questo tipo a livello costituzionale.

Nell'ambito della Dichiarazione Unesco il primo articolo stabilisce che «Le generazioni presenti hanno la responsabilità di sorvegliare affinché i bisogni e gli interessi delle generazioni future siano pienamente salvaguardati». Nella stessa ottica, dopo aver affermato, fra l'altro, la necessità di garantire «il mantenimento e la perpetuazione dell'umanità nel rispetto della dignità della persona umana», essa

³¹ N. LONGO, *Lo sviluppo sostenibile dal Rapporto Brundtland all'Agenda Onu 2030 e l'interpretazione evolutiva nei trattati*, in M.A. LUPOI (a cura di), *Il tempo nel diritto, il diritto nel tempo*, Bologna, 2020, 231.





specifici obblighi e vincoli delle generazioni presenti che, in termini paradigmatici, si estendono in tutti i principali ambiti coinvolti dalle dinamiche di istituzionalizzazione dei principi di etica inter-generazionale: *i.e.* l'assetto politico, economico, sociale; l'ambiente; la biodiversità e la genetica; il patrimonio culturale; la pace; lo sviluppo economico; l'educazione.

In quanto all'ambito costituzionale, secondo un'indagine del 2015, a livello mondiale, le Carte fondamentali che contenevano un esplicito riferimento intergenerazionale erano sessantanove, trenta delle quali nel preambolo; molto spesso, i riferimenti sono connessi con la tutela dell'ambiente, intrecciandosi anche con il principio di sviluppo sostenibile. Solo in alcuni casi sono accompagnati da norme a carattere procedurale e organizzatorio rivolte ai pubblici poteri³².

In ambito europeo, due esempi paradigmatici di questo discorso sono l'art. 20a della Legge fondamentale tedesca e l'art. 66 della Costituzione portoghese; il primo prevede che lo Stato – «Conscio anche della sua responsabilità nei confronti delle generazioni future» – debba proteggere le fondamentali della vita e degli animali mediante l'esercizio della funzione legislativa, di quella giudiziaria ed esecutiva; il secondo sancisce che per «assicurare il diritto all'ambiente, nel quadro di uno sviluppo sostenibile, spettano allo Stato «per mezzo di propri organismi e con il coinvolgimento e la partecipazione dei cittadini» alcuni compiti specifici tra i quali: «Promuovere lo sfruttamento razionale delle risorse naturali, salvaguardando le loro capacità di rinnovamento e la stabilità ecologica, nel rispetto del principio di solidarietà tra generazioni» (art. 66, c. 2, lett. d). A essi si aggiunge ora l'art. 9 della Costituzione italiana che – anche in virtù dell'incidenza di dinamiche di recezione giuridica (cd. *legal borrowing*), è conforme a tale approccio, statuendo che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» (su cui v. *infra*).

Dal punto di vista della politica del diritto, l'introduzione di questi riferimenti favorisce la legittimazione di specifici doveri e obblighi sovente imputabili ai pubblici poteri, fornendo così una risposta all'esigenza di provvedere in termini giuridici alla tutela delle generazioni future senza però cadere nell'impasse derivante dall'ampiezza delle questioni concernenti, ad esempio, la determinazione dei loro profili soggetti e temporali, l'elenco e la natura dei loro interessi e le eventuali modalità attraverso le quali salvaguardare le posizioni giuridiche di vantaggio a esse attribuibili. In questa prospettiva, secondo un'autorevole dottrina, l'inquadramento di una responsabilità verso le generazioni future in senso di auto-obbligazione dei viventi avrebbe il vantaggio di non porre sullo stesso piano gli interessi delle generazioni presenti e quelli delle generazioni future, azione inopportuna per la strutturale disomogeneità fra interessi del soggetto in atto e quelli del soggetto in potenza³³.

Ad ogni buon conto, la costituzionalizzazione nell'interesse delle future generazioni porta a conseguenze di grande interesse nelle attività di applicazione e interpretazione del diritto positivo. In molti casi, infatti, anche a causa della loro collocazione presso disposizioni che esprimono norme di principio collocate generalmente al vertice di una o più scale assiologiche e/o gerarchiche di un certo ordinamento giuridico, i riferimenti alle generazioni future si contraddistinguono per un'ampia genericità e

³² T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico, comparato ed europeo*, 1, 2016, 53 ss. e tab. A2.

³³ M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., 423-441 (anche in *Diritto e società*, 2, 2008, 145 ss.).





indeterminatezza oltre che per un'incertezza di massima circa la loro applicazione rispetto ai casi concreti; inoltre, per le stesse ragioni, essi saranno anche suscettibili di fornire *la ratio* di altre norme (regole o principi), anche inesprese; d'altra parte, nella stessa ottica, è probabile che essi entrino in rotta di collisione con altri principi, condizionando l'articolazione di specifiche regole del conflitto³⁴. Inoltre, l'effettivo impatto dei riferimenti intergenerazionali nelle dinamiche applicative di ciascun ordinamento dipende anche dall'eventuale presenza di altri tipi di norme che, in linea generale, possono contribuire a vincolare l'attività dei legislatori, dei giudici e della pubblica amministrazione (e.g. norme di competenza; norme permissive; definitorie; interpretative; norme di rinvio)³⁵. Come si è accennato, sono però pochi i casi in cui ciò si verifica con la conseguenza che, in definitiva, il successo delle clausole intergenerazionali dipende dalle vicende che caratterizzano la cultura giuridica degli interpreti del diritto, a partire dai giudici.

4. La tutela delle generazioni future nell'ambito dell'ordinamento italiano e il ruolo della giurisprudenza costituzionale

Dal punto di vista generale, il radicamento dell'istanza intergenerazionale si è realizzato nel nostro Paese secondo modalità del tutto peculiari.

I primi riferimenti normativi alle generazioni future si trovano nella legislazione approvata negli anni Settanta per ratificare di documenti internazionali (e.g. legge 12 aprile 1973, n. 202; legge 6 aprile 1977, n. 184) oltre che in alcune "leggi quadro" concernenti, *in primis*, la materia ambientale (e.g. art. 11, legge 27 dicembre 1977, n. 968; art. 37, c. 2, legge 6 dicembre 1991, n. 394); in tal senso, si deve ricordare l'art. 1, c. 2 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 il quale, per la prima volta, ha previsto che «qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale», oggi richiamato dall'art. 144, c. 2 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152: «Le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale». Al contempo, la tutela delle generazioni future ha ricevuto un riconoscimento anche a livello regionale, tramite l'introduzione di specifici riferimenti negli Statuti³⁶.

In tempi recenti, il consolidamento della proiezione intergenerazionale del nostro ordinamento è stato favorito anche dalla modifica dell'art. 97 Cost., realizzata attraverso l'approvazione della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, recante *Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*. Come sottolineato da alcuni studiosi, con l'introduzione del principio di sostenibilità del debito pubblico, è stato inaugurato «un chiaro indirizzo politico finanziario in Costituzione» dagli evidenti risvolti inter- (oltre che intra-) generazionali³⁷.

³⁴ Su cui, diffusamente, G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 85 ss.

³⁵ Secondo la terminologia di R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014², 43 ss.

³⁶ Una ricostruzione in tal senso si trova in M. LUCIANI, *Op. cit.*, e in R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., 132 ss.

³⁷ L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Milano, 2020, XVI. Sul punto v. altresì R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*,





Sul punto, invero, si è anche espressa la Corte costituzionale la quale – nella sentenza n. 88 del 2014 – ha affermato che il principio di sostenibilità del debito pubblico implica «una responsabilità che, in attuazione [dei principi] fondanti di solidarietà e di eguaglianza, non è solo nelle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future».

Tale richiamo – ben più vigoroso dei riferimenti contenuti nelle sentenze della Corte costituzionale n. 259 del 1996 e n. 419 del 1996 e, più di recente, con riferimento però alle fonti rinnovabili, nelle pronunce n. 237 del 2020 e n. 46 del 2021 – costituisce solo uno degli esempi di valorizzazione della tutela delle generazioni future in ambito giurisprudenziale. Più in generale, infatti, negli ultimi anni sono state numerose le pronunce ove hanno trovato spazio concetti come la “sostenibilità dei bilanci” e “l’equità intergenerazionale”, usati dalla Corte per valutare l’adeguatezza delle scelte del legislatore rispetto all’esigenza di garantire il «soddisfacimento dei bisogni delle generazioni presenti senza pregiudicare analoghe necessità in capo alle generazioni future»³⁸.

In materia di bilancio l’equità intergenerazionale è ormai riconosciuta – accanto alla sana gestione finanziaria e alla responsabilità di mandato – come canone costituzionale in base al quale valutare la bontà degli interventi legislativi. Alla base di questo risultato vi è l’inquadramento dell’effettiva sostenibilità delle scelte di bilancio come atto di responsabilità e di solidarietà inter- e intra-generazionale³⁹; un esito al quale la giurisprudenza costituzionale è approdata comunque con gradualità⁴⁰.

Il primo tassello è rappresentato, in questo senso, dalla già citata sentenza n. 88 del 2014, cui hanno fatto seguito le pronunce n. 107 del 2016, n. 6 del 2017 e n. 49 del 2018. Con le prime due la Corte ha messo in luce, anzitutto, «la problematicità di soluzioni normative, mutevoli e variegate [che] prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali lunghi e differenziati, ben oltre il ciclo di bilancio ordinario, con possibili ricadute negative anche in termini di equità intergenerazionale», mentre con l’ultima ha posto le premesse per cercare di collegare il principio di sostenibilità dei bilanci (e, dunque, la tutela delle generazioni future) con quello democratico. In particolare, ciò è avvenuto riaffermando,

2, 2012; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse, in Amministrazione in cammino*, 2011.

³⁸ D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, 5. In materia v. altresì L. SALVEMINI, *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione: i passi per la tutela del futuro (non solo nostro)*, in *Federalismi.it*, 20, 2021, 63 ss; M. FRANCAVIGLIA, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *Federalismi.it*, 19, 2020; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 10, 2010, 13 ss.

³⁹ I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito riflessioni sul tema*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 1, 2021: «La sostenibilità delle scelte di bilancio, in altre parole, è stata declinata come *responsabilità* verso le generazioni future, ma anche come *principio di solidarietà* tra generazioni e all’interno della stessa generazione da cui discende il dovere di evitare il debito generato da spese ingiustificate e perciò *irragionevoli*, perché per esempio non produttive di investimenti vantaggiosi per l’intera collettività» (59).

⁴⁰ In materia si vedano anche v. G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2018; M. ROSPI, *L’equità intergenerazionale, la «disobbedienza civile» e il principio democratico alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia di equilibrio di bilancio*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2021, 759 ss; G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 24, 2020, 243 ss; C. BERGONZINI, *Prime note su un percorso giurisprudenziale: dalla sostenibilità del debito pubblico all’equità intergenerazionale* in G. COLOMBINI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Napoli, 2021, 113-129.





ancora una volta, la necessità che la legge di approvazione del consuntivo sia predisposta in base a dati numerici e a collegamenti normativi caratterizzati da attendibilità e coerenza e suscettibili di essere valutati come credibili, sufficientemente sicuri, non arbitrari o irrazionali e, d'altra parte, che essa contenga, accanto al risultato di amministrazione e della gestione annuale inerente al rendiconto, lo stato dell'indebitamento e delle eventuali passività dell'ente applicate agli esercizi futuri, dato che esso consente un «sindacato sia in relazione ai vincoli europei, sia in relazione all'equità intergenerazionale», qualificandosi, in definitiva, come uno «strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche di investimento in concreto adottate»⁴¹. In base a tali premesse, e riprendendo quanto affermato in una precedente occasione (sent. n. 184 del 2016), la Corte ribadisce l'importanza del principio di trasparenza dei conti nella prospettiva di realizzare quello democratico, che risiede nella capacità del primo di consentire una valutazione obiettiva e informata dello svolgimento del mandato elettorale da parte dei cittadini, ma anche una maggiore responsabilizzazione degli amministratori, «essendo necessariamente servente al controllo retrospettivo dell'utilizzo dei fondi pubblici»⁴².

In questo solco si inserisce anche la sentenza n. 18/2019, con cui la Corte si è espressa sulla disciplina del predissesto di cui al Testo unico degli enti locali facendo riferimento alla tutela dell'equità intergenerazionale⁴³. In quest'occasione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 714 della legge n. 208 del 2015, come sostituito dall'art. 1, c. 434 della legge n. 232 del 2016; la norma censurata prevedeva la possibilità, per gli enti locali che avessero presentato o approvato il piano di riequilibrio finanziario pluriennale (PRFP) prima del rendiconto per l'esercizio 2014, ma che, al momento della presentazione o approvazione del piano, non avessero ancora effettuato il riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi, di riformulare il predetto piano entro la fine di maggio del 2017, scorporando la quota di disavanzo risultante dalla revisione straordinaria dei residui antecedenti al 2015, ripianandola entro trent'anni. Orbene, secondo la Corte – che ha evocato come parametri di riferimento gli artt. 81 e 97 Cost., in combinato con gli artt. 1, 2, 3, e 41 Cost. – l'introduzione della possibilità per gli enti locali di spalmare il ripiano dei disavanzi deve considerarsi lesiva del principio di equità intergenerazionale; difatti, «[l]a tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii» non può infatti che portare a «paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale», vale a dire con «la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»⁴⁴.

⁴¹ Corte cost. sent. 49/2018, punto 3 del *considerato in diritto*.

⁴² Corte cost. sent. 184/2016, punto 3.4. del *considerato in diritto*.

⁴³ Su questa pronuncia cfr. A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale e democratica" e "intergenerazionale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2019, 216 ss; G. BOGGERO, *La Corte costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *Diritticomparati.it*, 1° aprile 2019; P. MAZZINA, *L'equità inter-generazionale tra responsabilità politica e controllo della corte dei conti: una prima lettura della sentenza della corte costituzionale n. 18 del 2019*, in *De Iustitia*, 7 settembre 2020.

⁴⁴ Corte cost. sent. 18/2019, punto. 6 del *considerato in diritto*.



Conforme a tale orientamento è anche la sentenza 115 del 2020 con cui la Corte costituzionale è stata chiamata a esprimersi sulla costituzionalità dell'articolo 38 del decreto-legge n. 34 del 2019, convertito, con modificazioni, nella legge n. 58/2019, mediante il quale si è nuovamente consentito agli enti in predissesto di riproporre, a determinate condizioni, il piano finanziario di riequilibrio pluriennale. In quest'occasione, la Corte ha ritenuto incostituzionale il secondo comma dell'art. 38 del d.l. n. 34 del 2019: prevedendo che la riproposizione del piano di riequilibrio debba contenere il ricalcolo complessivo del disavanzo, esso introduce un «meccanismo di manipolazione del deficit che consente [...] di sottostimare, attraverso la strumentale tenuta di più disavanzi, l'accantonamento annuale finalizzato al risanamento e, conseguentemente, di peggiorare, anziché migliorare, nel tempo del preteso riequilibrio, il risultato di amministrazione»⁴⁵. In questo senso, proprio perché la norma censurata «esonera l'ente locale in situazione di predissesto da una serie di operazioni indefettibili per ripristinare l'equilibrio e, in particolare, dall'aggiornamento delle proiezioni di entrata e di spesa, dalla ricognizione delle situazioni creditorie e debitorie, dalla previa definizione degli accordi con i nuovi creditori e con quelli vecchi eventualmente non soddisfatti, nonché dalla ricognizione e dimostrazione della corretta utilizzazione dei prestiti stipulati per adempiere alle pregresse obbligazioni passive», consentendo, in definitiva, «di utilizzare risorse vincolate al pagamento di debiti pregressi per la spesa corrente, in tal modo allargando la forbice del disavanzo»⁴⁶ essa è suscettibile di violare gli art. 81 e 97 Cost. e l'art. 119, sesto comma, Cost. sotto il profilo dell'equità intergenerazionale⁴⁷.

Accanto alla valorizzazione del legame tra il principio di sostenibilità del debito pubblico e quello democratico (ripreso anche nelle sent. n. 80 del 2021 e n. 235 del 2021), la giurisprudenza costituzionale testimonia anche un rafforzamento i nessi tra tutela delle generazioni future e principio di solidarietà, nella sua proiezione "inter-temporale"⁴⁸; in particolare, di là dai riferimenti contenuti nella sent. n. 88 del 2014, questa tendenza si è consolidata tramite varie pronunce aventi a oggetto le restrizioni dei trattamenti pensionistici, ritenute legittime – per l'appunto – ove dirette alla realizzazione di «forme di solidarietà forte», teleologicamente orientate a salvaguardare il sistema pensionistico, nell'ottica di «garantire la tutela previdenziale ai più deboli» entro il quadro della mutualità "intergenerazionale", ossia «in modo tale che anche le generazioni future, o più giovani, di pensionati possano godere di una tutela previdenziale adeguata»⁴⁹.

⁴⁵ Corte cost. sent. 115 del 2020, punto 7, sesto capoverso, del *considerando in diritto*.

⁴⁶ Corte cost. sent. 115 del 2020, punto 7, capoversi nono e decimo, del *considerando in diritto*.

⁴⁷ Parallelamente, in questa pronuncia, la Corte sottolinea anche la «violazione responsabilità di mandato del rappresentante politico», dato che l'ente locale in dissesto «è esonerato dal fornire contezza dei risultati amministrativi succedutisi nel tempo intercorso fra l'approvazione del piano originario e quello rideterminato». Corte cost. sent. 115 del 2020, punto 7, undicesimo capoverso, del *considerando in diritto*.

⁴⁸ Sul punto v. F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 197 ss; S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014. In materia v. anche A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it.*, 1, 2016.

⁴⁹ Sottolinea l'"andamento ondivago" della Corte costituzionale con riferimento alla tematica dell'equità intergenerazionale M. ROSPI, *op. cit.*, 796: «in materia previdenziale la Corte ha per lo più utilizzato l'equità intergenerazionale come argomento *ad adiuvandum* per giustificare le scelte austere dei governi, in un'ottica di solidarietà e mutualità intergenerazionale senza però dare dignità di cogenza giuridica al principio dell'equità intergenerazionale che per l'appunto rimaneva alla stregua di un mero principio, seppure edificante nell'assetto costituzionale. Viceversa, in materia di equilibrio di bilancio degli enti locali, i giudici della Corte hanno elevato l'equità





5. Alcuni rilievi conclusivi, anche alla luce della modifica degli articoli 9 e 41 Cost.

Nel nostro ordinamento, grazie soprattutto all'attività della Corte costituzionale, il radicamento della tutela delle istanze delle generazioni future è avvenuto tramite l'applicazione – in ambito economico e previdenziale – del principio di sostenibilità delle decisioni pubbliche, inteso come una delle garanzie primarie per tutelare gli interessi delle generazioni future senza comprimere in modo irragionevole lo spazio di discrezionalità della generazione presente.

In questo senso, come evidenziato dalla dottrina, il concetto di sostenibilità conferma la sua capacità “combinatoria” con il principio di solidarietà e con quello democratico. In generale, seguendo la logica dei doveri delle generazioni presenti nei confronti di quelle future, il principio di sostenibilità chiama i pubblici poteri e i cittadini all'adempimento di specifici doveri nella prospettiva di assicurare la funzionalizzazione del vincolo di appartenenza dell'uomo *uti socius* alla proiezione intertemporale della comunità politica repubblicana.

Non casualmente, questi doveri trovano un'eco nel principio democratico, che contribuisce a definirli. In tal senso, posto che il principio di equità intergenerazionale non può comunque che riservare al legislatore uno spazio di discrezionalità politica, esso porta a valorizzare i presupposti che dovrebbero sottendere alla ragionevolezza della decisione legislativa (e, più in generale, di qualunque decisione pubblica sostenibile), ossia: i) la necessità che il legislatore basi le sue decisioni su dati normativi e numerici attendibili, idonei a dar conto del possibile impatto delle decisioni in una cornice temporale di medio-lungo termine; ii) l'esigenza che tali dati e rilievi siano resi pubblici anche per garantire che il legislatore possa essere valutato politicamente per le scelte che incidono sulla ripartizione tra costi e benefici nelle diverse generazioni facendo valere, in tal senso, il meccanismo di responsabilità politica verso gli elettori (a loro volta chiamati all'adempimento dei doveri di partecipazione politica)⁵⁰.

D'altro canto, il dovere delle istituzioni politiche di prendere decisioni informate alla luce del principio di sostenibilità e la necessità che esse siano sottoponibili al vaglio degli elettori rappresenta – seppur idealmente – l'altra faccia del rapporto tra il principio di solidarietà e quello di partecipazione

intergenerazionale a vero e proprio parametro di giudizio della costituzionalità delle leggi, facendo leva sul combinato disposto degli artt. 81, 119, 6 comma, Cost., alla luce del principio democratico». Sul punto, paradigmatico G. LUDOVICO, *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 2019, 28 ss: «La configurabilità giuridica di un vincolo di solidarietà reciproca tra la generazione dei beneficiari e quella dei lavoratori attivi si traduce evidentemente in un limite imposto alla discrezionalità legislativa che nella ripartizione delle risorse disponibili dovrebbe operare un “ragionevole bilanciamento” tra i diversi interessi in gioco ovvero tra la protezione dei bisogni di oggi e quelli di domani. Senonché, la questione di maggiore complessità dal punto di vista giuridico non è tanto la configurabilità di tale vincolo che [...] trova agevole conferma sul piano costituzionale, quanto piuttosto nella individuazione e valutazione delle cause e dei rimedi della tutela pensionistica sul piano intergenerazionale».

⁵⁰ Sull'utilizzo del canone di ragionevolezza rapportato al tema della tutela delle generazioni future v. A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., 71-111, il quale prefigurava un nuovo tipo di “giudizio ternario”: «In pratica, [la Corte] dovrà “confrontare” tre grandezze assiologiche diverse, sia per natura intrinseca che per collocazione temporale: a) valori ideali prescritti dai costituenti da conservare, almeno nel loro nucleo intangibile (passato); b) nuovi interessi concreti dei viventi da garantire alla luce dell'evoluzione sociale (presente); c) complesse, e spesso indeterminate, aspettative da tutelare a favore delle generazioni che verranno (futuro)» (110).



democratica, dato che consente di sottoporre al vaglio della generazione, secondo scadenze tendenzialmente prefissate, la bontà delle decisioni pubbliche sotto il profilo intergenerazionale.

Per avere un impatto effettivo, questa dinamica presuppone *ex parte civium* che la comunità politica sia suscettibile al tema della tutela intergenerazionale, mentre *ex parte principis* presuppone un agire che tenga conto dell'art. 67 Cost. Entro la cornice costituzionale, infatti, la rappresentanza della Nazione costituisce uno strumento per armonizzare la rappresentanza degli interessi particolari di matrice popolare e partitica con le esigenze di interesse generale presupposte nell'esercizio della funzione parlamentare; così, in definitiva, «la qualificazione del ruolo del parlamentare quale rappresentante della Nazione fornisce una definizione normativa del modo in cui devono essere svolte le funzioni giuridicamente rappresentative tanto del singolo eletto quanto dell'intero organo legislativo»⁵¹.

In tal senso, l'art. 67 Cost. rappresenta il tentativo di favorire, a partire dal livello parlamentare, il radicamento dell'*eunomia* (Εὐνομία), del buongoverno, incentivando l'esercizio del potere politico non solo con il rispetto della legge, ma anche con il perseguimento del bene comune. Riferito alla tutela delle generazioni future, questo discorso porta alla valorizzazione di quelle che Max Weber considerava le tre caratteristiche "sommamente decisive" per l'uomo politico: passione, senso di responsabilità e lungimiranza⁵², nella prospettiva di radicare l'esigenza che la rappresentanza politica sia essenzialmente "responsiva", anche rispetto alle istanze di natura intergenerazionale⁵³.

Del resto, come è stato sottolineato, pur non essendo ammesse all'esercizio della sovranità, le generazioni future «sono da considerarsi rappresentabili nella misura in cui l'art. 67 Cost., [...], pone nelle mani del rappresentante gli strumenti idonei a farsi carico dei diritti e degli interessi di chi ancora non esiste nelle sedi destinate all'esercizio del potere legislativo»⁵⁴.

Sul piano istituzionale, gli strumenti per garantire tale obiettivo possono essere molteplici: in questa direzione va non solo l'inclusione degli indicatori di Benessere Equo e Sostenibile (BES)⁵⁵ tra gli strumenti di programmazione e valutazione della politica economica nazionale, ma anche la predisposizione di tutta una serie di strumenti finalizzati ad evidenziare l'impatto degli atti normativi e delle politiche pubbliche nel medio-lungo periodo da parte degli organi parlamentari e governativi, proprio nella prospettiva di aumentare la loro capacità cognitiva⁵⁶.

⁵¹ C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, 2018, 88-89.

⁵² M. WEBER, *Wissenschaft Als Beruf/Politik Als Beruf (1917/1919)*, trad. it., *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, 2001, 101. In generale, su questo tema, v. i rilievi di N. BOBBIO in *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, 2009, 148 ss. Sul punto v. altresì P. ROSSI, *Max Weber, le due etiche e il rapporto con la politica*, in *Rivista di filosofia*, 1, 2018, 29 ss.

⁵³ Su questo punto, secondo una prospettiva fenomenologica, F.G. MENGA, *Etica intergenerazionale*, cit., 211 ss; ID., *Il futuro di cui dobbiamo rispondere. Ciò che la rappresentanza politica può ancora insegnarci sulla giustizia intergenerazionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2021, 301-312

⁵⁴ G. PALOMBINO, *op. cit.*, 260.

⁵⁵ Su cui, in generale, v. XVIII LEGISLATURA, CAMERA DEI DEPUTATI, *Dossier Benessere equo e sostenibile*, reperibile presso l'indirizzo: https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105123.pdf?_1555202491890.

⁵⁶ V. E. DI CARPEGNA BRIVIO, *op. cit.*, 21 ss. Sul punto cfr. altresì M. FRANCAVIGLIA, *Populismo, Costituzione e decisioni di spesa pubblica: c'è spazio per le future generazioni?*, in G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019, spec. 180 ss; C. BERGONZINI, *La valutazione delle politiche ai tempi del Benessere Equo e Sostenibile: il punto sulla situazione italiana*, in *Amministrazione in cammino*, 27 novembre 2017.



Una prospettiva di questo genere sarebbe senz'altro coerente con il tentativo di anticipare quelli che secondo un'autorevole dottrina potrebbero essere gli effetti della riforma costituzionale del 2022, ossia il definitivo riconoscimento dell'«interesse delle future generazioni» al rango di parametro sostanziale di legittimità costituzionale «così determinando le tipiche conseguenze del diritto costituzionale: conformare, con un vincolo giuridico, le scelte degli organi titolari della potestà normativa, imponendo istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti specificamente orientati a considerare gli effetti di lungo periodo di quelle scelte e rendendo queste ultime, al tempo stesso, misurabili e valutabili nella sede di un sindacato giudiziale di ragionevolezza che non risulti limitato alla sola “non manifesta irragionevolezza” (o “arbitrarietà”), bensì pienamente realizzabile applicando i ben più stringenti test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto delle misure scrutinate»⁵⁷.

Benché non sia possibile prevedere se e come questa dinamica si affermerà nel nostro ordinamento, in questa sede è possibile esprimere alcuni rilievi di carattere generale concernenti la riforma adottata con la legge costituzionale n. 1 del 2022⁵⁸.

L'intervento, da un lato, completa il percorso di affermazione del principio costituzionale di tutela ambientale, perfezionando il passaggio dal suo riconoscimento implicito per via giurisprudenziale alla sua costituzionalizzazione per via legislativa (“riforma-bilancio”); dall'altro, esso dà forma ad uno dei presupposti sulla base dei quali potrebbe articolarsi il rapporto tra le scelte in materia economica, la discrezionalità politica e i principi assiologici al vertice del nostro ordinamento in direzioni del tutto inedite (“riforma-programma”)⁵⁹. Vediamo in quali termini.

Da un punto di vista generale, l'esplicito riconoscimento del valore ambientale all'interno dei principi fondamentali⁶⁰ favorisce il superamento della sua interpretazione come semplice materia (pur trasversale) ex art. 117, c. 2, lett. s Cost. in una direzione diversa, che trova una prima declinazione, da un

⁵⁷ Così M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2022, 145-146.

⁵⁸ Sull'iter legislativo della l. cost. 1/2022 v. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, reperibile presso: <https://www.riformeistituzionali.gov.it/it/la-riforma-costituzionale-in-materia-di-tutela-dell-ambiente/>.

Sui precedenti tentativi di riformare in questo senso l'art. 9 Cost. v. D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 15, 2022, 122, nt. 3.

⁵⁹ In generale, sul punto, v. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, E. BRUTI LIBERATI, *Tutela dell'ambiente. Diritti e politiche*, Napoli, 2021, 7 ss. (anche in *Forum Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 286 ss.). Sul rapporto tra tutela ambientale e costituzione v., di recente, M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma* e A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, entrambi in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, rispettivamente 281-299 e 301-320.

⁶⁰ Sull'ammissibilità della riforma dell'art. 9 Cost. in relazione ai principi supremi dell'ordinamento v. M. CAVINO, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*, in *Passaggi costituzionali*, 2022 (forthcoming). Per un'analisi complessiva concernente il rapporto tra i limiti alla revisione costituzionale e la categoria dei principi supremi dell'ordinamento v. A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, e A. RUGGERI, *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, entrambi in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2018; P. BILANCIA, *I limiti alla revisione costituzionale. Cultura dominante, dogmatica giuridica e formalismo al cospetto dei mutamenti di regime*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2019.



lato, attraverso il dovere in capo alla Repubblica di tutelarla nell'interesse delle future generazioni e, dall'altro, mediante la sua qualificazione come uno dei limiti alla libertà di iniziativa economica.

D'altra parte, come accennato in precedenza, dato che i principi costituzionali sono suscettibili di essere applicati in modo diverso (sono generici) e, al contempo, pur proclamando un fine (in questo caso, la tutela dell'ambiente), non stabiliscono precisamente in che modo deve essere determinato (la loro fattispecie è indeterminata) – cosicché non solo essi sono destinati ad entrare in collisione tra loro, ma le stesse ipotesi di contrasto non sono pre-determinate e, al di là di una certa soglia, pre-determinabili⁶¹, ad oggi è complesso immaginare se e in che modo la tutela ambientale entrerà in rapporto con gli altri principi costituzionali: in questo ambito, infatti, il legislatore e i giudici costituzionali godono di una notevole discrezionalità rispetto alle prospettive di una loro armonizzazione, bilanciamento ma anche in direzione di una loro specificazione e concretizzazione⁶².

Su questa dinamica incide anche dalla presenza o meno di una tradizione interpretativa che valorizzi una gerarchia tra i principi costituzionali: in questo caso, infatti, ove si affermi un ordine di preferenza tra di essi e gli interessi, gli obiettivi e i valori costituzionali, occorre verificare quale posizione ricopra la tutela ambientale (*i.e.* principio costituzionale supremo; principio costituzionale “comune”; etc.) e, solo successivamente, valutare la coerenza delle scale assiologiche previste nell'ordinamento, sia mediante bilanciamenti “caso per caso”, sia attraverso bilanciamenti “definitivi”, e le loro conseguenze “operative”.

Su punto, pur essendo di grande interesse, le indicazioni che ci giungono dalla giurisprudenza costituzionale non sono dirimenti. Come noto, benché la Corte costituzionale abbia ammesso la presenza nel nostro ordinamento di principi costituzionali supremi (vale a dire quelli «che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» in quanto, esplicitamente o implicitamente, «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»; sent. 1146/1988), ad oggi non ci sono segnali che suggeriscano l'inclusione della tutela ambientale all'interno di questa categoria, andando oltre all'affermazione per cui l'ambiente rappresenterebbe un «valore costituzionalmente protetto» (sent. n. 407/2002).

Allora, come è stato sottolineato da alcuni studiosi, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul caso ILVA (*e.g.* ord. 16/2013; ord. 17/2013; sent. 85/2013; sent. 58/2018), la riforma degli artt. 9 e 41 sembrerebbe sancire innanzitutto l'esigenza che il legislatore, con specifico riferimento alla tutela ambientale, provveda ad un'armonica composizione degli interessi in gioco, funzionalizzando ad essa la libera iniziativa economica, senza sacrificare i rispettivi nuclei essenziali⁶³, concretizzando, al contempo, il riferimento all'interesse delle generazioni future⁶⁴.

⁶¹ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 51 ss.

⁶² Su questo aspetto v. anche G. SOBRINO, *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2022, 139-142.

⁶³ Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.; una prima lettura*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 4, 2021, 132 ss.

⁶⁴ Del resto, come sottolineato da D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future», cit., il problema è stabilire «non solo *chi* risulti tutelato dalla norma in esame ma anche, soprattutto, *in cosa* ed entro quali limiti risulti da questa tutelato» (133).





In effetti, combinandosi con i principi di solidarietà⁶⁵ e di apertura internazionale ex artt. 2 e 11 Cost., si può affermare che il nuovo art. 9 Cost. fornisce la base giustificativa (anzitutto) delle norme previste dall'art. 41 Cost. con la conseguenza che queste ultime dovranno essere applicate ed interpretate in modo congruente con il principio che le giustifica. Sul punto, nella generale indeterminatezza concernente questa operazione, va detto che il dettato costituzionale stabilisce almeno due regole generali: a) l'iniziativa economica privata deve svolgersi non recando danno, oltre che l'utilità sociale, alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana; b) l'iniziativa economica deve essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali. Orbene, riproducendo (seppur implicitamente) la logica del principio di sostenibilità in materia ambientale⁶⁶, il nuovo art. 41 Cost. sarebbe all'origine di due direttive, la prima delle quali diretta ai privati e ai pubblici poteri, mentre la seconda sarebbe diretta al legislatore. Intesa in questi termini, la riforma costituzionale sarebbe suscettibile di incidere non solo sulla nostra "costituzione economica"⁶⁷, ma anche sulla nostra forma di governo.

Con riferimento al primo profilo, l'assoggettamento dell'attività economica privata⁶⁸ non solo al rispetto del limite dell'utilità ma anche a quello della tutela ambientale (che, come evidenziato, rappresenta anche una garanzia nei confronti dei privati nel senso che «alla loro libertà si possa contrapporre solo ciò che a tale utilità sia effettivamente connesso») non fa che corroborare (almeno dal punto di vista emblematico) l'idea che, attraverso il dettato costituzionale, si riconosca all'intera società (e non allo Stato o a specifici gruppi sociali) la titolarità di alcuni interessi che contribuiscono a realizzare il bene comune e a rinvigorire l'unità nazionale, anche in prospettiva inter-temporale⁶⁹. In questo senso, come rilevato da un'autorevole dottrina, il riferimento non può essere quello della società "in atto" «perché la Costituzione stessa la vede attraversata da linee di frattura e da disequaglianze inaccettabili», ma nemmeno quello di una «vagheggiata ed omogenea società futura, della quale manca, in Costituzione, il disegno»; più opportunamente, l'orizzonte costituzionale è quello di una società «in corso di edificazione», gradualmente «destinata a costruirsi attuando il programma di sviluppo tracciato dall'art. 3, comma 2»⁷⁰ attraverso i processi di integrazione sociale e politica, oltre che mediante l'imposizione di specifici doveri e obblighi in capo ai "contemporanei" (proprio come quello previsto dal novellato art. 9 Cost.) per garantire ai posteri la parità delle *chance* di realizzare gli stessi intendimenti che sono oggi garantiti ai primi. Ed allora, in questa prospettiva, esplicitando le conclusioni di un consolidato filone giurisprudenziale (e.g. sentt. 127/1990; 196/1998 151/2018)⁷¹, la novella dell'art.

⁶⁵ Sul rapporto tra la tutela ambientale e il dovere di solidarietà v. R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 448 ss.

⁶⁶ Sul punto v. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2, 2021: «Omesso ogni richiamo esplicito allo sviluppo sostenibile, se ne è costituzionalizzata soltanto una componente, quella dell'equità intergenerazionale, lasciando da parte quella intragenerazionale» (474).

⁶⁷ Sulle diverse declinazioni di questo concetto v. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010.

⁶⁸ Su cui in generale F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1974; P. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione «vivente»*, Padova, 1978.

⁶⁹ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 48.

⁷⁰ *Ivi*, 49 ss.

⁷¹ Del resto, come rilevato da L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziative economica privata e ambiente*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 188 ss., il bilanciamento tra la libera iniziativa



41 Cost. radica la specifica necessità di preservare i beni delle future generazioni anche attraverso una ponderata limitazione della libertà di impresa di chi è già persona «per garantire gli interessi di quanti ancora persone non sono»⁷².

Di conseguenza, e con riferimento al secondo profilo, il legislatore dovrebbe contribuire alla concretizzazione del dettato del nuovo art. 9 Cost. attraverso un'azione duplice: i) mediante una specifica declinazione (sotto forma di legge) del suo indirizzo politico in materia economica diretto nella prospettiva di declinare i programmi affinché «l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali»; ii) con la predisposizione degli opportuni controlli (di matrice politica e giuridica) affinché il raggiungimento di questo obiettivo possa essere garantito.

Si tratta, come è intuibile, di obiettivi di grande portata, tanto più se si tiene a mente che, come ha rilevato un'autorevole dottrina, la tutela dell'ambiente, a causa dei suoi connotati tipici,

«che lo rendono un "oggetto" intrinsecamente insuscettibile di una predeterminazione in astratto che possa essere assunta, nella sua interezza, come riferimento oggettivo di interessi individuali o collettivi giuridicamente tutelabili nelle forme delle posizioni giuridiche soggettive, ne fanno necessariamente l'oggetto di politiche pubbliche, ossia di strategie e azioni di tutela – genericamente intese – affidate alle istituzioni titolari del potere legislativo e del potere amministrativo»⁷³.

Come si può intuire, sullo sfondo di queste dinamiche interpretative si stagliano questioni di grande importanza, alle quali non si può che fare cenno.

Si pensi, ad esempio, alle modalità con le quali garantire, all'interno dei procedimenti parlamentari, governativi e amministrativi, l'analisi e la presa in considerazione degli interessi *future-oriented*, attraverso forme (organizzative e funzionali) più o meno istituzionalizzate⁷⁴.

Più in generale, sempre in quest'ottica, la predisposizione di strumenti di valutazione tecnica concernenti, tra l'altro, l'impatto – in termini performativi, nel medio-lungo periodo – delle decisioni politiche richiama, a sua volta, un altro grande tema di frontiera: il rapporto fra decisioni politiche ed *expertise*

economica e le limitazioni all'attività produttiva è un elemento «appartiene alla nostra storia costituzionale» e che può considerarsi «ormai radicato nell'interpretazione dell'art. 41 e dei limiti all'iniziativa economica privata ivi previsti» (195-196).

⁷² G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 177-178.

⁷³ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 48.

⁷⁴ L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2, 2022 il quale, rifacendosi all'immagine del Parlamento come porticato tra lo Stato e la società civile, afferma che: «oggi, il porticato non basta più: non ci si può limitare a guardare (e rappresentare) chi è (adesso) nella piazza, ma si deve tener conto anche di quella piazza la occuperà in futuro, per espressa previsione costituzionale, agendo anche nell'interesse delle future generazioni. Per tale ragione, è necessario un vero e proprio cambiamento di paradigma per le Camere, anche recuperando quella funzione "pedagogica" che già Bagehot annoverava tra i principali compiti di un Parlamento: stavolta, però, educando al futuro» (39). Su questi aspetti, in precedenza, P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., 698 ss.; di recente v. I. GONZÁLEZ-RICOY, A. GOSSERIES (eds.), *Institutions for Future Generations*, Oxford, 2016; J. BOSTON, *Governing for the future: designing democratic institutions for a better tomorrow*, Bingley, 2017.



tecnico-scientifica nello Stato costituzionale⁷⁵. La sua attualità nell'ambito del ragionamento sulla tutela delle generazioni future non può essere sottovalutata: esso ripropone, sotto una diversa prospettiva, la questione dei rapporti di separazione e/o di confronto-collaborazione tra la scienza – intesa quale imprescindibile strumento di sviluppo della comunità – e la politica, cui il nostro ordinamento conferisce la decisione sui fini dell'azione politica statale. Molto probabilmente, su tali dinamiche incidano non solo comportamenti e prassi in ambito parlamentare e governativo – oltre che l'eventuale circolazione di argomentazioni concernenti autorevoli precedenti giurisprudenziali in materia di *climate change litigation* (a partire dalla decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco del 24 aprile 2021)⁷⁶ – e l'eventuale uso che verrà fatto dei dati sul grado di sostenibilità delle decisioni adottate dalle generazioni presenti sulla base del concetto di ragionevolezza, in quanto espressione «della relazione con gli altri, con i loro diritti/aspettative/interessi» e «consapevolezza delle implicazioni di ciò che si fa o si rivendica»⁷⁷. In definitiva, anche sotto quest'ottica, non è escluso che la riforma recata dalla l. cost. 1/2022 incentivi uno scrutinio simile a quello sulle leggi cosiddette *science based*⁷⁸, per le quali l'effettivo svolgimento di una previa istruttoria tecnico-scientifica da parte degli organi di indirizzo politico costituisce una condizione di validità limitando, in questo senso, la discrezionalità del legislatore (cui compete anche il compito di manutenzione continua alla luce delle nuove acquisizioni scientifiche) ed ampliando, d'altra parte, quello dei giudici costituzionali⁷⁹.

⁷⁵ Su cui v. M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336. Per un'analisi complessiva dei nessi tra scienza e dimensione costituzionale v., di recente, P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *questa rivista*, 3, 2021, 151 ss.

⁷⁶ Su cui v., da prospettive diverse, L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 4, 2021, 212 ss; A. NOLLKAEMPER, *Shell's Responsibility for Climate Change: An International Law Perspective on a Groundbreaking Judgment*, in *Verfassungsblog.de*, 28 maggio 2021; A. BUSER, *Of Carbon Budgets, Factual Uncertainties and Intergenerational Equity – The German Constitutional Court's Climate Decision (September 8, 2021)*, in *German Law Journal* (Forthcoming), 8, 2021. Sul punto, volendo, anche R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021; M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021; M. PIGNATARO, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021; R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *LuissOpen.it*, 28 maggio 2021; R. MONTALDO, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in *Diritticomparati.it*, 1 luglio 2021.

⁷⁷ A. D'ALOIA, *op. cit.*, 356.

⁷⁸ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016.

⁷⁹ Sul punto, da prospettive complementari, v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. 149 ss; G. RAGONE, *Eine empirische wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.



Una teorizzazione di un approccio fondato sui diritti umani alla protezione delle generazioni future nell'ambito del contenzioso ambientale internazionale e nazionale

Simona Fanni *

THEORIZING A HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH TO THE PROTECTION OF FUTURE GENERATIONS IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL AND NATIONAL ENVIRONMENTAL LITIGATION

ABSTRACT: The purpose of this study is to theorize a human rights-based approach to the protection of future generations, by focusing on the role that climate litigation is playing before international human rights judicial and quasi-judicial bodies and domestic courts. After exploring the most significant legal sources and cases, this study theorizes the potential role of climate litigation in paving the way to the justiciability of the protection of future generations, by defining specific States' obligations – including extraterritorial duties – and promoting a human rights-based framework, capable of incorporating intergenerational equity, environmental justice, sustainable development, consistently with the precautionary principle.

KEYWORDS: Climate litigation; future generations; intergenerational equity; sustainable development; human rights

ABSTRACT: Il presente studio teorizza un approccio fondato sui diritti umani alla protezione delle generazioni future, concentrandosi sul ruolo che la *climate litigation* sta svolgendo dinanzi agli organi internazionali di diritti umani giudiziari e quasi-giudiziari e le corti nazionali. Dopo aver analizzato le fonti giuridiche e i casi più significativi, l'articolo teorizza il ruolo potenziale della *climate litigation* nell'affermazione della giustiziabilità della protezione delle generazioni future, attraverso la definizione di specifici obblighi statali – anche extraterritoriali – e la promozione di un quadro normativo fondato sui diritti umani, capace di incorporare l'equità intergenerazionale, la giustizia ambientale, lo sviluppo sostenibile, il principio di precauzione.

PAROLE CHIAVE: Giustizia climatica; generazioni future; giustizia intergenerazionale; sviluppo sostenibile; diritti umani

* Dottoressa di ricerca in Scienze Giuridiche (Università di Cagliari, Italia, e Università di Siviglia, Spagna); Post-doctoral Fellow "Margarita Salas", Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla (Università di Siviglia), Spagna; attualmente visiting researcher presso l'Università di Trento. Mail: simona.fanni@outlook.it. Il contributo è stato selezionato nell'ambito della call "Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost." ed è stato sottoposto a referaggio.



SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Dalla *Gayanashagowa* all'Accordo di Parigi: il diritto e le generazioni future – 2.1. Le generazioni future e l'equità intergenerazionale nel panorama costituzionale – 2.2. Da Stoccolma a Parigi: le generazioni future nella *soft law* e nella *hard law* internazionali – 3. The «*wave*» of change: come la *climate litigation* sta forgiando la giustiziabilità della protezione delle generazioni future – 3.1. Considerazioni introduttive – 3.2. Il problema dello *standing* – 3.3. Alcuni pregnanti risultati della *climate litigation wave* – 4. Considerazioni conclusive.

«In ogni nostra deliberazione, dobbiamo considerare
l'impatto delle nostre decisioni sulle prossime sette generazioni»
(*Gayanashagowa*, Grande Legge della Confederazione degli Irochesi, circa 1090-1150)

1. Introduzione

Le antiche parole della *Gayanashagowa*, espressione della coesione e della spontanea comunione di valori e regole dei popoli Irochesi, stabiliscono una connessione fra il passato e il futuro, cogliendo l'inevitabile intertemporalità dell'agire di ogni generazione.

Questo stesso spirito, animato da valori che potremmo definire come solidarietà e responsabilità, incarna l'essenza dell'equità intergenerazionale, senza però esaurirne la più articolata e specifica portata, specialmente nella dimensione ambientale a cui il presente studio dedica la propria attenzione. L'equità intergenerazionale, nell'accezione in cui attualmente è intesa, è frutto degli sforzi della comunità internazionale e della dottrina che ne hanno tracciato l'intima connessione con l'ambiente e, ancor più con la preservazione e la conservazione di quest'ultimo e delle risorse che offre all'umanità, richiamando altresì profili di giustizia ambientale. In particolare, come posto in luce in dottrina, l'equità intergenerazionale «describes fairness in access to and use of planetary resources across time»¹, e implica non un'assoluta eguaglianza nell'allocatione delle risorse sul piano intergenerazionale, quanto piuttosto la definizione di un equilibrio fra i bisogni presenti e futuri, assicurando alle generazioni future una flessibilità adeguata affinché possano realizzare i propri obiettivi².

La concettualizzazione dell'equità intergenerazionale, intesa in questa prospettiva, si ricollega intimamente alla concezione dello sviluppo sostenibile, definito come «lo sviluppo che soddisfa le esigenze delle generazioni presenti senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie necessità», così come esplicitamente delineato per la prima volta, nel 1987, dal Rapporto della *World Commission on Environment and Development Our Common Future*³.

¹ «[D]escrive l'equità nell'accesso e nell'uso delle risorse del Pianeta attraverso il tempo». L. SLOBODIAN, *Defending the Future: Intergenerational Equity in Climate Litigation*, in *The Georgetown Environmental Law Review*, 32, 2020, 569-589, 571.

² «Intergenerational equity does not imply absolute equality in allocation of resources but necessitates balancing present and future needs and providing flexibility for future generations to achieve their own goals». *Ibid.*

³ «Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, It contains within it two key concepts: the concept of «needs», in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given; and the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and future needs». World Commission on Environment and Development, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, United Nations General Assembly document



Qualche anno più tardi, agli inizi degli anni Novanta del Novecento, Edith Brown Weiss proporrà un'articolata definizione dell'equità intergenerazionale secondo i tre principi della conservazione delle opzioni, della qualità e dell'accesso⁴, e una visione ispirata al *trust*⁵ e ai diritti intergenerazionali⁶, che ha a tutt'oggi importanti ripercussioni tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Significativamente, la concettualizzazione dell'equità intergenerazionale delineata da Edith Brown Weiss è stata richiamata nel Report *Intergenerational solidarity and the needs of future generations* del Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, fra le teorie più significative elaborate in dottrina ai fini di fornire una ricostruzione del concetto e del contenuto dell'equità intergenerazionale⁷.

Ad ogni modo, ciò che può osservarsi rivolgendo l'attenzione al panorama del diritto internazionale dell'ambiente, è la natura di principio dell'equità intergenerazionale che, come la presente riflessione illustra più avanti, è stata incorporata in molteplici Costituzioni e ha ricevuto un ampio e costante riconoscimento nel diritto internazionale a partire dalla Dichiarazione di Stoccolma sull'Ambiente Umano nel 1972, con l'accoglimento anche da parte della dottrina⁸. È eloquente ricordare le parole del compianto Giudice Antonio Cançado Trindade nella sua Opinione Separata nel caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, per cui «[n]owadays, in 2010, it can hardly be doubted that the acknowledgment of intergenerational equity forms part of conventional wisdom in International Environmental Law»⁹.

A/42/427, 1987, 41, disponibile sul sito <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (ultima consultazione 05/06/2022), noto anche come *Rapporto Brundtland*.

⁴ I tre principi dell'equità intergenerazionale possono intendersi come segue: «1) la conservazione delle opzioni: a ciascuna generazione dovrebbe essere richiesto di conservare e mantenere la diversità delle risorse naturali e culturali in modo tale da non ridurre le opzioni possibili per le future generazioni di risolvere i loro problemi e di soddisfare i loro stessi valori; 2) la conservazione della qualità: a ciascuna generazione dovrebbe essere richiesto di mantenere la qualità del Pianeta in modo tale che questo non venga trasmesso in condizioni peggiori di quelle in cui è stato ricevuto; 3) la conservazione dell'accesso: ciascuna generazione dovrebbe fornire ai suoi membri uguali diritti di accesso all'eredità delle generazioni passate e dovrebbe conservare questo accesso per le generazioni future». F. BERTECCHI, *L'equità intergenerazionale: alcune linee di intervento possibili*, in *Studi di Sociologia*, 4, 2004, 433-463. E. BROWN WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, in *American University International Law Review*, 8, 1, 1992, 19-26, 22.

⁵ Il concetto di *trust* che Edith Brown Weiss teorizza postula l'idea che le generazioni presenti abbiano la veste tanto di *trustees*, responsabili della robustezza e dell'integrità del nostro Pianeta, quanto di *beneficiaries*, titolari del diritto di utilizzare la Terra e trarne beneficio per se stesse. E. BROWN WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, cit., 19 ss.

⁶ E. BROWN WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, cit.

⁷ United Nations General Assembly, *Report of the Secretary General – Intergenerational solidarity and the needs of future generations*, Sixty-eighth session, Item 19 of the provisional agenda, Sustainable Development, A/68/x, 5 August 2013, 17, disponibile qui: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2006future.pdf> (ultima consultazione 05/06/2022).

⁸ Si vedano: E. BROWN WEISS, *Intergenerational Equity*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2021, disponibile sul sito <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1421#:~:text=1%20The%20principle%20of%20intergenerational,other%20generations%2C%20past%20and%20future> (ultima consultazione 05/06/2022); A. VENN, *Social justice and climate change*, in T.M. LETCHER (a cura di), *Managing Global Warming. An Interface of Technology and Human Issues*, Amsterdam, 2019; L. SLOBODIAN, *op. cit.*; O. SPIJKERS, *Intergenerational Equity and the Sustainable Development Goals*, in *Sustainability*, 10, 11, 2018, 3836, disponibile qui: <https://doi.org/10.3390/su10113836> (ultima consultazione 05/06/2022).

⁹ «Oggi, nel 2010, si può difficilmente dubitare del riconoscimento del fatto che l'equità intergenerazionale formi parte dell'opinione comunemente accettata nel diritto internazionale ambientale». *Pulp Mills on the River*





Il principio di equità intergenerazionale è il tema unificante della giurisprudenza su cui la presente riflessione si focalizza. Si tratta di un quadro ampio, di cui sono protagonisti tanto gli organi internazionali di diritti umani *judicial* e *quasi-judicial*, che le corti nazionali, che stanno assistendo a una vera e propria *climate litigation wave*¹⁰, la quale sta progressivamente marcando un'importante metamorfosi nell'approccio agli obblighi statali in campo climatico e contribuendo a definire un percorso di *accountability*¹¹.

Il tratto saliente di questa propositiva giurisprudenza è rappresentato dall'incorporazione dell'equità intergenerazionale e, in una certa misura, della giustizia ambientale distributiva e dello sviluppo sostenibile, nell'ambito di una cornice normativa fondata sui diritti umani, un approccio che sta progressivamente scandendo un'innovativa definizione degli obblighi statali, specialmente nel campo della mitigazione, nella lotta al cambiamento climatico.

In quest'ottica, la fisionomia della stessa equità intergenerazionale sta progressivamente assurgendo a parametro di valutazione delle misure statali in campo climatico, contribuendo a scandire una dimensione di diritti che vengono ricollegati alla sfera delle generazioni future attraverso interessanti percorsi argomentativi.

Sul piano metodologico, la presente riflessione si fonda su un'attività di ricerca e di analisi che ha interessato il panorama dottrinale in materia di equità intergenerazionale, giustizia ambientale, sviluppo sostenibile e la dimensione ambientale dei diritti umani, nonché il quadro della *climate litigation*. Lo studio ha saggiato le fonti rilevanti che abbracciano la narrativa delle generazioni future, in relazione alle Carte costituzionali e alla *hard law* e alla *soft law* internazionali¹². Particolare attenzione è stata dedicata al panorama giurisprudenziale degli organi internazionali di diritti umani *judicial* e *quasi-judicial* e delle corti nazionali del *Global North* e del *Global South*.

Con riferimento all'articolazione della presente riflessione, il paragrafo 2 si sofferma sull'analisi delle Costituzioni e degli strumenti internazionali di *hard* e *soft law* che hanno incorporato, variamente, il riferimento all'equità intergenerazionale e alle generazioni future. Si enfatizza il regime di responsabilità intergenerazionale che emerge da tale quadro e, laddove presente, l'utilizzo della *language of rights*. Il paragrafo 3 si concentra sulla vasta e crescente *climate litigation wave* internazionale e nazionale, e su come essa sta progressivamente forgiando la protezione delle generazioni future. Infine, il paragrafo 4 propone alcune considerazioni critiche e conclusive, che saggiano il futuro potenziale sviluppo dei risultati finora raggiunti dalla *climate litigation*, senza ignorare alcune sfide (presenti e future).

Uruguay (Arg. v. Uru.), 2010 I.C.J. Rep 135, ¶ 122 (Apr. 20) (separate opinion by Trindade, J.), <https://perma.cc/F3GH-H6AQ> (ultima consultazione 05/06/2022).

¹⁰ Secondo i dati disponibili nel database *Climate Change Laws of the World*, del Grantham Research Institute presso la London School of Economics and Politics e il Sabin Center at Columbia Law School, si stima, infatti, che al momento siano in corso 1979 *climate litigation cases*. Il database, che viene costantemente aggiornato, può essere consultato sul sito: <https://climate-laws.org/> (ultima consultazione 05/06/2022).

¹¹ J. SETZER, C. HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, London, 2021.

¹² Ossia, le fonti di diritto internazionale rispettivamente giuridicamente vincolanti e non giuridicamente vincolanti.



2. Dalla *Gayanashagowa* all'Accordo di Parigi: il diritto e le generazioni future

2.1 Le generazioni future e l'equità intergenerazionale nel panorama costituzionale

Le generazioni future e l'esigenza di assicurare la loro protezione non costituiscono una novità nello scenario normativo, ma hanno ispirato alcuni approcci e strumenti che conducono la riflessione giuridica a secoli lontani. Come ricordato nell'introduzione, un senso di responsabilità e solidarietà verso le generazioni future era già colto, in un'epoca compresa fra il 1090 e il 1150, dalla *Gayanashagowa*, la Grande Legge della Confederazione degli Irochesi, ma, viaggiando a ritroso in epoche meno remote, l'attenzione del giurista non può non soffermarsi sulla Costituzione dell'anno I, del 1793, che arricchisce lo spirito di responsabilità e solidarietà di una logica di preservazione dell'autodeterminazione nella scelta dei propri valori e delle proprie regole giuridiche. Essa afferma, infatti, che «un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations future»¹³; una sensibilità che coglie l'essenza fondante per l'identità di un Popolo e che risuona quasi come un'eco del diritto al «futuro aperto», che la dottrina attualmente propone a supporto dell'integrità genetica delle generazioni future e il divieto di modificare geneticamente la linea germinale umana. Una più esplicita narrativa dei diritti si ravvisa in un altro importante strumento risalente a quell'epoca storica, la Costituzione della Virginia del 1776, che compie una più esplicita e spiccata positivizzazione dei diritti delle generazioni future e dei doveri delle generazioni presenti, affermando che i diritti che essa protegge «appartengono ... [al popolo della Virginia] e alla sua posterità, come base e fondamento del governo», e che gli uomini «entrando nello Stato di società non possono, mediante convenzione, privare o spogliare la loro posterità... [di alcuni diritti innati, tra cui] il godimento della vita, della libertà, mediante l'acquisto e il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e ricchezza»¹⁴.

Richiamando più ampiamente il costituzionalismo moderno, in dottrina si è sottolineato che la visione promossa ai tempi della Rivoluzione francese e della Rivoluzione americana risultava imperniata su una concezione astratta dell'Uomo fondata su una «utopian vision dependent on an unlimited and

¹³ «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle proprie leggi le generazioni future». S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 21. Sui concetti di *intergenerational flexibility* e *intergenerational rigidity*, si veda: A. GOSSERIES, *Constitutions and Future Generations*, in *The Good Society*, 17, 2, 2008, 32-37.

¹⁴ M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità fra generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 161-172, 162; A. D'ALOIA, *Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 645-678. Ancora, sulla Costituzione della Virginia del 1776 e per una più ampia analisi dello scenario giuridico statunitense: J. ROSEN, D. RUBENSTEIN, *The Declaration, the Constitution and the Bill of Rights*, <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/white-papers/the-declaration-the-constitution-and-the-bill-of-rights> (ultima consultazione 05/06/2022). Un'analisi risalente ma interessante: A.E. DICK HOWARD, «For the Common Benefit»: *Constitutional History in Virginia as a Casebook for the Modern Constitution-Maker*, in *Virginia Law Review*, 54, 5, 1968, 816-902. Per un approfondimento sull'interessante dibattito fra Thomas Jefferson e James Madison sul debito pubblico e le generazioni future, si veda: A. D'ALOIA, voce *Generazioni future*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 2016, 311-390.



tamed nature»¹⁵, che al giorno d’oggi è, inevitabilmente, anacronistica. In tal senso, non può non osservarsi come tale prospettiva sia frutto di un’epoca storica in cui ancora il rapporto fra l’Uomo e la Terra, con le sue risorse rispondeva a logiche di equilibrio, a cui era sconosciuto quello sfrenato sfruttamento che oggi richiede agli Stati l’adozione di politiche e misure forti per poter contrastare un’emergenza climatica che ha una genesi prettamente umana. Non a caso, agli albori del Nuovo Millennio, due studiosi del calibro di Paul Crutzen e Eugene F. Stoermer hanno teorizzato l’avvento di una nuova era geologica, l’Antropocene¹⁶, che sarebbe stata generata dall’impatto delle attività umane, segnando così una rottura con la stabilità che per oltre 11.000 anni aveva caratterizzato l’era dell’Olocene.

Ecco, allora, che l’incorporazione delle generazioni future in alcune Carte costituzionali si rivolge proprio ai nuovi equilibri – o, forse, dovrebbe dirsi squilibri – nella interrelazione fra l’umanità attuale e, naturalmente, futura e il nostro «spazio di vita»¹⁷, adottando una logica di preservazione e conservazione che mira ad assicurare l’equità e la giustizia intergenerazionali e, in alcuni casi, la sostenibilità dello sviluppo. In tal senso, possono citarsi molteplici esempi, a partire dalla Costituzione brasiliana che, nel 1989 – anticipando il processo di rinnovamento costituzionale che si diffuse in America Latina nel corso degli anni Novanta del Novecento¹⁸ – ha riconosciuto il diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato, che costituisce un bene di uso comune ed è essenziale per una qualità della vita salutare, affermando poi il dovere del Governo e della comunità di difenderlo e preservarlo per le generazioni future¹⁹. La Legge Fondamentale Tedesca, che è stata protagonista di una delle più significative pronunce a cui il presente articolo si dedica nel caso *Neubauer*, all’Articolo 20a prevede che «Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l’esercizio del potere legislativo [...]». Una recente riforma costituzionale²⁰ ha introdotto un esplicito riferimento alle generazioni future nella Costituzione italiana, che ha arricchito la previsione contemplata dall’Articolo 9, statuendo che «La Repubblica [...]

¹⁵ «Una visione utopica che dipendeva da una natura senza limiti e domata [dall’uomo]». J. JARIA-MANZANO, *Sustainability and Justice: A Constitution of Fragility*, in B. FELIPE PÉREZ, D. IGLESIAS MÁRQUEZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (a cura di), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, Newcastle upon Tyne, 2018, 6-21, 10; per ampliare la riflessione: J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Indianapolis, Cambridge, 1980.

¹⁶ P.J. CRUTZEN, E.F. STOERMER, *The “Anthropocene”*, in *IGBP Global Change Newsletter*, 41, 2000; Working Group on the ‘Anthropocene’, *Subcommission on Quaternary Stratigraphy*, 2019, accessibile sul sito <http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/> (ultima consultazione 05/06/2022). J. ZALASIEWICZ, C.N. WATERS, C. P. SUMMERHAYES, A.P. WOLFE, A.D. BARNOSKY et al., *The Working Group on the Anthropocene: Summary of evidence and interim recommendations*, in *Anthropocene*, 19, 2017, 55–60.

¹⁷ International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., para. 29.

¹⁸ R. ALBERT, C. BERNAL, J. ZAIDEN BENVINDO (a cura di), *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Oxford, 2019; R. UPRIMNY, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*, in *Texas Law Review*, 89, 2011, 1587-1609.

¹⁹ Articolo 225 della Costituzione del Brasile. Per un’interessante analisi della giurisprudenza ambientale e, specialmente, sul cambiamento climatico in Brasile, si veda A. LEHMEN, *Advancing Strategic Climate Litigation in Brazil*, in *German Law Journal*, 22, 2021, 1471–1483.

²⁰ Il testo della la Legge Costituzionale n. 1 dell’11 febbraio 2022 – che ha modificato sia l’Articolo 9 che l’Articolo 41 della Costituzione italiana – può essere consultato sul sito della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/02/22/22G00019/sg> (ultima consultazione 06/05/2022). La legge Costituzionale n. 1/2022 è entrata in vigore il 9 marzo 2022.



[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. [...]»²¹. Il proposito della preservazione e della conservazione emerge spiccatamente dall'Articolo 36 della Costituzione della Guyana, che vincola lo Stato ad adottare misure finalizzate alla conservazione e al miglioramento dell'ambiente, oltre che a fare un uso razionale delle risorse naturali, nello specifico la terra, le risorse idriche e minerarie, così come la flora e la fauna, nell'interesse delle generazioni future. Una ancora più esplicita incorporazione delle esigenze delle generazioni future e della sostenibilità si riscontra in una delle Costituzioni più avanzate e giuridicamente affascinanti, specialmente sul piano ambientale²², che siano state adottate in tempi piuttosto recenti, ossia la Costituzione dell'Ecuador del 2008. Infatti, l'Articolo 395, al comma 1, prevede che «[l]o Stato garantirà un modello sostenibile di sviluppo, equilibrato a livello ambientale [...] che conservi la biodiversità e la naturale capacità di rigenerazione degli ecosistemi, e che assicuri il soddisfacimento delle necessità delle generazioni presenti e future».

La prospettiva che le Carte costituzionali considerate accolgono pone l'accento sul profilo delle responsabilità dello Stato nei confronti delle generazioni future, esprimendo, in alcuni casi, anche una logica

²¹ Il testo degli Articoli 9 e 41 della Costituzione, così come recentemente modificati, può essere consultato anche sul sito <https://edizioni.simone.it/2022/02/10/ambiente-costituzione-modifica/> (ultima consultazione 06/05/2022), che offre, inoltre, un breve ma interessante commento. Per una riflessione sulla recente riforma costituzionale si rimanda a: R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, 187-212. P. MAZZINA, *Quali strumenti per tutelare le generazioni future?*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 361-375, 363, ricorda che il Capo Provvisorio dello Stato Enrico De Nicola, nel suo messaggio alla Nazione del 1946, aveva affermato che «La Costituzione della Repubblica Italiana [...] sarà certamente degna delle nostre gloriose tradizioni giuridiche, assicurerà alle generazioni future un regime di sana e forte democrazia, nel quale i diritti dei cittadini e i poteri dello Stato siano egualmente garantiti [...]». Una stimolante analisi dell'importanza dell'assunzione di un ruolo pregnante nell'ambito del *climate change* da parte delle Carte costituzionali è sviluppata da A. D'ALOIA, *Climate change and law. A constitutional perspective*, in L. WESTRA, C.L. SOSKOLNE, D.W. SPADY (a cura di), *Human Health and Ecological Integrity Ethics, Law and Human Rights*, London, 2012, 201-212.

²² La Costituzione dell'Ecuador spicca, infatti, per la protezione dei diritti della Natura o *Pacha Mama* (la « Madre Terra» in lingua quechua) in quanto soggetto di diritto, così come si riconosce all'Articolo 10. In seguito, al Capitolo 7, vengono più diffusamente tutelati i diritti della Natura, prevedendosi, in particolare, all'Articolo 71 che: «Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes. All persons, communities, peoples and nations can call upon public authorities to enforce the rights of nature. To enforce and interpret these rights, the principles set forth in the Constitution shall be observed, as appropriate. [...]».

Oltre alla Costituzione dell'Ecuador, solo la Costituzione boliviana contempla e protegge i diritti della Natura. Per un'analisi dell'innovativa prospettiva consacrata nella Costituzione dell'Ecuador rispetto ai diritti della Natura o della *Pacha Mama*, si vedano: A. GUTMANN, *Pachamama as a Legal Person? Rights of Nature and Indigenous Thought in Ecuador*, in D.P. CORRIGAN, M. OKSANEN (a cura di), *Rights of Nature. A Re-examination*, London, 2021, 34-50; C. ESPINOZA, *Interpretive Affinities: The Constitutionalization of Rights of Nature, Pacha Mama, in Ecuador*, in *Journal of Environmental Policy & Planning*, 21, 5, 2019, 608-622; M. MELO, *Derechos de la Pachamama: un paradigma emergente frente a la crisis ambiental global*, in *Revista digital de la Defensoría del Pueblo del Ecuador*, 2009, successivamente aggiornato nel 2010. Sui diritti della Natura nella Costituzione boliviana, si veda: M. TOLA, *Between Pachamama and Mother Earth: gender, political ontology and the rights of nature in contemporary Bolivia*, in *Feminist Review*, 118, 2018, 25-40.





di equità intragenerazionale nel richiamare la responsabilità della comunità²³. Previsioni di tenore analogo possono ravvisarsi anche in altre Costituzioni come, per esempio, quelle dell'Ungheria, del Sudafrica, della Tunisia e di Vanuatu²⁴.

L'architettura giuridica di alcune Costituzioni si spinge oltre, incorporando il riferimento ai diritti delle generazioni future²⁵ come, per esempio, la Costituzione norvegese che forgia la concezione di equità intergenerazionale da essa accolta affermando che le risorse naturali *dovrebbero*²⁶ essere gestite in base a considerazioni ampie e complete e a lungo termine, cosicché tale diritto sia salvaguardato anche per le generazioni future²⁷. Ancora, l'Articolo 7(m) della Costituzione della Bolivia²⁸, modificato nel 2002, traccia un'ottica di solidarietà e responsabilità anche per l'Umanità attuale nel prevedere che tutti hanno il «diritto a godere di un ambiente salubre, ecologicamente equilibrato e appropriato per il loro benessere», «tenendo a mente i diritti delle generazioni future».

Riconoscere espressamente i diritti delle generazioni future ha una peculiare pregnanza. Infatti, l'attitudine delle generazioni future a essere riconosciute come titolari di diritti costituisce una delle questioni più complesse da affrontare, tanto per il legislatore quanto per le corti e gli organismi *quasi-judicial*.

Ci si domanda, infatti, come si possa riconoscere la titolarità dei diritti in capo a dei soggetti che ancora non esistono, una questione che in dottrina è stata definita da Derek Parfit come «il problema della non identità»²⁹. Un ulteriore profilo problematico è rappresentato dalla corresponsività degli obblighi delle generazioni presenti rispetto ai diritti delle generazioni future³⁰, al punto di domandarsi se sostenere la configurabilità di diritti in capo alle generazioni future apporti qualche beneficio. In dottrina, si è suggerito che «[u]sing the language of rights is [...] quantitatively (significance) and qualitatively

²³ Axel Gosseries puntualizza che: «[t]he reference to future generations in constitutions tends to be introduced through phrases such as «for», «for the benefit of», «in the interest of», and «the environment in which [future generations] will develop»». A. GOSSERIES, *On Future Generations' Future Rights*, in *The Journal of Political Philosophy*, 16, 4, 2008, 446–474, 448.

²⁴ Si vedano, al riguardo: R. ARAÚJO, L. KOESSLER, *The Rise of the Constitutional Protection of Future Generations*, in *Legal Priorities Project Working Paper Series*, 7, 2021, 1-45; L. SLOBODIAN, *op. cit.*, 572.

²⁵ Si pensi, per esempio, all'Articolo 11 della Costituzione giapponese, risalente al 1947, che afferma che i diritti da essa protetti dovranno essere attribuiti al popolo giapponese e alle generazioni future in quanto eterni e inviolabili.

²⁶ Enfasi aggiunta.

²⁷ Articolo L 110b, al 1, della Costituzione della Norvegia che, per esteso, afferma che: «every person has a right to an environment that is conducive to health and to a natural environment whose productivity and diversity are maintained. Natural resources should be managed on the basis of comprehensive long-term considerations whereby this right will be safeguarded for future generations as well».

²⁸ Per un'analisi riguardo alle Carte costituzionali e i diritti delle generazioni future, anche con specifico riferimento alle Costituzioni ricordate, si veda A. GOSSERIES, *On Future Generations' Future Rights*, *cit.*, 448.

²⁹ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984, 351–380. L. SLOBODIAN, *op. cit.*, 575. Una concezione che è stata esaminata anche in rapporto ai diritti del nascituro. Per un'interessante analisi che adotta questa prospettiva, si rimanda a L. WESTRA, *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations*, London, Sterling, 2006.

³⁰ A. GOSSERIES, *On Future Generations' Future Rights*, *cit.*, 451 ss.; E. BROWN WEISS, *Intergenerational Equity*, *cit.*; L. SLOBODIAN, *op. cit.* 575-576; G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 24, 2020.



(purpose) important»³¹, anche rispetto alla definizione dei corrispettivi *duties*. Appare rilevante, inoltre, ricordare che rispetto alla «language of rights», Edith Brown Weiss ha teorizzato i diritti intergenerazionali, che trovano il proprio fondamento nel rapporto fra le generazioni presenti e le generazioni future e che, piuttosto che come diritti individuali, devono più opportunamente qualificarsi come i diritti di un gruppo³². L'esigenza di riconoscere i diritti intergenerazionali deriverebbe dalla necessità di riconoscere l'inevitabile impatto delle generazioni presenti su quelle future, soprattutto rispetto alle scelte compiute nella gestione delle risorse³³.

2.2 Da Stoccolma a Parigi: le generazioni future nella *soft* e nella *hard law* internazionali

L'impegno che gli Stati hanno dedicato alla tutela delle generazioni future, a livello nazionale, nella dimensione costituzionale, non è venuto meno nella dimensione corale della comunità internazionale, e il dialogo e la convergenza degli sforzi statali nello scenario del diritto internazionale hanno dato vita a una serie di interessanti strumenti. Il panorama è composito, e sovente ha natura di *soft law*³⁴; ciò non deve stupire né far sottovalutare la pregnanza degli impegni assunti dagli Stati, benché non giuridicamente vincolanti. La scelta della *soft law* si giustifica per la sua duttilità, che la rende idonea all'incontro e alla sintesi di interessi sensibili e di indole politica, tanto che si parla oggi di una nuova «nomogénica»³⁵ internazionale, specialmente ambientale³⁶. Indubbiamente, la ricerca di un equilibrio e di un compromesso fra le esigenze e gli obiettivi economici statali, incluso quando riferiti allo sfruttamento delle risorse, e l'incorporazione della narrativa dei diritti delle generazioni future e dell'equità intergenerazionale costituisce una dimensione propizia per la *soft law* e per la sua peculiare attitudine «nomogénica»³⁷.

Non a caso, come anticipato nell'Introduzione, il concetto di equità intergenerazionale viene suggellato nella Dichiarazione di Stoccolma sull'Ambiente Umano nel 1972, con l'affermazione, contenuta nel Principio 1, della «solenne responsabilità» dell'Uomo «di proteggere e migliorare l'ambiente per le generazioni presenti e future», una concettualizzazione che, nel 1987, il Report *Our Common Future* declina nell'ottica della sostenibilità, affermando che lo sviluppo sostenibile consiste nello sviluppo

³¹ «Utilizzare il linguaggio dei diritti è [...] quantitativamente (significato) e qualitativamente (proposito) [degli obblighi] importante». A. GOSSERIES, *On Future Generations' Future Rights*, cit., 453.

³² E. BROWN WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, cit., 24.

³³ *Ibid.*, 24, 25. Si veda, inoltre: A. D'ALOIA, voce *Generazioni future*, cit.

³⁴ Il panorama della *soft law* internazionale ha ampiamente rivolto la propria attenzione alle generazioni future; a titolo d'esempio, si possono ricordare strumenti interessanti come la *World Charter for Nature* e la Dichiarazione sulla responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future dell'UNESCO, senza trascurare la recente Risoluzione 48/13 del Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, che ha espressamente riconosciuto il diritto ad un ambiente pulito, sano e sostenibile.

³⁵ D. GARCÍA SAN JOSÉ, *La elaboración de Derecho internacional más allá del consentimiento estatal. La emergente legalidad internacional de base consensual*, in *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXI V, 2008; si veda, inoltre: J. PAUWELYN J, R.A. WESSEL, J. WOUTERS, *When structures become shackles: Stagnation and dynamics in international lawmaking*, in *European Journal of International Law*, 25, 3, 2014, 733–763.

³⁶ Tale dinamica si può osservare anche in un'altra peculiare dimensione, ontologicamente imperniata su interessi *highly sensitive*, altamente sensibili: il biodiritto internazionale. Al riguardo, Roberto Andorno ha efficacemente parlato di una «new gradual normativity». Si veda: R. ANDORNO, *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Bruxelles, 2013.

³⁷ D. GARCÍA SAN JOSÉ, *op. cit.*; J. PAUWELYN J, R.A. WESSEL, J. WOUTERS, *op. cit.*



«che soddisfa le esigenze delle generazioni presenti senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie necessità»³⁸.

Si tratta di un periodo fecondo per l'equità intergenerazionale: pochi anni più tardi, nel 1992, nell'ambito dell'*Earth Summit*³⁹, scandito dal *leitmotiv* «Save the Earth», in un clima che in dottrina è stato definito perfino utopico⁴⁰, viene adottata la Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo⁴¹ che, al Principio 3, afferma: «[i]l diritto allo sviluppo deve essere deve essere attuato in modo da soddisfare equamente i bisogni di sviluppo e ambientali delle generazioni presenti e future». Vent'anni più tardi, nella cornice dell'emblematica Conferenza Rio+20 sullo Sviluppo Sostenibile, l'*Outcome Document*, emblematicamente denominato «The Future We Want», «il Futuro che Vogliamo», ribadisce tale prospettiva, suggellando l'impegno degli Stati a considerare la necessità di promuovere la solidarietà con le generazioni future per il raggiungimento dello sviluppo sostenibile⁴².

Le fonti di *soft law* definiscono un quadro che esprime la responsabilità intergenerazionale; è opportuno domandarsi se e come essa comporti o si esprima in più puntuali obblighi statali che ne consentano la realizzazione. In tal senso, rivolgendo lo sguardo al panorama del diritto internazionale pattizio, ancora una volta, si ravvisa una moltitudine di strumenti⁴³ che hanno variamente incluso il riferimento alle generazioni future, in linea con la loro vocazione⁴⁴.

³⁸ World Commission on Environment and Development, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, cit., 41.

³⁹ Più formalmente: *United Nations Conference on Environment and Development*.

⁴⁰ R. PALMER, M. NURSEY-BRAY, *Rio Declaration on Environment and Development*, in P. ROBBINS (a cura di), *Encyclopedia of Environment and Society*, Thousand Oaks, 2007, 1512–1514; I.M. PORRAS, *The Rio Declaration: A New Basis for International Co-operation*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 1, 1992, 245-253.

⁴¹ United Nations Conference on Environment and Development, *Rio Declaration on Environment and Development*, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 ILM 874 (1992), 1992, disponibile qui: https://www.aren.ch/dam/are/it/dokumente/rio_-_erklaerung_ueberumweltundentwicklung.pdf.download.pdf/dichiarazione_diriosuambienteesviluppo.pdf (ultima consultazione 05/06/2022).

⁴² In particolare, nel Paragrafo 86, gli Stati affermano che: «We will [...] consider the need for promoting intergenerational solidarity for the achievement of sustainable development, taking into account the needs of future generations [...]». In italiano, il Paragrafo 86 può essere tradotto come segue: gli Stati si impegnano (significativamente, «We will») «a considerare l'esigenza di promuovere la solidarietà intergenerazionale per il raggiungimento dello sviluppo sostenibile, prendendo in considerazione le esigenze delle generazioni future». United Nations, *Outcome Document of the United Nations Conference on Sustainable Development, The Future We Want*, A/Conf.216/L.1, 2012, para. 86, disponibile qui: https://www.mite.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/rio_20/the_future_we_want_english.pdf (ultima consultazione 05/06/2022). Sembra interessante ricordare che proprio il paragrafo 86 di *The Future We Want* ha invitato il Segretario Generale delle Nazioni Unite ad adottare il *Report of the Secretary General – Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Per un approfondimento, si vedano: M. FITZMAURICE, S. MALJEAN-DUBOIS, S. NEGRI, *Environmental Protection and Sustainable Development from Rio to Rio+20*, Leiden, 2014; A. POWERS, *The Rio 20 Process: Forward Movement for the Environment?*, in *Transnational Environmental Law*, 1, 2, 2012, 403-412.

⁴³ Una dettagliata ricostruzione del quadro pattizio dedicato alla conservazione dell'ambiente e le generazioni future viene compiuta da: United Nations General Assembly, *Report of the Secretary General – Intergenerational solidarity and the needs of future generations*, cit., 23 ss.

⁴⁴ Un'analisi approfondita di questi strumenti, per quanto interessante, andrebbe oltre i propositi della presente riflessione. Sembra, ad ogni modo, opportuno ricordare due strumenti di notevole importanza nel panorama del diritto internazionale, che richiamano le generazioni future. In particolare, si ricorda che la Carta dell'Organizzazione delle Nazioni Unite incarna il proposito dei Popoli delle Nazioni Unite di «salvare le future generazioni dal





Sovente, si tratta di obblighi di preservazione e conservazione, da scandirsi ermeneuticamente secondo la tutela delle generazioni future, a cui sovente si fa riferimento nel Preambolo⁴⁵.

In tal senso, possono menzionarsi la Convenzione internazionale che regola la caccia alla balena⁴⁶, adottata nel 1946, la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate dall'estinzione (CITES)⁴⁷, del 1975, o, ancora, la Convenzione sulla conservazione delle specie migratrici appartenenti alla fauna selvatica, del 1979⁴⁸. In alcuni casi, si prevede espressamente un *duty* in capo agli Stati di conservare e trasmettere alle generazioni future il patrimonio culturale e naturale presente sul loro territorio, come nel caso Convenzione sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale dell'UNESCO, del 1972, o si incorpora la prospettiva della sostenibilità. In tal senso, costituisce un esempio il concetto di uso sostenibile delle componenti della biodiversità contemplato fra gli obiettivi della Convenzione sulla Diversità Biologica⁴⁹, e definito all'Articolo 2⁵⁰ come l'uso che non conduce ad un declino a lungo termine della diversità biologica ma che è piuttosto improntato alla conservazione del suo potenziale al fine di soddisfare i bisogni e le aspirazioni delle generazioni presenti e future.

Anche gli strumenti internazionali che si dedicano alla lotta al cambiamento climatico hanno contemplato la narrativa delle generazioni future e dell'equità intergenerazionale. Si fa riferimento, in tal senso, alla Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici delle Nazioni Unite (UNFCCC)⁵¹ del 1992, al

flagello della guerra». Ancora, si ricorda che la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, l'archetipo dei trattati che tutelano i diritti umani, nel suo Preambolo afferma che «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo». Si ricorda, altresì, che la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, al paragrafo 6 del Preambolo, afferma che il godimento dei diritti che la stessa sancisce «fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future».

⁴⁵ Coerentemente con i canoni ermeneutici contemplati dall'Articolo 31(2) della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati.

⁴⁶ La Convenzione, all'inizio del Preambolo, contiene la seguente statuizione: «The Governments whose duly authorised representatives have subscribed hereto, [r]ecognizing the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the great natural resources represented by the whale stocks». In lingua italiana, il testo afferma che: «I Governi, i cui rappresentanti debitamente autorizzati hanno firmato la presente Convenzione, riconoscendo che le nazioni del mondo hanno interesse a salvaguardare, per le generazioni future, le grandi risorse naturali costituite dalle specie di balene».

⁴⁷ Nel Preambolo, si afferma quanto segue: «GLI STATI CONTRAENTI, RICONOSCENDO che la fauna e la flora selvatiche costituiscono per la loro bellezza e per la loro varietà un elemento insostituibile dei sistemi naturali, che deve essere protetto a beneficio delle generazioni presenti e future».

⁴⁸ Nel Preambolo, si afferma: «LE PARTI CONTRAENTI [...] consapevoli del fatto che ogni generazione umana amministra le risorse terrestri per le generazioni future ed è tenuta a far sì che tale patrimonio venga conservato e che al suo eventuale sfruttamento non si proceda in modo indiscriminato».

⁴⁹ The Convention on Biological Diversity of 5 June 1992 (1760 U.N.T.S. 69), entered into force 29 December 1993, disponibile al presente link: <https://www.cbd.int/convention/text/> (ultima consultazione 05/06/2022).

⁵⁰ Un'interessante riflessione: N.K. ARORA, *Biodiversity conservation for sustainable future*, in *Environmental Sustainability*, 1, 2018, 109–111. M. CAMPINS ERITJA, T. FAJARDO DEL CASTILLO (a cura di), *Biological Diversity and International Law. Challenges for the Post 2020 Scenario*, Berlino, 2021

⁵¹ UN General Assembly, United Nations Framework Convention on Climate Change: resolution / adopted by the General Assembly, 20 January 1994, A/RES/48/189, disponibile sul sito <https://www.refworld.org/docid/3b00f2770.html> (ultima consultazione 05/06/2022). Fu adottata anch'essa, come la Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo, nell'ambito dell'*Earth Summit*.





suo Protocollo addizionale, il Protocollo di Kyoto⁵², adottato nel 1997, e al ben più recente Accordo di Parigi sui Cambiamenti Climatici (o, più brevemente, Accordo di Parigi)⁵³, adottato nel 2015.

Fra gli obiettivi che questi strumenti perseguono si colloca la riduzione delle emissioni dei gas serra, che costituisce uno dei profili più salienti della *climate litigation* che la presente riflessione esplora, specialmente rispetto alle misure statali volte alla mitigazione⁵⁴.

L'attitudine della UNFCCC e dell'Accordo di Parigi ad accogliere la narrativa delle generazioni future e dell'equità intergenerazionale si ricollega alla intertemporalità che caratterizza il cambiamento climatico⁵⁵ e i danni che esso cagiona, al di là dell'imminenza o della contingenza del presente.

L'Accordo di Parigi richiama l'equità intergenerazionale nel Preambolo, riconoscendo i cambiamenti climatici come una preoccupazione comune dell'umanità, e affermando poi che le Parti «dovrebbero rispettare, promuovere e prendere in considerazione i loro obblighi rispettivi nei confronti del diritto [...] all'equità intergenerazionale»⁵⁶. La UNFCCC effettua un richiamo più esteso e incisivo: infatti, essa

⁵² Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, 37 I.L.M. 22 (1998); 2303 U.N.T.S. 148; U.N. Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1, accessibile dal presente link: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> (ultima consultazione 05/06/2022).

⁵³ Paris Agreement, adopted in Paris, 12 December 2015, entry into force 4 November 2016, accessibile dal presente link: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&lang=en&clang=en (ultima consultazione 05/06/2022). L'Accordo di Parigi fu adottato in occasione della 21^a Sessione della Conferenza delle Parti (CoP21) dell'UNFCCC e dell'11^a Sessione della riunione delle Parti del Protocollo di Kyoto (CMP11).

⁵⁴ Nello specifico, la UNFCCC mira a stabilizzare la concentrazione delle emissioni dei gas serra, prevedendo un meccanismo di monitoraggio ma non ponendo specifici limiti, giuridicamente vincolanti, rispetto alla quantità di emissioni che ciascuno Stato genera. Quest'ultima determinazione viene affidata ai Protocolli da adottarsi successivamente, come il Protocollo di Kyoto, che definisce, infatti, specifici obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra. Ad ogni modo, all'Articolo 4(2)(a) della UNFCCC si prevedono alcuni obblighi statali, inerenti all'adozione di politiche nazionali e di corrispondenti misure per la mitigazione del cambiamento climatico, limitando l'emissione di gas a effetto serra e proteggendo e rafforzando i *sink* e i *reservoir* (come, per esempio, la biomassa, le foreste, gli oceani e in generale gli ecosistemi marini, terrestri e costieri). Si veda D. GARCÍA SAN JOSÉ, *op. cit.*, anche riguardo a questa tecnica normativa si può parlare di una nuova «nomogenética». Inoltre, si vedano: *Convenzione quadro sui cambiamenti climatici e protocollo di Kyoto*, sul sito dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale <https://www.isprambiente.gov.it/it/attivita/cambiamenti-climatici/convenzione-quadro-sui-cambiamenti-climatici-e-protocollo-di-kyoto> (ultima consultazione 05/06/2020); J. KUYPER, H. SCHROEDER, B.O LINNÉR, *The Evolution of the UNFCCC*, in *Annual Review of Environment and Resources*, 43, 2018, 343-368; J. BRUNNÉE, C. STRECK, *The UNFCCC as a negotiation forum: towards common but more differentiated responsibilities*, in *Climate Policy*, 13, 5, 2013, 589-607. L'Accordo di Parigi, ambendo a contenere il surriscaldamento globale, definisce l'obiettivo di limitare al di sotto dei 2 gradi Celsius il riscaldamento medio globale rispetto al periodo preindustriale, puntando a un aumento massimo della temperatura pari a 1,5 gradi Celsius. Inoltre, più nel dettaglio, l'Accordo di Parigi contempla l'obbligo per gli Stati di presentare, con cadenza quinquennale, un obiettivo nazionale di riduzione delle emissioni (*Nationally Determined Contribution*, a cui si farà riferimento più brevemente come NDC), il cui raggiungimento è vincolante sul piano politico, essendo, invece, giuridicamente vincolanti l'attuazione delle misure nazionali e la rendicontazione sul grado di raggiungimento degli obiettivi.

⁵⁵ J.M. NGUYEN, *Intergenerational Justice and the Paris Agreement*, in *E-International Relations*, 2020. B. LEWIS, *The Rights of Future Generations within the Post-Paris Climate Regime*, in *Transnational Environmental Law*, 7, 1, 2018, 69-87. Si veda, inoltre: H. YANG, S. SUH, *Economic disparity among generations under the Paris Agreement*, in *Nature Communications*, 12, 2021.

⁵⁶ La dottrina ha, ad ogni modo, rilevato e criticato l'affievolimento del riferimento alla dimensione delle generazioni future nel testo dell'Accordo di Parigi, fino alla scomparsa della loro menzione esplicita. In origine, infatti,



suggella nel Preambolo la volontà delle Parti di «proteggere il sistema climatico a beneficio della presente e delle future generazioni», per riaffermare tale impegno fra i Principi, all'Articolo 3, «su una base di equità e in rapporto alle loro comuni ma differenziate responsabilità e alle rispettive capacità».

3. The «wave» of change: come la *climate litigation* sta forgiando la giustiziabilità della protezione delle generazioni future

3.1 Considerazioni introduttive

«Human solidarity manifests itself not only in a spacial [sic] dimension [...] but also in a temporal dimension – that is, among the generations who succeed each other in the time, taking the past, present, and future altogether»⁵⁷.

Le parole del Giudice Cançado Trindade esprimono lo spirito che anima la propositiva dimensione della *climate change litigation* a cui il presente paragrafo si dedica. Si tratta di una giurisprudenza per molti versi innovativa, nata da ricorsi che sono stati definiti «strategici»⁵⁸ per la loro capacità di sottoporre alle corti nazionali così come agli organi internazionali di diritti umani questioni non tradizionali che, specialmente nel quadro che si esamina, richiamano l'attenzione sulla sfera della mitigazione e della complessa questione della riduzione delle emissioni dei gas serra⁵⁹.

Ciò che colpisce è la portata globale della diffusione dei casi dedicati al cambiamento climatico: sul piano nazionale, può osservarsi che essi sono più numerosi dinanzi alle corti del *Global North*, ma che hanno maggiori *chance* di successo nelle corti del *Global South*. Ciò non stupisce se si considera che, più di frequente, le Costituzioni dei Paesi del *Global South* tutelano più diffusamente i diritti ambientali in quest'area del mondo, una preconditione che agevola l'accoglimento delle istanze ambientali e climatiche⁶⁰.

I tratti salienti di questa giurisprudenza si ravvisano sotto molteplici profili, in primo luogo per aver definito una dimensione intertemporale degli obblighi statali nel campo della lotta al cambiamento climatico, incorporandoli nella cornice dei diritti umani e scandendoli alla luce del principio dell'equità intergenerazionale e della protezione delle generazioni future. Ma non solo: la stessa portata temporale dei diritti umani è stata letta in chiave estensiva, con una conseguente proiezione e dilatazione verso il futuro.

si prevedeva l'inclusione nell'Accordo di un riferimento all'interesse delle generazioni future nell'Articolo 2, fra i principi, alla stregua di quanto avviene nella UNFCCC. B. LEWIS, *op. cit.*, 73.

⁵⁷ *Bamaca-Velasquez v. Guatemala, Judgement*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 11.129, ¶ 23 (2002), (Separate Opinion of Trindade, J.).

⁵⁸ J. SETZER, R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, London, 2019.

⁵⁹ Sul tema dell'urgenza della *environment crisis* e di una *eco-oriented agenda*, e una loro opportuna considerazione anche rispetto alle crisi e alle esigenze economiche, si veda: A. D'ALOIA, *Climate change and law. A constitutional perspective*, cit.

⁶⁰ J. SETZER, L. BENJAMIN, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*, in *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2019; J. HUAZI, *Next frontier in climate law: The global south*, in *E&E News*, 2020, disponibile sul sito <https://www.eenews.net/articles/next-frontier-in-climate-law-the-global-south/> (ultima consultazione 06/06/2022).



Un simile risultato è stato possibile grazie a un approccio ermeneutico propositivo e innovativo, che nasce dalla lettura congiunta dei diritti umani e del diritto ambientale, tanto a livello internazionale quanto nazionale.

Un ulteriore tratto fondante di questa vivace e, si potrebbe anche dire, incessante, *climate litigation wave*, è aver proposto delle interessanti soluzioni su alcune questioni processuali relative alle generazioni future. Infatti, se sul piano sostanziale il «problema della non identità» e, quindi, della non esistenza nell'attualità, si ripercuote sull'attitudine delle generazioni future a essere titolari dei diritti, sul versante processuale sorgono difficoltà in merito alla capacità di stare in giudizio. Come il presente paragrafo pone in luce, in certi casi sono state proposte soluzioni che si basano sull'assimilazione delle generazioni future alle generazioni più giovani, attive promotrici della *climate litigation*, data l'accostabilità della loro rispettiva vulnerabilità agli effetti a lungo termine del cambiamento climatico. Quindi, una forma di rappresentanza che sembra allinearsi con alcuni interessanti sforzi dottrinali.

I meriti della giurisprudenza considerata non si esauriscono ancora, ma contemplano anche la diffusione di una rinnovata idea di extraterritorialità che, nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, sta conducendo a una più ampia applicazione del concetto di giurisdizione, imperniandosi sulla nozione di controllo effettivo sull'attività che cagiona il danno, in questo caso anche oltre i confini statali.

Ultimo ma non meno importante aspetto è il riferimento al principio di precauzione, che si traduce in un utilizzo della scienza quale parametro per l'affermazione della protezione delle generazioni future, e la adozione di una nozione incisiva di extraterritorialità, che può essere strategica per il successo dei ricorsi diagonali.

Tale premessa introduttiva è parsa necessaria per delineare un *fil rouge* nell'esame che seguirà, data la ricchezza delle questioni che la giurisprudenza sta affrontando.

3.2 Il problema dello *standing*

La «non identità» delle generazioni future costituisce uno degli ostacoli maggiori al riconoscimento della loro capacità processuale. In dottrina sono state proposte diverse teorie per il suo superamento: la nomina di una sorta di procuratore *ad litem* che si renda portatore, in sede processuale, delle istanze delle generazioni future, potendosi anche trattare anche di un'associazione o di specifici membri delle generazioni presenti, come i minori; in secondo luogo, le stesse generazioni presenti potrebbe rappresentare le generazioni future laddove agiscano in giudizio per i danni che subiranno in futuro in rapporto al cambiamento climatico; infine, si potrebbe affidare la rappresentanza delle generazioni future a enti collettivi, tanto di indole pubblica quanto privata, data la loro attitudine a una sopravvivenza transgenerazionale⁶¹.

Negli Stati Uniti d'America, in diversi casi, le Corti nazionali hanno adottato il terzo tipo di approccio, fondandolo sulla logica del *trust* pubblico, una concezione che rievoca la nozione di *trust* elaborata da Edith Brown Weiss⁶², e che si impernia sull'idea secondo la quale «lo Stato ha l'obbligo fiduciario di

⁶¹ Si veda l'interessante analisi di L. SLOBODIAN, *op. cit.*, 576.

⁶² Si ricorda anche qui che il concetto di *trust* che Edith Brown Weiss teorizza postula l'idea che le generazioni presenti abbiano la veste tanto di *trustees*, responsabili della robustezza e dell'integrità del nostro Pianeta,





conservare e preservare le risorse naturali pubbliche a beneficio delle generazioni presenti e future»⁶³. A tale proposito, si può emblematicamente ricordare il caso *Robinson Township v. Commonwealth*, in cui la Corte Suprema della Pennsylvania ha affermato che il Commonwealth soggiace a «obligations as trustee to conserve and maintain the public natural resources for the benefit of the people, including generations yet to come, create a right in the people to enforce the obligations»⁶⁴. Una valutazione che non può prescindere dal paradigma dei diritti, inclusi quelli delle generazioni future, e che trova fondamento nell'Articolo 1, para. 27, della Costituzione della Pennsylvania, laddove prevede che «Pennsylvania's public natural resources are the common property of all the people, including generations yet to come».

Nell'ambito della *climate litigation* un approccio diffuso consiste nell'assunzione della rappresentanza delle generazioni future da parte delle generazioni più giovani, un'impostazione che si ravvisa, emblematicamente, nei casi *Juliana v. The United States*⁶⁵, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*⁶⁶ e *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others*⁶⁷.

Gli approcci più specificamente adottati da ciascuna corte sono stati differenti: nel caso *Juliana* e nel caso *Urgenda*, la Corte Distrettuale dell'Oregon e la Corte d'Appello dell'Aja hanno eluso la questione dello *standing* delle generazioni future, limitandosi al riconoscimento dello *standing* dei giovani ricorrenti che assumevano di agire anche in rappresentanza delle generazioni future. In particolare, nel caso *Juliana*, la Corte ha affermato che i giovani ricorrenti avevano adeguatamente argomentato in merito al danno attuale patito, e ha così ritenuto superfluo esplorare oltre la questione dello *standing* delle generazioni future⁶⁸. La Corte D'Appello dell'Aja ha sostanzialmente eluso la questione, limitandosi ad affermare che «it is without a doubt plausible that the current generation of Dutch nationals, in particular but not limited to the younger individuals in this group, will have to deal with the adverse effects of climate change in their lifetime»⁶⁹.

La Corte Suprema Colombiana, nel caso *Future Generations*, ha effettuato una valutazione unitaria dello *standing*, senza specificazioni rispetto alle generazioni future. In tal senso, il profilo su cui la Corte si sofferma è il riconoscimento dell'esperibilità della *acción de tutela*, che si giustifica quando la «afectación del derecho colectivo también implica la del derecho fundamental»⁷⁰.

quanto di *beneficiaries*, titolari del diritto di utilizzare la Terra e trarne beneficio per se stesse. E. BROWN WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, cit., 19 ss.

⁶³ «[T]he Government owes a fiduciary duty to conserve and maintain public natural resources for the benefit of present and future generations»; L. SLOBODIAN, *op. cit.*, 580 ss. Inoltre, si veda: M.C. BLUMM, M.C. WOOD, "No Ordinary Lawsuit": *Climate Change, Due Process, and the Public Trust Doctrine*, in *American University Law Review*, 67, 1, 2017, 70–82.

⁶⁴ *Robinson Twp. v. Commonwealth*, 83 A.3d 901, 974 (Pa. 2013).

⁶⁵ *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224, 1260 (D. Or. 2016).

⁶⁶ *Netherlands v. Urgenda*, Case No.200.178.245/01, Hague Court of Appeal (2018); *Stichting Urgenda v. Government of the Netherlands* (Ministry of Infrastructure and the Environment), Rechtbank Den Haag, 24 June 2015 (Sentenza della Corte Suprema, da qui in poi semplicemente *Urgenda*).

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] [Supreme Court], Sala Civ. abril 5, 2018, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona, STC4360-2018, Radicación no. 11001-22-03-000-2018-00319-01 (Colom.) (da qui in poi, semplicemente *Future Generations*).

⁶⁸ *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224, 1260 (D. Or. 2016).

⁶⁹ *Netherlands v. Urgenda*, Case No.200.178.245/01, Hague Court of Appeal (2018), para. 37.

⁷⁰ *Future Generations*, 12-13, testo in lingua spagnola.





Per trovare, invece, un esplicito riconoscimento dello *standing* delle generazioni future occorre fare un passo indietro nel tempo, fino al 1994, quando la Corte Suprema delle Filippine si è pronunciata sul caso *Minors Oposa*⁷¹, riconoscendo lo *standing* delle generazioni presenti e delle generazioni come un'unica *class*.

Nel caso di specie, infatti, si trattava di una *class suit*, e la Corte ha colto l'occasione per chiarire che

«[b]ecause of the very broadness of the concept of “class” here involved — membership in this “class” appears to embrace everyone living in the country whether now or in the future — it appears to me that everyone who may be expected to benefit from the course of action petitioners seek to require public respondents to take, is vested with the necessary *locus standi*»⁷².

Appare particolarmente pregnante che tale riconoscimento si fondi sul principio di responsabilità intergenerazionale, che la Corte espressamente richiama, e che ricollega al diritto a un'ecologia bilanciata e salubre. Ancor più eloquentemente, il contenuto di tale diritto viene definito in relazione al «rhythm and harmony of nature», laddove la natura è intesa come «the created world in its entirety»⁷³. La Corte si spinge oltre, affermando che «[the] rhythm and harmony of nature» include l'utilizzo giudizioso delle risorse, così da garantire un equo accesso tanto alle generazioni presenti quanto alle generazioni future. Una concettualizzazione della responsabilità intergenerazionale che include, altresì, la corrispondenza fra il diritto a un *sound environment* delle generazioni presenti rispetto al loro obbligo di assicurare la protezione di tale diritto per le generazioni future⁷⁴.

Alla luce di ciò, si può comprendere perché, a tutt'oggi, il caso *Minors Oposa* rimanga uno degli esempi più interessanti e perché meriti attenzione nonostante non si collochi specificamente nell'ambito della *climate litigation* ma dell'*environmental litigation* in senso più ampio.

3.3 Alcuni pregnanti risultati della *climate litigation wave*

L'esigenza di assicurare un utilizzo delle risorse improntato all'equità e alla responsabilità intergenerazionali emerge diffusamente nel panorama della *climate litigation*, spesso declinata all'insegna dell'esplicito riconoscimento dei diritti delle generazioni future. Al riguardo, la sentenza della Corte Suprema Colombiana nel caso *Future Generations* rappresenta un paradigmatico esempio, laddove afferma che «[t]he environmental rights of future generations are based on the (i) ethical duty of the

⁷¹ *Minors Oposa v. DENR*, Supreme Court of the Philippines, 33 I.L.M. 173 (1994).

⁷² *Ibid.*, 19.

⁷³ *Ibid.*, 19. La Corte afferma: «Petitioners minors assert that they represent their generation as well as generations yet unborn. We find no difficulty in ruling that they can, for themselves, for others of their generation and for the succeeding generations, file a class suit. Their personality to sue on behalf of the succeeding generations can only be based on the concept of intergenerational responsibility insofar as the right to a balanced and healthful ecology is concerned. Such a right, as hereinafter expounded, considers the “rhythm and harmony of nature.” Nature means the created world in its entirety».

⁷⁴ «Such rhythm and harmony indispensably include, inter alia, the judicious disposition, utilization, management, renewal and conservation of the country's forest, mineral, land, waters, fisheries, wildlife, off-shore areas and other natural resources to the end that their exploration, development and utilization be equitably accessible to the present as well as future generations. Needless to say, every generation has a responsibility to the next to preserve that rhythm and harmony for the full enjoyment of a balanced and healthful ecology. Put a little differently, the minors' assertion of their right to a sound environment constitutes, at the same time, the performance of their obligation to ensure the protection of that right for the generations to come». *Ibid.*, 20.



solidarity of the species and (ii) on the intrinsic value of nature»⁷⁵. Benché non abbia espressamente menzionato i diritti delle generazioni future, l'Alta Corte di Lahore, nel caso *Leghari*⁷⁶, ha colto l'esigenza di «meet the needs of something more urgent and overpowering [...], Climate Change» e, in via ermeneutica, ha fatto discendere il diritto a un ambiente salubre e pulito dal diritto alla vita, protetto congiuntamente con il diritto alla dignità, e ha individuato l'equità intergenerazionale e intragenerazionale come canoni che devono informare l'interpretazione di tali diritti⁷⁷.

La Corte Costituzionale tedesca, nel caso *Neubauer*⁷⁸, ha riconosciuto la giustiziabilità dell'equità intergenerazionale, chiarendo, inoltre, la portata della responsabilità intergenerazionale e delineando i canoni dello sviluppo sostenibile. In questo senso, infatti, la Corte ha accolto l'argomentazione dei ricorrenti per cui «[t]he complainants as well can invoke the principle of intergenerational justice enshrined in Article 20a of the Basic Law»⁷⁹, sottolineando il carattere non meramente programmatico della previsione costituzionale. In questa prospettiva, la Corte Costituzionale tedesca ha chiarito la portata degli obblighi ambientali in materia di mitigazione gravanti sullo Stato tedesco, accogliendo l'istanza dei ricorrenti che «the protection of humane natural foundations of life with responsibility for future generations requires effective legal reduction targets and reduction paths that are suitable, [...] to keep GHG emissions as low as possible»⁸⁰. Ciò perché «one generation must not be allowed to consume large portions of the CO2 budget while bearing a relatively minor share of the reduction effort, if this would involve leaving subsequent generations with a drastic reduction burden and expose their lives to serious losses of freedom»⁸¹. Il passaggio della sentenza citato racchiude anche un'interessante prospettiva di giustizia ambientale distributiva, che la Corte, inoltre, esprime rispetto alla gestione delle scorie nucleari, la quale non deve comportare obblighi e pesi irragionevoli per le generazioni future. La giurisprudenza climatica non ha trascurato la conservazione del patrimonio naturale, nella specie la Foresta Amazzonica, la cui distruzione contribuisce all'incremento delle emissioni di gas serra. La Corte Suprema colombiana, nel caso *Future Generations*, ha chiaramente sottolineato questo aspetto, e la sua attitudine a causare «short, medium, and long term imminent and serious damage to [...] both present and future generations»⁸².

Occorre, a questo punto, chiarire il concetto di imminenza, che appare qualificante per definire l'intertemporalità dell'impatto del cambiamento climatico sulle generazioni future. In questo senso, la storica sentenza *Urgenda* della Corte Suprema Olandese ne ha offerto una lettura nella prospettiva dei diritti umani, peraltro mediante un approccio multilivello che – coadiuvato dalla prospettiva monistica

⁷⁵ *Future Generations*, para. 5.3.

⁷⁶ *Leghari v. Pakistan*, (2015) 25501/201 WP (Punjab) (2018) (Pak.) (da qui in poi, *Leghari*).

⁷⁷ *Ibid.*, para. 12.

⁷⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court], Mar. 24, 2021, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20 (d'ora in poi, *Neubauer*).

⁷⁹ Si veda il *Constitutional Complaint* presentato dagli Avvocati Roda Verheyen e Ulrich Wollenteit, dello studio legale *Rechtsanwälte Günther-Partnerschaft*, nel caso *Neubauer*, 104. Si veda, inoltre, *Neubauer*, para. 193, nonché l'articolato ragionamento della Corte sviluppato ampiamente nei paragrafi successivi.

⁸⁰ Si veda ancora il *Constitutional Complaint* presentato dagli Avvocati Roda Verheyen e Ulrich Wollenteit, dello studio legale *Rechtsanwälte Günther-Partnerschaft*, nel caso *Neubauer*, 122.

⁸¹ *Neubauer*, para. 192; L.J. KOTZÉ, *Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?*, in *German Law Journal*, 22, 2021, 1423–1444.

⁸² *Future Generations*, 34.



accolta dall'ordinamento olandese – ha incorporato gli Articoli 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo quali parametri di valutazione dell'adempimento dei Paesi Bassi rispetto ai loro obblighi in ambito di mitigazione. La Corte ha, infatti, affermato che «[t]he term “immediate” does not refer to imminence in the sense that the risk must materialise within a short period of time, but rather that the risk in question is directly threatening the persons involved. The protection of Article 2 ECHR also regards risks that may only materialise in the longer term»⁸³. In questo senso, un'efficace lettura della portata intertemporale dell'impatto climatico generato dagli Stati, attraverso le emissioni, è stata proposta dalla Corte Costituzionale tedesca nel caso *Neubauer*, anche ripercorrendo l'impatto generato a livello storico⁸⁴. A livello internazionale, nel caso *Sacchi et Al. v. Argentina et Al.* – in cui i giovani ricorrenti si sono fatti portatori delle istanze delle generazioni future – il Comitato sui Diritti del Fanciullo, pur non facendo espressamente riferimento alle generazioni future, ha però colto l'intertemporalità dell'impatto del cambiamento climatico nel definire le sue ripercussioni sui più giovani nel corso della loro vita e nel futuro⁸⁵.

La giurisprudenza climatica coglie e ribadisce gli effetti a lungo termine del cambiamento climatico e l'irreversibilità del danno che si cagiona nel lungo periodo. L'incorporazione della scienza e il riferimento a fonti autorevoli come il Report dell'Intergovernmental Panel on Climate Change irrobustiscono tale quadro⁸⁶.

L'incorporazione della scienza, nella *climate litigation*, si esprime anche attraverso il riferimento al principio di precauzione, che contribuisce a fondare l'esigenza dell'adozione immediata di misure opportune da parte degli Stati. La sentenza *Neubauer* è un prezioso esempio anche da questo punto di vista, laddove, alla luce della doglianza dei ricorrenti per cui «the precautionary principle, as one of the core elements of the national goal of environmental protection, requires immediate and effective measures to be taken to reduce greenhouse gas emissions»⁸⁷, la Corte Costituzionale tedesca afferma che:

«the legislator must take precautionary measures in order to manage the reduction burdens anticipated after 2030 in ways that respect fundamental rights – both on account of the general obligation to respect fundamental rights and on account of the obligation to minimise the risk of significant violations of fundamental rights»⁸⁸.

Nel caso *Leghari*⁸⁹, l'Alta Corte di Lahore ha ritenuto che il principio di precauzione assurga a canone ermeneutico, laddove si afferma che debba essere utilizzato per interpretare la portata del diritto alla

⁸³ *Urgenda*, para. 5.2.2.

⁸⁴ *Neubauer*, para. 29 e, più diffusamente, para. 30.

⁸⁵ Committee on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communication No. 104/2019, CRC/C/88/D/104/2019, para. 10.13 (d'ora in poi, *Sacchi et Al.*).

⁸⁶ Si veda, a tale riguardo, il *Constitutional Complaint* presentato dagli Avvocati Roda Verheyen e Ulrich Wollenteit, dello studio legale *Rechtsanwälte Günther-Partnerschaft*, nel caso *Neubauer*, 103.

⁸⁷ *Ibid.*, 103. A titolo di esempio, si può fare riferimento anche a *Future Generations*, para. 11.1

⁸⁸ *Neubauer*, para. 247. Per una più diffusa analisi del ragionamento della Corte Costituzionale tedesca, si rimanda ai paragrafi 193, 194 (particolarmente rilevante), 195, 229.

⁸⁹ *Leghari*, para. 12.



vita, a un ambiente salubre e alla dignità. Similmente, la Corte Suprema olandese ha fatto riferimento al principio di precauzione nel chiarire la portata dell'obbligo statale di adottare «misure preventive per contrastare il danno [derivante dal cambiamento climatico]», in base agli Articoli 2 e 8 della CEDU⁹⁰. L'inerzia statale rispetto all'adozione di misure adeguate, incluso di carattere legislativo, o la loro mancata implementazione possono essere saggiate alla luce dell'equità intergenerazionale, e possono peraltro comportare la violazione dei diritti umani, incluso delle generazioni future. Ciò è stato chiarito nella sentenza *Shrestha*, in cui, in modo saliente, è stato affermato che «[i]f only we embrace the principles of sustainable development and allied principles of inter-generational and intra-generational equity, and formulate a law to conserve biodiversity and ecosystem, we can establish an edifice of climate justice for present and future generations»⁹¹, e nella sentenza *Leghari*, in cui è stato statuito che l'inerzia statale nell'attuazione della normativa adottata in campo climatico costituisce una violazione del diritto alla vita, a un ambiente salubre e alla dignità. Peraltro, proprio l'Alta Corte di Lahore spicca per la scelta di affidare ad un organo costituito *ad hoc*⁹², dando risalto alla dimensione dei diritti umani, l'implementazione del quadro normativo adottato dal Pakistan in campo climatico, con risultati apprezzabili.

Vi è un ultimo aspetto, di questa così vasta e articolata *climate litigation wave*, che merita di essere evidenziato, e che consiste nella definizione della dimensione extraterritoriale degli obblighi statali in materia di mitigazione, con particolare riferimento alle emissioni. In quest'ambito, anche nella giurisprudenza delle corti nazionali sta progressivamente emergendo una lettura che appare rievocare la concezione di extraterritorialità che si può osservare in un crescente scenario internazionale. In particolare, nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani sta maturando un'interpretazione del concetto di giurisdizione basato sull'effettivo controllo sulle attività condotte nel territorio nazionale ma con effetti ambientali avversi extraterritoriali. Questa prospettiva è stata enunciata dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani (CIDU) nell'Opinione Consultiva n. 23 del 2017 sull'Ambiente e i Diritti Umani⁹³.

La concettualizzazione dell'extraterritorialità adottata dalla CIDU è stata condivisa dal Comitato sui Diritti del Fanciullo nel caso *Sacchi et Al.*⁹⁴, che ha espressamente richiamato e fatto propria la concezione espressa nell'Opinione Consultiva n. 23 del 2017. Non si tratta di una prospettiva isolata, dato

⁹⁰ *Urgenda*, para. 5.3.2.

⁹¹ *Shrestha*, para. 2.

⁹² La Climate Change Commission, poi sostituita dal Climate Change Committe.

⁹³In particolare: «For the purposes of Article 1(1) of the American Convention, it is understood that individuals whose rights under the Convention have been violated owing to transboundary harm are subject to the jurisdiction of the State of origin of the harm, because that State exercises effective control over the activities carried out in its territory or under its jurisdiction, in accordance with paragraphs 95 to 103 of this Opinion». Corte Interamericana dei Diritti Umani, Opinione Consultiva n. 23 del 2017 sull'Ambiente e i Diritti Umani, para. 4.

Nelle Conclusioni, al para. 104, si afferma: «g. States are obliged to take all necessary measures to avoid activities implemented in their territory or under their control affecting the rights of persons within or outside their territory.

h. When transboundary harm or damage occurs, a person is under the jurisdiction of the State of origin if there is a causal link between the action that occurred within its territory and the negative impact on the human rights of persons outside its territory. The exercise of jurisdiction arises when the State of origin exercises effective control over the activities that caused the damage and the consequent human rights violation».

⁹⁴ *Sacchi et Al.*, cit.



che è stata sviluppata anche dal Comitato per i Diritti Umani della Nazioni Unite nel Commento Generale n. 31⁹⁵ e nel caso *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*⁹⁶. A livello nazionale, la sentenza *Neubauer*, al paragrafo 179, ha profilato una prospettiva di extraterritorialità, seppur espressa in modo opaco, affermando come lo Stato sia comunque chiamato a «assuming responsibility, either politically or under international law, for ensuring that positive steps are taken to protect people in poorer and harder-hit countries». La Corte Suprema Norvegese, nel caso *People v. Arctic Oil*, pur rigettando le istanze dei ricorrenti, ha indirettamente prospettato un'extraterritorialità della responsabilità statale in materia di *carbon* ed *emissions export* e, dunque, con riferimento alle ripercussioni in territorio norvegese per le emissioni prodotte all'estero dall'utilizzo dei combustibili fossili esportati dalla Norvegia in altri Paesi.

4. Considerazioni conclusive

La *climate litigation wave* che sta interessando le corti di tutto il mondo così come gli organi internazionali di diritti umani sta conseguendo importanti risultati. Oltre a condurre allo sviluppo di una cornice improntata all'equità intergenerazionale, sta altresì contribuendo a forgiare un quadro di diritti delle generazioni future.

Una simile prospettiva, in dottrina, era già stata suggerita, emblematicamente, attraverso i diritti intergenerazionali autorevolmente delineati da Edith Brown Weiss così come da altri Studiosi. In tal senso, si vuole ricordare la visione di Caney, che sottolinea la configurabilità di un diritto in corrispondenza di un interesse.

Certamente, le generazioni future hanno un interesse alla preservazione e alla conservazione del nostro Pianeta e delle sue risorse, in un'ottica di equità, senza essere esposte a pregiudizi sbilanciati che violerebbero anche le logiche della giustizia ambientale distributiva.

Dal punto di vista dello *standing*, i risultati conseguiti nel caso *Minors Oposa* sono ben più che significativi; si tratta di un approccio che, ragionevolmente, la *climate litigation* potrebbe promuovere più diffusamente, non rinunciando più a rivolgere la propria attenzione a una questione così pregnante.

Del resto, le occasioni non mancheranno: i giovani ricorrenti di tutto il mondo continuano incessantemente a esprimere il loro impegno, che denota una consapevolezza e una coscienza che va oltre la già di per sé pregnante sfera del diritto e dei diritti.

Ne è testimonianza il caso *Portuguese Youth*, al momento pendente dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che potrebbe finalmente condurre a una *climate jurisprudence* a Strasburgo.

In questo senso, benché il procedimento sia ancora in una fase iniziale, diversi elementi sembrano suggerire, almeno per il momento, una particolare sensibilità della Corte, che ha integrato le istanze dei ricorrenti con il richiamo, nella comunicazione del caso ai *respondent States*, con il riferimento all'Articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in virtù del principio *iura novit curia*. Si

⁹⁵ Human Rights Committee, General Comment 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, UN Doc. CPR/C/21/Rev.1/add13, 20 Mar. 2004, para. 10.

⁹⁶ Il Comitato per i Diritti Umani ha affermato che: «it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory».



tratta di una scelta inedita, dato che la previsione non è stata al momento ancora utilizzata in campo ambientale, con l'ulteriore possibile esito di un'inclusione della particolare vulnerabilità dei ricorrenti all'esposizione agli effetti avversi del cambiamento climatico, non solo per la loro giovane età, ma anche per la dilatazione temporale dell'esposizione. Un orizzonte che, forse, potremmo attenderci, è che la Corte riveda la lettura di extraterritorialità adottata nel caso *Bankovic*, in linea con la sensibilità già dimostrata ad aprirsi a una maggiore flessibilità⁹⁷.

Sicuramente, sarebbero raccomandabili il dialogo fra le Corti, in un'ottica multilivello, e un impegno di *cross-fertilization*, che sarebbe prezioso dato che i ricorsi climatici, specialmente a Strasburgo, si moltiplicano.

Conclusivamente, l'analisi della *climate litigation wave* non può non trasmettere un senso di incoraggiamento, come quello che i Giudici della Full Federal Court hanno comunque offerto ai ricorrenti nel caso *Sharma*, nonostante il rigetto delle loro istanze volte al passato.

Ma per il futuro, c'è una possibilità, e questa è una prospettiva che trascende i confini australiani e abbraccia l'intera *climate litigation*, a livello globale e in un'ottica multilivello.

⁹⁷ È interessante sottolineare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, finora, ha riconosciuto lo stato di priorità («fast-track») ai casi climatici sottoposti.

Le *tonalità* dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione

Ilaria Rivera*

THE *SHADES* OF THE ENVIRONMENT AND THE FUTURE GENERATIONS IN THE CONSTITUTIONAL REFORM
ABSTRACT: The constitutional reform of Articles 9 and 41 of the Constitution introduce expressly in the Italian Constitution the notions of “environment,” “ecosystem,” and “future generations”. The path that led most recently to the amendment of the Constitution was structured, on closer inspection, in the extensive constitutional jurisprudence that recognized the environment as a constitutional value and in the dialogue with international charters and catalogues that have moved in the direction of sustainability and green transition. Reference is also introduced to the protection of animals, which is transferred to the exclusive legislative competence of the state. Thus, the axiological paradigm that is the benchmark for assessing the reasonableness of public policies is changed.

KEYWORDS: Constitutional reform; environmental protection; sustainable development; inter-generational responsibility; future generations

ABSTRACT: Con la riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione si introducono espressamente nel testo costituzionale le nozioni di “ambiente”, “ecosistema” e di “generazioni future”. Il percorso che ha portato da ultimo alla modificazione della Costituzione si è strutturato a ben vedere nella nutrita giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto all'ambiente la natura di valore costituzionale e nel dialogo con le carte e i cataloghi internazionali che si sono mossi nel segno della sostenibilità e della transizione verde. Si introduce, altresì, il riferimento alla tutela degli animali, che viene rimessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Si modifica, pertanto, il paradigma assiologico che costituisce il parametro di riferimento per la valutazione della ragionevolezza delle politiche pubbliche.

PAROLE CHIAVE: riforma costituzionale; tutela dell'ambiente; sviluppo sostenibile; responsabilità intergenerazionale; future generazioni

SOMMARIO: 1. Simbolismo e suggestione nel rapporto tra uomo e ambiente – 2. La tutela dell'ambiente e degli animali in Costituzione – 3. La sostenibilità ambientale e le generazioni future – 4. La tutela dell'ambiente al tempo della crisi sanitaria da Covid-19 – 5. Alcune considerazioni conclusive.

* *Dottore di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale, Università degli studi di Pavia. Mail: irivera@luiss.it. Il contributo è stato selezionato nell'ambito della call “Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.” ed è stato sottoposto a referaggio.*



1. Simbolismo e suggestione nel rapporto tra uomo e ambiente

Il percorso modulare che attraversa la letteratura degli ultimi due secoli restituisce l'immagine di un paesaggio non più limitato ad un paradigma definito ed oggettivo, bensì un *locus* aperto a nuovi significati altamente simbolici ed evocativi.

La natura diventa la principale cassa di risonanza dell'io più profondo, riflette le sfumature dell'animo umano e ne assorbe le colorazioni più fulgide. Così, ad esempio, Pascoli nasconde nei suoi componimenti una dialettica opaca e nefasta con l'ambiente che lo circonda; ne fa il teatro privilegiato del dialogo con i propri morti. Nel pensiero leopardiano la natura assume una connotazione dapprima positiva per poi abbandonarsi ad una dimensione illusoria e matrigna. Il rapporto tra uomo e natura risente così della forza prevaricatrice di quest'ultima, che lascia l'uomo annientato e perso. Ancora, in Montale la natura è reale, ricca di sfumature agricole e di sentori di vita: nella sua poesia il paesaggio è il contraddittore attento della vita dell'autore. Lo spazio e il tempo si misurano dietro gli scenari marini e la divinità dietro il forte profumo dei limoni. E infine, per Ungaretti, la natura diventa atmosfera irreale e sospesa, nella quale l'A. ripercorre nella memoria i fiumi che diventano espressione simbolica del proprio vissuto e trascinano in un tempo mitico fra realtà ed eternità.

Dalla brevissima rassegna che si è voluto proporre, emerge un elemento comune che attraversa le epoche e gli intendimenti: la natura e il paesaggio rappresentano il percorso più compiuto di identità dell'uomo, che si carica di suggestioni intimistiche e consente all'individuo di costruire una dimensione relazionale solida e attenta. Il forte legame che da sempre lega l'individuo, da intendersi come parte della collettività, e l'ambiente¹ circostante ha contribuito negli anni ad accelerare un processo di ripensamento della natura e del paesaggio². Ne costituisce la più riuscita manifestazione il richiamo espresso all'ambiente nelle carte costituzionali del secondo dopoguerra così come nei numerosi cataloghi di diritti e dichiarazioni di intenti che si sono formati a livello internazionale, a dimostrazione della più attenta sensibilità alla cornice relazionale dell'individuo, nella quale l'ambiente si fa teatro della realtà e acquisisce una portata propria.

¹ Ripercorre efficacemente le possibilità espressive del concetto S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 3, 2017, 8, valorizzando almeno tre tipi di relazione, ossia quella tra l'uomo e la natura, con la possibilità di definire l'ambiente secondo una concezione antropocentrica, la relazione diacronica e dinamica che caratterizza gli ecosistemi e, infine, la relazione con le diverse aree territoriali, con la possibilità di avere diversità di problemi a seconda che si prendano in considerazione: l'intera biosfera; le aree regionali; i singoli ecosistemi. Più ampiamente, nella vastissima letteratura italiana sulla definizione e sulla tutela giuridica dell'ambiente, si vedano, tra gli altri, G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quad. reg.*, 1989, 533; A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002; L. MEZZETTI (a cura di), *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001; S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Firenze, 1999; F. FONDERICO, *Ambiente (tutela del Diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2007; P. MADDALENA, *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Amb. svil.*, 2007, 477; R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto dell'unione europea*, XIII, Torino, 2006; R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: Art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2/2002, 215 ss.; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'Ambiente*, Padova, 2021.

² Sarà Predieri a parlare per la prima volta di ambiente in termini unitari (cfr. A. PREDIERI, *Paesaggio (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 507 ss. *Contra*, M.S. GIANNINI, "Ambiente": *saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, 1 ss.).





2. La tutela dell'ambiente e degli animali in Costituzione

Volgendo più attentamente lo sguardo all'ordinamento nazionale, si registra un momento di assoluta pregnanza della questione ambientale che si riflette plasticamente nella ricca discussione che accompagna l'iter di esame del disegno di legge costituzionale prima (e l'approvazione della legge costituzionale poi³) volto ad introdurre espressamente nel dettato della Costituzione il riferimento al concetto di sostenibilità, nell'interesse delle generazioni future.

Come noto, il Senato della Repubblica, il 3 novembre 2021, ha approvato, in seconda deliberazione, con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, il disegno di legge costituzionale, già approvato, in sede di prima deliberazione, dal Senato il 9 giugno 2021 (e, in prima deliberazione, alla Camera il 12 ottobre 2021) in un testo unificato, recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente" (AS 83-212-938-1203-1532-1627-1632-2160 B)⁴.

La legge costituzionale n. 1 del 2022 costituisce il precipitato di un complesso lavoro di sintesi⁵ che ha visto l'esame congiunto di diversi disegni di legge costituzionali, presentati nelle due Camere

³ Si ricorda che, in data 8 febbraio 2022, il disegno di legge costituzionale A.C. 3156, recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente» è stato approvato e che la legge di revisione, promulgata l'11 febbraio 2022, come legge costituzionale n. 1 del 2022 è stata pubblicata in GU in data 22 febbraio 2022.

⁴ Cfr. M. D'AMICO, *Audizione sui disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, saluta con favore l'intento – condiviso da tutte le forze politiche promotrici dei disegni di legge di revisione costituzionale – di modificare l'articolo 9, anziché l'articolo 32 della Costituzione al fine deliberato di sganciare la tutela dell'ambiente dal diritto alla salute, abbracciando una nozione di ambiente che «non rileva solo nella prospettiva del c.d. diritto a vivere in un ambiente salubre, ma che dimostra la sua autonomia concettuale nel disegno costituzionale». Rispetto al testo proposto in Commissione, il testo unificato poi approvato dall'Assemblea il 9 giugno 2021 differisce per aver introdotto l'articolo 3, che prevede una clausola di salvaguardia in materia di tutela degli animali per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano. È stato così eliminato l'originario articolo 3 del disegno di legge che prevedeva la modifica dell'articolo 117, comma secondo, lettera s) al fine di includere tra le materie di competenza esclusiva statale anche la tutela degli animali. Nel panorama comparato, sono diverse le carte costituzionali che prevedono espressamente forme di tutela delle specie animali. Si veda, in tal senso, la Costituzione della Bulgaria che, all'articolo 15, stabilisce che la Repubblica della Bulgaria garantisce, tra le altre, la diversità della fauna selvatica, oppure alla Croazia, che tutela all'articolo 52 della Costituzione «Il mare, la spiaggia, le isole, le acque, lo spazio aereo, le risorse minerarie e altri beni naturali, nonché terra, foreste, flora e fauna, altri componenti dell'ambiente naturale, beni immobili e oggetti di particolare significato culturale, storico, economico o ecologico che sono stabiliti dalla legge come rilevanti per la Repubblica di Croazia, godono della sua speciale protezione». In Francia, con la legge costituzionale n. 205 del 1° marzo 2005 è stata costituzionalizzata la Carta dell'ambiente, richiamata espressamente nel Preambolo della Costituzione del 1958, nella quale, fermo il diritto di ciascun individuo a godere di un ambiente equilibrato e favorevole, si specifica che le politiche pubbliche debbono ispirarsi allo sviluppo sostenibile, in relazione al quale acquistano pari importanza «la tutela e la valorizzazione dell'ambiente, lo sviluppo economico e il progresso sociale» (articolo 6). È davvero interessante, infine, il divieto espresso nella Costituzione lituana, all'articolo 54, paragrafo secondo, di compiere atti diretti alla distruzione della terra e del sottosuolo, all'inquinamento dell'acqua e dell'aria, all'impatto radioattivo sull'ambiente e all'esaurimento della fauna selvatica e delle piante. Cfr. A. CIERVO, *Un altro mondo (non) è possibile*, in *Parolechiave*, 2/2021, 71, si interroga se con l'espressione "tutela degli animali" si faccia riferimento a tutte le specie o esclusivamente a quelle in estinzione ovvero a quelle la cui estinzione potrebbe impattare sugli ecosistemi.

⁵ Giova rammentare, al riguardo, che il dibattito intorno alla questione ambientale è tutt'altro che recente, registrandosi una certa sensibilità alla tematica già al momento dell'approvazione delle Costituzioni liberal-democratiche del Secondo dopoguerra.





trasversalmente dalle forze politiche⁶, con lo scopo di introdurre un espresso richiamo nella lettera costituzionale alla tutela dell'ambiente, da intendersi come bene da proteggere nell'interesse non solo delle generazioni presenti ma anche di quelle che verranno. Tra i diversi disegni di legge di cui il citato testo unificato ha rappresentato il punto di caduta l'unico a contenere un riferimento espresso all'interesse delle generazioni future è l'AS 1203, che richiama altresì nella Relazione illustrativa il concetto di sviluppo sostenibile, inteso come «valore “fondamentale” che è stato a lungo considerato erroneamente come un limite al progresso scientifico ed economico e che invece costituisce un elemento essenziale per lo sviluppo delle persone nel rispetto dell'ambiente circostante».

Ancorché nella legge costituzionale non sia stato recepito il richiamo espresso allo sviluppo sostenibile⁷, pare potersi ricavare pacificamente che l'intento complessivo dell'intervento di riforma della Costituzione sia stato proprio quello di imprimere chiaramente un indirizzo aperto ad una dimensione di sostenibilità, che diverrebbe in questo modo un importante parametro di costituzionalità – sebbene implicito – in ordine al quale valutare l'attività normativa.

La previsione specifica dell'obbligo a carico dello Stato – *rectius*, della Repubblica – di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni (articolo 1, comma 1) ha mosso però una serie di perplessità in ordine alla necessità di un intervento espresso di novella dei Principi fondamentali della Costituzione. Ben nota, infatti, è la giurisprudenza costituzionale sull'intangibilità dei principi fondamentali della Costituzione, insuscettibili, altresì, di revisione costituzionale⁸. Ciò posto, occorre però chiarire che il limite che la Corte costituzionale pone alla modificabilità della lettera costituzionale guarda al contenuto essenziale. In altre parole, pare potersi giustificare un intervento riformatore nel caso in cui non incida nel nucleo essenziale della previsione costituzionale. È evidente, d'altra parte, la finalità migliorativa della legge costituzionale che intende rispondere efficacemente alle numerose sollecitazioni di matrice internazionale (es. Agenda 2030 per lo sviluppo

⁶ Si tratta dei progetti di legge costituzionale AC 15, AC 143, AC 240, AC 2124, AC 2150, AC 2174, AC 2315, AC 2838, AC 2914, AC 3181 e dei disegni di legge costituzionale AS 83, AS 212, AS 938, AS 1203, AS 1532, AS 1627, AS 1632 e AS 2160.

⁷ In senso critico su tale mancanza G. GRASSO, il quale ha avuto modo di sottolineare, in occasione dell'Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato nel corso dell'esame del disegno di legge costituzionale in questione, l'incongruenza della scelta di non richiamare nel testo unificato il concetto di sviluppo sostenibile «che ha ormai assunto una compiutezza giuridica e non solo scientifica» e che coniuga «un certo tipo di sviluppo economico, che contiene in sé la tutela dell'ambiente, e la sua effettiva sostenibilità, anche sociale (...)». *Contra*, R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it, paper* – 6 aprile 2022, 7-8, il quale osserva che «costituzionalizzare tali principi avrebbe esposto la norma costituzionale a un precoce invecchiamento» e che, ogni modo, la costituzionalizzazione delle generazioni future «recupera implicitamente tutto l'*acquis* legato alla sostenibilità, stabilendosi che l'uso delle risorse deve tener conto anche di chi viene dopo di noi». Sempre in senso critico, cfr. G. SEVERINI, P. CARPENTERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021.

⁸ Si fa riferimento alla notissima sentenza n. 1146 del 1988 con la quale la Corte costituzionale ha modo di precisare che il dettato costituzionale «contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (Cons.dir. 2.1).



sostenibile) ed europeo⁹ e che vuole, altresì, tradurre concretamente l'impegno di implementare ogni azione necessaria per convertire l'attività umana ad un'ottica di sostenibilità¹⁰.

Si tratta, infatti, di un passaggio di straordinario rilievo poiché, oltre a raccogliere – come detto – il consenso trasversale di larga parte (se non della totalità) dei gruppi parlamentari¹¹, la legge costituzionale approvata pare porsi perfettamente in linea con il panorama internazionale ed europeo nel cui alveo si iscrive in ordine all'opportunità, ormai conclamata, di promuovere politiche di sviluppo per la sostenibilità ambientale¹² nell'interesse delle generazioni presenti e future.

⁹ Si fa riferimento, in particolare, per quanto riguarda il quadro normativo europeo, agli articoli 11 TFUE e all'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che vincolano la tutela dell'ambiente al rispetto del principio di sostenibilità, nonché l'articolo 191 TFUE, che fonda le politiche ambientali dell'Unione europea sul rispetto dei principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga" (paragrafo 2). Per quanto riguarda il versante internazionale, occorre guardare certamente all'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, con i suoi 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile (SDGs), adottata nel 2015 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, che rappresenta il più alto ed ambizioso programma di azione per la promozione e lo sviluppo del pianeta e del benessere dell'umanità. Sottolinea, al riguardo, M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 9/2019, 14, che «tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile esista un rapporto biunivoco. In altri termini, l'attuazione degli SDGs e del principio dello sviluppo sostenibile possono supportarsi a vicenda, in attuazione del principio del "mutuo supporto" (mutual supportiveness). Ciò in considerazione del fatto che da una parte gli SDGs hanno come punto di riferimento centrale il principio dello sviluppo sostenibile e che dall'altra parte quest'ultimo può trovare nel percorso di implementazione degli SDGs un'opportunità per un più pieno e corretto riconoscimento del suo ruolo nel diritto internazionale contemporaneo». In attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, con particolare riguardo al nostro Paese, si rammenta che è stata elaborata la "Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile" dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare nell'ottobre 2017 ed è stata adottata dal CIPE (ora CIPESS) il 22 dicembre 2017 ed emanata con Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 marzo 2018, che assegna alla Presidenza del Consiglio dei ministri le funzioni di coordinamento delle azioni e delle le politiche inerenti l'attuazione della Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile, nonché dei lavori volti agli aggiornamenti periodici della Strategia medesima ed istituisce, a tal fine, la Commissione nazionale per lo sviluppo sostenibile.

¹⁰ Così, I. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021, 5, la quale osserva che «La proposta novella costituzionale assume un significato promozionale e altamente pedagogico che serve a sollecitare l'impegno condiviso alla salvaguardia dell'ambiente, unica àncora di salvataggio del domani».

¹¹ Parla, al riguardo, di riforma in grado di trasformarsi «in un precedente pericoloso» G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 70 ss., in quanto per la prima volta nella storia repubblicana è stata modificato, in modo concorde, uno dei primi dodici articoli recanti i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

¹² Rileva l'assoluta incoerenza del provvedimento rispetto al contesto politico attuale T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, 4, osserva che «nel mentre si lavora per inserire l'ambiente in costituzione lo si esclude da una tutela ministeriale. Mi riferisco alla soppressione del "ministero dell'ambiente e della tutela del territorio" in luogo di quello appena creato della "transizione ecologica". Delle due l'una: o l'ambiente è costituzionalizzato e allora deve avere un suo dicastero riferito alla gestione, come nel caso della salute o della giustizia, oppure rimane fuori dal testo costituzionale e diventa una mera questione di cd. transizione ecologica».



Si deve al riguardo rammentare che la tutela dell'ambiente¹³ è stata introdotta espressamente nella lettera costituzionale solo con la riforma del Titolo V ad opera della legge costituzionale n. 3/2001 (articolo 117, comma secondo, lettera s)). Prima di allora, infatti, la tutela dell'ambiente trova ancoraggio costituzionale nel combinato disposto dagli articoli 2, 9 e 32 Cost. Attorno a tale assetto assiologico la giurisprudenza costituzionale¹⁴ ha formalmente riconosciuto il diritto ad un ambiente salubre, attraverso un'operosa interpretazione estensiva della nozione di "paesaggio"¹⁵. Tuttavia, non sempre lineare è stata l'interpretazione del giudice delle leggi sulla nozione di ambiente¹⁶, giungendo a

¹³ Per un approfondimento, sia nelle maglie dell'ordinamento giuridico nazionale sia nella tessitura complessa dei rapporti interordinamentali, si vedano, nel vastissimo dibattito scientifico, V. DOMENICHELLI, N. OLIVETTI RASON, C. POLI (a cura di), *Diritto pubblico dell'ambiente. Diritto, etica, politica*, Verona, 1995; S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2002; P.W. BIRNIE, A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, Oxford, 2002; D. PORENA, *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale»*, Torino, 2009; J. SCOTT, *Environmental Protection. European Law and Governance*, Oxford, 2009; F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005; B. CARAVITA DI TORITTO, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; D. LANGLET, S. MAHMOUDI, *EU Environmental Law and Policy*, Oxford, 2016; S. L. SECK, N. CRAIK, C. S. G. JEFFERIES, T. STEPHENS, *Global Environmental Change and Innovation in International Law*, Cambridge, 2018; R. GIUFFRIDA, F. AMABILI, *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018; N. DE SADELEER, *Environmental Law Principles From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, 2018; P. THIEFFRY, *Handbook of European Environmental and Climate Law*, Bruylant, 2021.

¹⁴ Si segnala, tra le altre, la nota sentenza n. 210 del 1987, nella quale il giudice costituzionale riconosce all'ambiente la natura unitaria, «comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali», nel cui alveo si riconducono «la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni» (Cons.dir. 4.5). Nel dibattito dottrinario, sulla nozione unitaria, comprensiva sia delle risorse naturali sia di quelli antropiche, dell'ambiente, si vedano B. CARAVITA DI TORITTO, A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, in B. CARAVITA DI TORITTO, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, cit., 30 ss.

¹⁵ Così, in diverse pronunce la Corte costituzionale giunge ad affermare che la tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost. «deve essere intesa nel senso lato di tutela ecologica» (sentenza n. 430 del 1990), dunque anche come «interesse alla conservazione dell'ambiente naturale» (sentenza n. 391 del 1989). Peraltro, come giustamente evidenziato nel dibattito dottrinario, anche la riforma costituzionale del 2001 non è valsa a superare il paradigma antropocentrico desumibile dall'interpretazione della nozione di ambiente nel dettato costituzionale. «Se infatti il concetto di paesaggio ex art. 9 Cost. può essere portato, senza eccessive esasperazioni, a significare ambiente visibile, le semplici menzioni dell'ambiente e dell'ecosistema nell'art. 117 Cost. non paiono comunque sufficienti a scardinare la visione antropocentrica del legislatore costituzionale: se l'ambiente è visibile, lo è infatti da qualcuno, e quel qualcuno non può che essere l'uomo [...]» (così, A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 308).

¹⁶ Viene, ad esempio, qualificato come "interesse fondamentale" nella sentenza n. 194 del 1993 ovvero come bene rilevante costituzionalmente nelle pronunce nn. 307 del 1992 e 26 del 1993. Nella sentenza n. 216 del 2016, la Corte costituzionale, richiamando proprio l'evoluzione giurisprudenziale della nozione di ambiente, chiarisce che «È noto che, sebbene il testo originario della Costituzione non contenesse l'espressione ambiente, né disposizioni finalizzate a proteggere l'ecosistema, questa Corte con numerose sentenze aveva riconosciuto (sentenza n. 247 del 1974) la «preminente rilevanza accordata nella Costituzione alla salvaguardia della salute dell'uomo (art. 32) e alla protezione dell'ambiente in cui questi vive (art. 9, secondo comma)», quali valori costituzionali primari (sentenza n. 210 del 1987). E la giurisprudenza successiva aveva poi superato la ricostruzione in termini solo finalistici, affermando (sentenza n. 641 del 1987) che l'ambiente costituiva un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto



riconoscere lo statuto di “valore costituzionale”¹⁷ dopo un’intensa attività creativa e superando le diffidenze in un primo momento manifestate a livello dottrinario.

Ad ogni modo, è con la riforma costituzionale del 2001 che viene espressamente riconosciuta ed attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema¹⁸, la quale ha conosciuto attraverso un ricco percorso ermeneutico declinazioni sempre nuove¹⁹, complice,

di cura e di tutela; ma tutte, nell’insieme, sono riconducibili ad unità. Il fatto che l’ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l’ordinamento prende in considerazione» (Cons.dir. 5.1). Per una panoramica puntuale della giurisprudenza costituzionale in materia, si veda R. BIFULCO, *Una rassegna della Giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell’ambiente*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019. Sul punto, peraltro, Al riguardo si vedano le considerazioni di M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 2020, 50 e ss., osserva che «le questioni ambientali vengono portate all’attenzione del Giudice costituzionale quasi sempre in giudizi in cui si controverte del riparto di competenze tra gli enti territoriali della Repubblica, ovvero della distribuzione sul territorio dei poteri per come stabilita dalle norme costituzionali, anziché del contenuto dei poteri in concreto esercitati. In altri termini, le controversie che la Corte costituzionale è chiamata a risolvere in materia ambientale non richiedono quasi mai –almeno nella stragrande maggioranza dei casi –un sindacato di merito sulla normativa tecnica o sul presupposto tecnico-scientifico dell’esercizio di un potere normativo (o amministrativo); le questioni tecniche ambientali, dunque, non sono quasi mai il cuore del thema decidendum dei giudizi costituzionali».

¹⁷ Per un approfondimento, tra gli altri, si veda P. DELL’ANNO, *La tutela dell’ambiente come “materia” e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2009, 285 ss. Chiariscono, al riguardo, B. CARAVITA, A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, cit., 36, che la protezione dell’ambiente costituisce «il contenuto di un *valore fondamentale*, materialmente costituzionale, ricompreso tra i valori caratterizzanti l’identità repubblicana» (corsivo degli AA.).

¹⁸ Sottolinea S. ZANINI, *La tutela dell’ecosistema, tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, 452, che «[...] tale connubio viene solitamente inteso come un unicum giuridico: nella giurisprudenza come nella dottrina, infatti, si fa quasi sempre esclusivo riferimento alla “tutela dell’ambiente” intesa in senso lato, negando alla materia “tutela dell’ecosistema” la dovuta autonoma rilevanza.». Per una distinzione dei due concetti, si veda, tra le altre, la sentenza della Corte costituzionale n. 12/2009, nella quale il giudice costituzionale chiarisce che «È evidente che quando ci si riferisce all’ambiente, così come attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato dalla lettera s) del secondo comma dell’art. 117 Cost., le considerazioni attinenti a tale materia si intendono riferite anche a quella, ad essa strettamente correlata, dell’“ecosistema”. Peraltro, anche se i due termini esprimono valori molto vicini, la loro duplice utilizzazione, nella citata disposizione costituzionale, non si risolve in un’endiadi, in quanto col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l’habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé» (Cons.dir. 2.3).

¹⁹ La Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare il carattere “trasversale” della competenza legislativa statale in materia di tutela ambientale, tale da legittimare l’incursione statale anche in materie di competenza prettamente regionale. Così, tra le più recenti, Corte cost. sent. n. 198/2018, nella quale si ribadisce che la tutela dell’ambiente non è configurabile «come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze». L’ambiente è un valore «costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia “trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando [però] allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale» (sentenza n. 407 del 2002; nello stesso senso, più recentemente, le sentenze n. 66 del 2018, n. 218 e n. 212 del 2017, n. 210 del 2016). In tal caso, la disciplina statale nella materia della tutela dell’ambiente «“viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza”, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell’esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che concorrano con quella dell’ambiente» (sentenza n. 199 del 2014; nello stesso senso, le sentenze n. 246 e n. 145 del 2013, n. 67 del 2010, n. 104 del 2008 e n. 378 del 2007) chiosando



d'altra parte, l'apertura dell'ordinamento interno alle sollecitazioni del diritto internazionale ed europeo. Peraltro, giova rammentare che le nozioni di "ambiente" e di "ecosistema"²⁰ non coincidono pienamente²¹, ma, come precisato anche dal giudice delle leggi²², tendono a connotarsi specificamente in ordine al rapporto esistente tra l'uomo e la natura.

La tutela dell'ambiente, che, dopo l'approvazione della legge di revisione costituzionale n. 3/2001, ha trovato espresso riconoscimento all'articolo 117, comma secondo, lett. s) Cost., rappresenta uno degli obiettivi strategici delle politiche di sviluppo e di innovazione previste nell'ambito del più recente quadro normativo internazionale, nonché del Next Generation EU e del PNRR, segnatamente alla Missione 2 ("Rivoluzione verde e transizione ecologica")²³.

Dalla lettura dell'articolato, emerge chiaramente l'intento di voler coniugare la dimensione ecologica della sostenibilità con la promozione di interventi suscettibili di incentivare meccanismi virtuosi di transizione dei processi produttivi in chiave green.

infine che «La trasversalità della tutela ambientale implica una connaturale intersezione delle competenze regionali, attraversate, per così dire, dalle finalità di salvaguardia insite nella materia-obiettivo» (Cons.dir. 6.1). Sulla trasversalità dell'ambiente, si vedano le riflessioni di S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit. 7, il quale esamina la natura trasversale della materia ambientale in ordine ad una triplice relazione: quella tra l'uomo e la natura, con la possibilità di definire l'ambiente secondo una concezione antropocentrica; diacronica e dinamica che caratterizza gli ecosistemi e con le diverse aree territoriali, con la possibilità di avere diversità di problemi a seconda che si prendano in considerazione.

²⁰ Ancora diverso è il concetto di "biodiversità", che si ricollega più specificamente alla coesistenza in uno stesso ecosistema di diverse specie animali e vegetali e che, riprendendo la definizione che viene nella Comunicazione della Commissione europea recante "Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030" (COM (2020) 380 final), «è la straordinaria varietà della vita sulla Terra».

²¹ Osserva, infatti, S. ZANINI, *La tutela dell'ecosistema, tra scienza e diritto*, cit., 454, che «[...] anche se i due termini esprimono valori molto vicini, la loro duplice utilizzazione, nella citata disposizione costituzionale, non si risolve in un'endiadi, in quanto col primo termine si vuole fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé». Contra, cfr. A. COLAVECCHIO, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, 2. Sull'evoluzione del concetto di ambiente, cfr. Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021, 122, richiamando le audizioni svolte presso la Commissione Affari costituzionali della Camera e del Senato, precisano che «il termine ambiente pare richiamare una dimensione statica del contesto naturale, da intendersi quale elemento di «vicinanza alle prospettive ed ai bisogni dell'individuo». In quest'ottica il contesto naturale sembra avvicinarsi ad una dimensione soggettiva, all'interno della quale potrebbe conseguentemente trovare spazio l'affermazione di una concezione di ambiente quale diritto individuale (si pensi, ad esempio, al diritto ad un ambiente salubre o al diritto alle utilità che l'uomo può trarre dall'ambiente); con il termine ecosistemi, invece, paiono richiamarsi i diversi contesti naturali nella loro dimensione dinamica, ovvero volta a considerare «le interazioni esistenti fra tutti i fattori biotici ed abiotici».

²² Cfr. Corte costituzionale sentenza n. 12 del 2009.

²³ Si segnala che Nel mese di aprile 2021 l'ISPRA ha presentato il *National Inventory Report 2021* e l'*Informative Inventory Report 2021* secondo cui «nel 2019 le emissioni di gas serra diminuiscono del 19% rispetto al 1990, passando da 519 a 418 milioni di tonnellate di CO2 equivalente e del 2,4% rispetto al 2018. La diminuzione è dovuta alla crescita negli ultimi anni della produzione di energia da fonti rinnovabili (idroelettrico ed eolico), all'incremento dell'efficienza energetica nei settori industriali e alla riduzione dell'uso del carbone. I settori della produzione di energia e dei trasporti restano responsabili di circa la metà delle emissioni nazionali di gas climalteranti».





In questa prospettiva, oltre all'articolo 9 Cost., la riforma costituzionale ha inteso modificare anche l'articolo 41 Cost. al fine di introdurre un'ulteriore limitazione allo svolgimento della libera iniziativa economica, stabilendo che questa non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente. Si prevede, in altre parole, quale limite espresso all'esercizio dell'attività economica il vincolo della sostenibilità²⁴.

L'ambiente, così come tratteggiato dalla riforma costituzionale, viene in considerazione nella accezione più ampia, estendendosi anche agli ecosistemi e alla biodiversità. E ciò – come anticipato – al fine di recepire altresì la nutrita giurisprudenza costituzionale tesa a rappresentare sempre più la tutela dell'ambiente come un valore di rilievo costituzionale, che non si esaurisce in una rigida perimetrazione competenziale ma richiede al contrario l'intervento coordinato tra Stato ed enti territoriali. Tuttavia, pare ragionevole sottolineare come la formulazione di sintesi espressa nel testo unificato adottato intenda porre l'accento sulla sussistenza di uno specifico dovere di tutela in capo alla Repubblica, contrariamente a quanto previsto in alcune delle proposte di legge poi confluite nel T.U.²⁵.

Del tutto inedita è inoltre l'importanza che viene riconosciuta alla questione della tutela degli animali, che viene rimessa, nella definizione dei modi e delle forme di garanzia, alla competenza legislativa dello Stato, con la precisazione – sia consentito – del tutto singolare circa l'applicazione della legge dello Stato di tutela degli animali alle Regioni a statuto speciali e alle Province autonome di Trento e Bolzano, fermo in ogni caso il rispetto dell'assetto competenziale determinato dai rispettivi Statuti a mente dell'articolo 3 della predetta legge costituzionale. La previsione espressa di una clausola di

²⁴ Giova sottolineare che la modifica dell'articolo 41 Cost., nei termini detti, insiste lungo un tracciato già esplorato dalla Corte costituzionale nelle note sentenze nn. 85/2013 e 58/2018. Entrambe le pronunce hanno ad oggetto lo stabilimento industriale dell'Ilva di Taranto, differendo ad ogni modo per la normativa impugnata. Mentre, però, con la sentenza n. 85/2013, questa Corte, con la citata sentenza n. 85 del 2013, rigettò la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che il legislatore avesse effettuato un ragionevole e proporzionato bilanciamento predisponendo la disciplina di cui al citato art. 1, comma 4, del decreto-legge n. 207 del 2012. In quella ipotesi, infatti, la prosecuzione dell'attività d'impresa era condizionata all'osservanza di specifici limiti, disposti in provvedimenti amministrativi relativi all'autorizzazione integrata ambientale, e assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria. Nel caso della sentenza n. 58/2018, il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita. Infatti, nella normativa in giudizio, la prosecuzione dell'attività d'impresa è subordinata esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un "piano" ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati. Infine, censurando la normativa statale per i profili sopra menzionati, il giudice delle leggi ribadisce che «Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona» (Cons.dir. 3.3.). Per un commento, in particolare, a quest'ultima, si vedano S. LAFORGIA, *Diritto al lavoro 'versus' diritto alla salute? Il lavoro è sicuro o non è*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1, 2019, 133 ss.; S. FREGA, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta online*, 2, 2018.

²⁵ Si v. il d.d.l. n. 83 che prevede: «Tutela l'ambiente e gli ecosistemi, come diritto fondamentale della persona e della comunità, promuovendo le condizioni che rendono effettivo questo diritto» (articolo 1, comma 1); il d.d.l. n. 212 che sancisce che «La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi costituisce diritto fondamentale della persona e della collettività» (articolo 1, comma 2, secondo periodo); e, in senso analogo, anche il d.d.l. n. 938 e il d.d.l. n. 1632.





salvaguardia²⁶ a favore delle Regioni speciali e delle Province autonome, frutto di una proposta emendativa presentata ed approvata in Assemblea, si inserisce nel lungo corso della giurisprudenza costituzionale in materia di regolazione delle competenze tra Stato e Regioni speciali e intende cristallizzare nel testo costituzionale il limite per la disciplina legislativa statale al fine di evitare ingiustificate e indebite compressioni²⁷.

Una possibile chiave di lettura della formulazione prescelta pare potersi ricavare dalla recente questione particolarmente dibattuta che ha visto fronteggiare i diversi livelli di governi riguardo all'abbattimento delle specie animali considerate pericolose per l'incolumità pubblica, tra cui orsi e cinghiali. D'altra parte, il riferimento all'importanza della tutela degli animali si pone in linea con gli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale, la quale, in più occasioni, ha avuto modo di precisare, con riguardo ad esempio alla normativa relativa alla cessione degli animali abbandonati (L. n. 281/1991), che, pur trattandosi certamente di aspetti rientranti nel più generale principio fondamentale in materia di «tutela della salute», allo Stato spetta porre una disciplina di indirizzo, entro cui le Regioni, nell'esercizio delle proprie competenze in materia sanitaria e nel rispetto dei principi fondamentali posti dal legislatore statale, possono dettare misure e obblighi al fine di prevenire il randagismo e di tutelare il benessere animale (ex multis, v. Corte cost. sent. 277/2019).

3. La sostenibilità ambientale e le generazioni future

Come sottolineato dalla stessa Commissione europea (COM(2019) 640 final), «*i problemi legati al clima e all'ambiente sono il compito che definisce la nostra generazione*»: le stime attuali dimostrano la preoccupante situazione, che si sta manifestando con sempre maggiore vigore, della perdita di biodiversità e del degrado dell'ambiente e degli ecosistemi che si ripercuotono negativamente altresì sull'economia e sui processi produttivi dell'Europa. In questa prospettiva, si pone la necessità di un approccio di *governance* multilivello per la protezione, la conservazione e l'uso sostenibile della biodiversità e degli ecosistemi nella attenta operazione di bilanciamento tra la garanzia degli interessi ambientali e la promozione dello sviluppo economico.

La sostenibilità rappresenta in modo sempre più lampante la cornice entro cui si devono inquadrare le politiche degli Stati membri. E, in quest'ottica, la ratio della legge di revisione costituzionale in discorso riposa nell'esigenza autentica di rispondere efficacemente alle sfide del futuro, che si iscrivono in una

²⁶ Cfr. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, 469-470, il quale definisce l'art. 3 in questione come una «riserva di legge statale "a geometria variabile" rispetto all'efficacia nei diversi territori, peraltro in controtendenza rispetto allo spirito che ha tendenzialmente caratterizzato gli interventi di riforma più recenti, volto a perseguire forme di maggiore omogeneità e integrazione».

²⁷ Ne sottolinea il carattere ultroneo rispetto al tessuto valoriale dei primi dodici articoli della Costituzione G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, cit., 470, il quale rileva che «si deve rilevare la collocazione decisamente incongrua di una riserva di legge statale nell'ambito dei principi fondamentali, laddove avrebbe potuto trovare una sede più adeguata nell'ambito dell'art. 117 Cost. Tale riserva, infatti, non ha soltanto un valore di garanzia, ma segna anche un limite alla competenza legislativa regionale, escludendo che possano intervenire provvedimenti normativi degli enti territoriali (a statuto ordinario). La posizione nella topografia costituzionale, in effetti, ha di per sé un rilevante significato interpretativo: è alla luce dell'art. 9 che dovranno essere lette le altre disposizioni costituzionali, comprese quelle del titolo V».





prospettiva di sviluppo antropocentrica poiché tesa alla valorizzazione dell'individuo, da considerarsi nella dimensione sociale e nel contesto ambientale nel quale questi vive.

Con l'espressione "sviluppo sostenibile" si intende, principalmente, il perseguimento di condizioni di miglioramento della società civile, non solo presente ma anche futura, nel rispetto della tutela dell'ambiente e dell'equità sociale, nonché di meccanismi concorrenziali di crescita del mercato.

Come anticipato, sono molteplici le carte e le dichiarazioni che si sono succedute nei decenni e che hanno promosso la necessità di perseguire uno sviluppo sostenibile. Tra queste, prima di tutte, il Rapporto Brundtland del 1987, elaborato dalla Commissione Mondiale Ambiente e Sviluppo, nominata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nel quale si chiarisce che lo sviluppo sostenibile è un modello di sviluppo volto al «soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità per le generazioni future di realizzare i propri» (p.to 27); la Dichiarazione di Rio del 1992, che valorizza la sostenibilità non solo con riguardo alla tutela ambientale ma anche in riferimento agli altri settori della vita umana, in spirito di "cooperazione globale" tra gli Stati aderenti e, più di recente, il vertice di Johannesburg del 2002 e la Dichiarazione di New Delhi del 2012.

Il tema della sostenibilità ruota, principalmente, attraverso tre snodi, che si declinano rispettivamente in: a) sostenibilità ambientale, attraverso politiche che preservino l'ecosistema e il clima con la riduzione delle emissioni gassose di CO₂ e della combustione dei carbon-fossili; b) sostenibilità sociale, mediante interventi mirati alla promozione occupazionale e di sistemi previdenziali efficienti; c) sostenibilità economica, determinata dalla convergenza delle politiche finanziarie tra gli Stati membri dell'UE al fine di comportare una riduzione del debito pubblico ma, soprattutto, attraverso la previsione di meccanismi concorrenziali che incentivino l'impiego di investimenti. Lo scopo è quello di favorire lo sviluppo di infrastrutture, il settore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione, di contribuire ad aumentare gli investimenti nei settori di istruzione e formazione, sanità, tecnologie della comunicazione, consentire lo sviluppo del settore energetico, oltre che sostenere gli investimenti di piccole e medie imprese (PMI), nella necessità, ormai avvertita a livello europeo, di consentire lo stanziamento di risorse adeguate a sostegno degli investimenti, allo scopo di incentivare la creazione di posti di lavoro e la ripresa economica, nonché meccanismi a supporto della competitività e della capacità produttiva dell'Europa.

La questione relativa alla necessità di assicurare la sostenibilità delle scelte allocative nell'ottica della preservazione delle generazioni future si è arricchita poi di ulteriori sfumature attraverso la previsione di canali sempre nuovi di crescita della società civile. In questo senso, la portata della responsabilità, in capo agli attuali decisori politici, circa le politiche da adottare, tali da non incidere negativamente sulle generazioni future, si connota per un profilo operativo più ampio. Le aree di elezione nelle quali sembra inverarsi la necessità di assicurare una soluzione prospettica lungimirante sono costituite, primariamente, dalla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e dallo sviluppo delle biotecnologie.

Lo sviluppo sostenibile rappresenta l'obbligazione morale che si configura in capo alle generazioni attuali a favore di quelle future. In questa prospettiva, l'ambito applicativo non è più confinato alla tutela dell'ambiente, ma si estende anche ad altri ambiti, quali – come detto – le tecnologie, la ricerca scientifica, l'istruzione.

A tal riguardo, si è vario titolo posto il problema di trovare un fondamento ad una sorta di "diritto alla sostenibilità per le generazioni future", da ancorare ai testi costituzionali nazionali e da imprimere nel





percorso di sviluppo delle politiche dell'Unione europea. Si rammenta, in ordine al dibattito scientifico sul tema, la teoria avanzata da autorevole dottrina²⁸, con riferimento all'"etica responsabile", sottolineando la "flessibilità" del concetto, in quanto strettamente interrelato con le scelte intertemporali individuali e collettive, nonché con lo sviluppo di tecnologie e cambiamenti irreversibili. In senso opposto, si segnala la teoria della rilevanza del presente, secondo la quale andrebbe, in ogni caso, preferita una visione prospettica incentrata sul soddisfacimento dei bisogni attuali, riproponendo la potenziale conflittualità tra società attuale e società future. D'altra parte, sono state individuate tesi contrastanti con l'assenza di responsabilità nei riguardi delle generazioni future, quale quella che vale a considerare il diritto come fondamento teorico e funzionale della sostenibilità della comunità sociale, anche futura.

4. La tutela dell'ambiente al tempo della crisi sanitaria da Covid-19

La crisi sanitaria che ha interessato il panorama globale negli ultimi anni, se da una parte, ha svelato la fragilità della tenuta dell'Unione europea, dall'altra, ha portato ad un'accelerazione dei processi di innovazione e di sviluppo da tempo perseguiti a livello europeo ed alla maturazione di un percorso di consolidamento dei meccanismi di solidarietà tra le Istituzioni europee e gli Stati membri. In questa prospettiva di rinnovata fiducia ha trovato fondamento e complessa costruzione il Next Generation EU, ossia un imponente piano elaborato ed approvato dalle Istituzioni europee con lo scopo di destinare ingenti quantità di risorse per finanziare programmi destinati a favorire la ripresa economica e sociale. Il più importante strumento previsto nell'ambito di Next Generation EU è il Dispositivo per la ripresa e la resilienza che, con una dotazione finanziaria di 672,5 miliardi di euro, ha l'obiettivo di sostenere gli investimenti e di promuovere le riforme degli Stati membri nell'ambito del Semestre europeo, per una ripresa duratura, per migliorare la resilienza delle economie degli Stati membri e ridurre il disallineamento fra gli stessi.

In attuazione di quanto previsto dal Dispositivo per la ripresa e la resilienza (Recovery and Resilience Facility), i singoli Stati membri hanno elaborato i propri Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR), in linea con il Semestre europeo²⁹, per definire il programma nazionale di riforme e investimenti per gli anni 2021-26.

Tale pacchetto di misure è stato concepito per contrastare le disastrose conseguenze della diffusione della pandemia da Covid-19 e rappresenta la sintesi ragionata di una serie complessa di negoziati tra i vertici delle Istituzioni europee e i rappresentanti dei singoli Stati nel solco di tre principali direttrici di sostegno alla ripresa e alla crescita: il finanziamento delle spese sanitarie, gli stimoli all'economia e gli incentivi al tessuto produttivo industriale.

²⁸ Cfr. H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per una civiltà tecnologica*, Milano, 1990.

²⁹ Nella Comunicazione «Strategia annuale per una crescita sostenibile 2021» del 17 settembre 2020, la Commissione europea ha fornito le indicazioni pratiche sulla redazione dei Piani nazionali di ripresa e resilienza e sui progetti da presentare, nella quale si ribadisce l'importanza di adottare un approccio comune «per rilanciare la ripresa, garantire la concorrenza leale ed evitare perturbazioni delle catene del valore transfrontaliere e della libera circolazione dei lavoratori e delle merci». Si stabilisce, altresì, che i progetti presentati debbano inquadarsi nel contesto del Semestre europeo, per fornire una risposta concreta alle sfide individuate nelle raccomandazioni specifiche per Paese approvate dal Consiglio.





Nella visione della crescita sostenibile, la Commissione europea ha incoraggiato gli Stati membri ad informare i rispettivi Piani nazionali a politiche di investimento per una transizione ecologica e per una transizione digitale al fine di migliorare la connettività, sviluppare competenze digitali a tutti i livelli per sostenere un mercato del lavoro in transizione, costruire capacità digitali all'avanguardia (es. intelligenza artificiale) e muovere verso una maggiore equità.

Con particolare riguardo ai profili relativi alla transizione ecologica, la Commissione europea, nel promuovere un'economia più circolare, migliorare le infrastrutture ambientali e proteggere e ripristinare la biodiversità, ha chiarito che il passaggio da un modello lineare ad un modello circolare di produzione e di consumo sia l'unico in grado di creare «posti di lavoro locali e sostenibili grazie alla prevenzione, al riutilizzo, alla riparazione, alla rigenerazione e al riciclaggio dei rifiuti». Al riguardo, la riuscita di un'azione concertata improntata ad un'ottica sostenibile richiede una modificazione profonda già a partire dalle modalità operative da adottare. Ed è qui che entrano in gioco sicuramente le “nuove generazioni” che, anche se in un futuro prossimo, sono destinate a farsi carico delle conseguenze delle azioni attuali, ma ancor di più le generazioni presenti nella consapevolezza che il comune senso civico possa incidere sui risultati. Come intellegibile, il fine ultimo è quello di partecipare alla preservazione di un bene comune non solo a diretta fruizione della collettività presente ma anche a beneficio della società futura.

Come noto, nel testo definitivo del PNRR dell'Italia, approvato nel Consiglio dei ministri il 24 aprile 2021, uno degli obiettivi principali all'ordine del giorno dell'agenda politica dei prossimi anni è quello della transizione verde, per la cui realizzazione sarà necessario operare sia sul lato della domanda sia sul lato dell'offerta, tramite la conversione dei processi produttivi secondo una dimensione ecosostenibile. Ampio spazio viene riservato quindi nel testo del Piano nazionale di Ripresa e resilienza, in accordo con le Linee guida emanate a livello europeo, all'economia circolare e alla transizione verso modelli di agricoltura sostenibile, la cui crucialità impone – secondo i dettami governativi – un approccio trasversale che valorizzi, da un lato, meccanismi virtuosi di riciclo dei rifiuti, sviluppando, altresì, un sistema di monitoraggio su tutto il territorio nazionale, e, dall'altro, promuova procedure di autorizzazione e di appalto gare nel segno della semplificazione e della trasparenza, nell'ambito delle quali il MITE – ossia il Ministero per la transizione ecologica, istituito con decreto legge 1° marzo 2021, n. 22 e che prende il posto del Ministero dell'Ambiente - svilupperà uno specifico piano d'azione al fine di supportare le stazioni appaltanti nell'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) fissati dalla Legge alle procedure di gara.

La recente crisi energetica che l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia ha determinato negli ultimi mesi ha, a dir vero, complicato ulteriormente un quadro già abbastanza precario, portando i leader europei ad interrogarsi concretamente sulla perseguibilità degli obiettivi virtuosi della transizione ecologica in costanza del conflitto bellico e della conseguente penuria del gas e del petrolio importati in gran parte dalla Russia.

Una prima risposta all'acuirsi delle tensioni geopolitiche tra il blocco occidentale e la Russia e alla modificazione del mercato energetico è arrivata con la presentazione da parte della Commissione europea





l'8 marzo scorso del Piano REPowerEU³⁰ con la finalità di produrre energia pulita³¹ e diversificare le forniture energetiche³². Il Piano prevede infatti una serie di misure per ridurre rapidamente la dipendenza dai combustibili fossili, decarbonizzare l'industria e portare avanti rapidamente la transizione verde, aumentando la resilienza del sistema energetico a livello dell'UE.

È evidente, tuttavia, come l'accelerazione del percorso di decarbonizzazione e di efficientamento delle politiche energetiche sia dettata non tanto dall'urgenza di completare la transizione verso un'energia pulita e sostenibile quanto, piuttosto, quale approdo necessitato di un conflitto non altrimenti evitabile.

Solo il tempo e – si auspica – la fine del conflitto russo-ucraino sapranno restituire la solidità delle profonde motivazioni con le quali l'Unione europea ha deciso così compattamente di abbracciare nuove scelte energetiche.

5. Alcune considerazioni conclusive

L'approvazione del PNRR si inserisce in un percorso lungo per il quale occorre un senso di responsabilità autentico per realizzare progetti di sviluppo³³ e di crescita, volti a soddisfare i bisogni della collettività, presente e futura.

Il fulcro di tutta la tematica entro cui si inserisce anche la riforma costituzionale in senso ecologico ed ecosostenibile ruota attorno alla configurabilità di un'etica intergenerazionale³⁴, che riposa

³⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili».

³¹ Nell'ambito delle energie rinnovabili, la Commissione europea ha proposto di aumentare l'obiettivo per il 2030 dall'attuale 40% al 45%, portando la capacità totale di generazione di energia rinnovabile a 1.236 GW entro il 2030, rispetto ai 1.067 GW entro il 2030, previsti in Fit for 55 for 2030.

³² Si chiarisce nella già menzionata Comunicazione che solo la «definizione di una politica europea di stoccaggio del gas migliorerà la preparazione per la prossima stagione invernale e oltre» poiché «Un'azione comune e coordinata è la migliore risposta di emergenza alle sfide alle quali ci troviamo di fronte».

³³ Commenta la proposta di riforma L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, 4, osservando che potrebbe sembrare «in effetti che nel clima del dibattito pubblico odierno, che esalta l'impronta ecologista della svolta impressa dal piano europeo di aiuti (Next Generation EU) e dal suo recepimento nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) per reagire ai costi economico-sociali della pandemia ancora in atto, il rafforzamento dell'impegno dello Stato nella protezione della salute e dell'ambiente si ottenga, per quanto attiene all'art. 41 Cost., introducendo una vera e propria "gerarchia" di valori all'interno dei singoli limiti apportionabili alla libertà di impresa, gerarchia che recherebbe al suo vertice appunto "salute" e "ambiente"».

³⁴ Sul punto, si veda, tra i molti, G. PONTARA, *Etica e generazioni future*, Bari, 1995; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 0, 2010; D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017. Cfr. per E. RESTA, *Tra Generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 416, «il rapporto tra le generazioni presenti e le passate, tra i contemporanei e i loro progenitori, è genealogicamente fondato su un obbligo che lega il debitore al suo creditore: i vincoli sentimentali e le "venerazioni" altro non sono che il mascheramento del debito. [...] Nell'ambito della originaria comunità delle stirpi la generazione vivente riconosce ogni volta un'obbligazione giuridica nei confronti delle precedenti, dominata dalla persuasione mitico religiosa che la propria





nell'assunzione delle misure più consone per il benessere delle generazioni future, imprimendo un vincolo, non solo esecutivo, ma anche squisitamente materiale circa le modalità operative e le possibilità assiologiche. Viene in rilievo la ponderazione tra il benessere collettivo attuale e il benessere collettivo futuro, il cui punto di equilibrio – come evidente – è difficilmente configurabile senza la possibilità di interpellare il soggetto che ne costituisce il diretto contraddittore, ossia le generazioni sopravvenienti.

L'urgenza di un intervento mirato che si pone lungo questa traiettoria di sviluppo e che sia in grado di abbracciare un paradigma innovativo ha contribuito a dare impulso alle iniziative del G20 di Roma prima³⁵ e della Cop26 di Glasgow³⁶ poi, che, però, hanno ancora una volta dimostrato in maniera plastica la difficoltà di raggiungere un compromesso per scelte ambientali ed energetiche condivise di

generazione (la "specie") esiste grazie ai sacrifici e alle opere, se non alla "volontà" degli antenati. Questi allora devono essere ricompensati con altrettanti sacrifici e opere».

³⁵ Si precisa al riguardo che il G20 che si è tenuto a Roma il 30 e il 31 ottobre scorsi ha riguardato più specificamente la gestione dei cambiamenti climatici, mentre la questione ambientale ha formato più centrato oggetto di analisi e di discussione del G20 ministeriale di Napoli del 21 e del 22 luglio 2021, al termine del quale è stato adottato un comunicato condiviso, nel quale, richiamando i principi e gli obiettivi espressi nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile, l'Agenda di Addis Abeba, la Convenzione delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (UNFCCC) e l'Accordo di Parigi sul clima del 2016, la Convenzione sulla biodiversità (CBD), e la Convenzione delle Nazioni Unite sul contrasto alla desertificazione (UNCCD), si sottolinea l'importanza di promuovere un uso efficiente delle risorse ed di rafforzare i processi di economia circolare, con uno specifico focus su tessile e moda sostenibile, città circolari, educazione e formazione.

³⁶ In vista della 26ma Conferenza delle parti (COP26) della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (UNFCCC), prevista per il prossimo novembre a Glasgow (31 ottobre-12 novembre), il Consiglio dei ministri dell'ambiente dell'UE ha approvato conclusioni il 6 ottobre 2021, che definiscono la posizione negoziale dell'UE. In particolare, il Consiglio riafferma che l'UE e i suoi Stati membri restano determinati ad aumentare la mobilitazione di finanziamenti internazionali per il clima nell'ambito dell'obiettivo sottoscritto collettivamente dai paesi sviluppati di mobilitare congiuntamente 100 miliardi di dollari statunitensi all'anno entro il 2020 e fino al 2025; nonché a giungere a una conclusione su norme ai sensi dell'articolo 6 dell'Accordo di Parigi, che consentano un'azione coerente con la necessaria maggiore ambizione globale, evitino la doppia contabilizzazione e la dipendenza da percorsi ad alte emissioni, affrontino rischi quali la non permanenza e la rilocalizzazione delle emissioni attraverso: a) norme esaurienti e rigorose sul metodo di calcolo applicabile a tutti i risultati di mitigazione internazionali, anche per quanto riguarda il meccanismo di cui all'articolo 6, paragrafo 4, e il regime di compensazione e riduzione delle emissioni di carbonio del trasporto aereo internazionale (CORSIA); b) un meccanismo ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, lungimirante e ambizioso, che consentirà alle parti di intensificare i loro sforzi di mitigazione contribuendo alle proprie strategie di mitigazione; c) l'approvazione del programma di lavoro sul quadro generale per gli approcci non di mercato, che agevolerà sinergie ed efficienze nella cooperazione non di mercato nell'ambito dell'articolo 6, paragrafo 8.





fronte alle resistenze³⁷ dei Paesi maggiormente interessati allo sfruttamento delle risorse e ancora legati ad un modello economico di sviluppo non sostenibile³⁸.

Dalla lettura della legge costituzionale di riforma degli articoli 9 e 41 Cost. emerge la duplice dimensione di sviluppo e di tutela (individuale e collettiva) che vale a comporre un quadro nel quale si assiste alla convergenza degli attori istituzionali e non sulla necessità improcrastinabile di adottare e di attuare misure in grado di contrastare efficacemente i cambiamenti climatici³⁹ e di ridurre l'impatto delle attività economiche e produttive sulla salute e sull'ambiente⁴⁰.

³⁷ Si ricorderà la proposta emendativa dell'India volta a sostituire, nella bozza del documento finale, l'espressione "eliminazione graduale" con la più sfumata "riduzione graduale". Tuttavia, ancorché nell'opinione pubblica se ne sia parlato come di un'occasione persa, il documento finale – il *Glasgow Climate Pact* (Decision -/CP.26) – ha confermato l'impegno condiviso degli Stati contraenti di proseguire gli sforzi per limitare l'aumento della temperatura a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali e sembra aver contribuito a fare un passo in avanti promuovendo il coinvolgimento attivo dei giovani nei processi decisionali oltre che delle comunità locali e delle popolazioni indigene per l'importante contributo nella programmazione e nell'attuazione di azioni concrete ed efficaci per contrastare i cambiamenti climatici. La dichiarazione prende atto del lungo impegno dimostrato in particolar modo dalle generazioni più giovani negli ultimi anni e dalla crescente sensibilità alla tematica ambientale. Ad ogni modo, è evidente che, ferma la sacralità dell'impegno, occorrerà attendere le occasioni concrete di collaborazione e di confronto per saggiare la rispondenza o meno all'ideale elaborato.

³⁸ Pare aver disatteso anche le valide aspettative espresse dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 21 ottobre scorso sulla conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici 2021 in programma a Glasgow, Regno Unito (COP26), nella quale il PE scientemente sottolinea l'importanza di abbandonare gradualmente tutti i combustibili fossili quanto prima; accoglie la conclusione del rapporto dell'Agenzia internazionale per l'energia intitolato "Net Zero by 2050" che mostra un deciso declino della domanda di combustibili fossili, il che rende non più necessari nuovi investimenti per la fornitura di combustibili fossili, e prende atto del fatto che per raggiungere l'obiettivo di 1,5 °C è necessario che, a partire dal 2021, non sia più approvato lo sfruttamento di nuovi giacimenti di petrolio e gas, e non siano costruite o ampliate nuove miniere di carbone; sostiene l'impegno del G7 di porre fine al finanziamento del carbone non soggetto ad abbattimento del carbonio entro la fine del 2021; invita i paesi del G7 a dare l'esempio nella transizione energetica e a sospendere tutti i nuovi investimenti per l'estrazione di combustibili fossili; sostiene la presidenza della COP26, il Regno Unito e la *Powering Past Coal Alliance*, ossia l'alleanza internazionale per l'abbandono del carbone, nella ricerca di un accordo per bloccare la costruzione di nuovi impianti di produzione di energia elettrica dal carbone non soggetti ad abbattimento del carbonio; riconosce che i combustibili fossili non svolgono alcun ruolo a lungo termine nel mix energetico dell'UE e invita gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, ad adottare piani nazionali volti ad eliminare gradualmente tutti i combustibili fossili quanto prima, al fine di raggiungere la neutralità climatica al più tardi entro il 2050.

³⁹ Si inserisce, peraltro, in questa prospettiva la recente proposta di Regolamento che prevede l'istituzione di un nuovo Fondo sociale per il clima destinato ad erogare agli Stati membri finanziamenti finalizzati a realizzare interventi di: efficienza energetica, rinnovamento edilizio, mobilità a zero emissioni, riduzione delle emissioni di gas serra e riduzione del numero di famiglie vulnerabili. Ciascuno Stato membro avrà a disposizione un ammontare massimo di risorse, in relazione a parametri quali la percentuale di popolazione a rischio povertà, la popolazione totale e il volume di emissioni. La dotazione finanziaria totale del Fondo per il periodo 2025-2032 ammonta a 72,2 miliardi di euro a prezzi correnti. Gli Stati membri dovrebbero finanziare almeno il 50% dei costi totali dei piani sociali per il clima. A tal fine, essi devono utilizzare parte delle entrate previste derivanti dall'inclusione dell'edilizia e del trasporto su strada nell'ambito di applicazione della direttiva ETS, fatto salvo l'avvio del Fondo nel 2025.

⁴⁰ In questa direzione, nella Nuova Strategia industriale 2020 dell'Unione europea, aggiornata il 5 maggio 2021, la Commissione europea ha sottolineato che «Affinché la transizione verde porti con sé una competitività autenticamente sostenibile, l'industria deve poter accedere a un'energia elettrica abbondante, decarbonizzata e a prezzi accessibili e sono necessari ulteriori sforzi in tal senso. La Commissione collaborerà con gli Stati membri per accrescere le loro ambizioni in materia di energie rinnovabili e per snellire le procedure di autorizzazione. Il



Pertanto, la riforma costituzionale, assorbendo una prospettiva genuinamente solidale e responsabile, si iscrive nella linea d'azione che si è venuta a rafforzare negli ultimi anni nell'Unione europea – che trova la più recente espressione nell'adozione del *Green Deal* europeo⁴¹ e del nuovo Programma per l'ambiente e l'azione per il clima (LIFE 2021-2027)⁴² – nel rispetto degli obiettivi ecologici perseguiti dal Quadro finanziario pluriennale dell'UE e dal Next Generation EU.

La rivoluzione verde, per la cui realizzazione è necessario incrementare i finanziamenti a supporto di un processo di transizione equa e sostenibile, sostenendo la convergenza degli approcci per la

Laboratorio di geografia dell'energia e dell'industria, uno strumento che il Centro comune di ricerca della Commissione sta sviluppando in collaborazione con i portatori di interessi dell'industria, fornirà informazioni geospaziali alle imprese e ai pianificatori dell'infrastruttura energetica. I consumatori industriali, le PMI e le comunità possono inoltre collaborare nell'ambito di progetti per le energie rinnovabili e il miglioramento dell'impronta ambientale al fine di garantirsi la sicurezza dei prezzi a lungo termine».

⁴¹ Tra le principali misure prospettate dal *Green Deal* europeo figura l'approvazione di una "legge europea per il clima", avvenuta con il Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»). Tale regolamento stabilisce: - l'obiettivo vincolante della neutralità climatica nell'UE entro il 2050, in vista dell'obiettivo a lungo termine relativo al contenimento dell'incremento delle temperature previsto dall'accordo di Parigi; - stabilisce anche l'obiettivo vincolante per l'UE per una riduzione interna netta delle emissioni di gas serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. Si fa notare che l'obiettivo intermedio del 55% al 2030 non era contemplato nella proposta di regolamento presentata nel marzo 2020 ed è stato introdotto successivamente (in data 17 settembre 2020). Il Governo italiano ha espresso riserve (cfr. relazione al Parlamento ai sensi della legge 24 dicembre 2012, n. 234) sull'attribuzione alla Commissione europea del potere di stabilire con atti delegati la traiettoria di riduzione delle emissioni dei gas serra nel periodo 2031-2050, ritenendo opportuno il coinvolgimento degli Stati membri. Riserve sono state altresì espresse sull'ipotesi di assegnare l'obiettivo di neutralità climatica ad ogni singolo Stato membro (cfr. le dichiarazioni del Ministro dell'Ambiente nell'audizione svoltasi presso la Camera dei deputati, nella seduta del 16 giugno 2020). Inoltre, si ricorda che il 5 aprile 2022 la Commissione ha presentato una serie di proposte volte ad aggiornare la direttiva sulle emissioni industriali, per orientare gli investimenti industriali verso un'economia a inquinamento zero, competitiva e climaticamente neutra entro il 2050. L'obiettivo è stimolare l'innovazione, spingendo i grandi impianti industriali a rispettare determinate condizioni di emissione applicando le "migliori tecniche disponibili" per ciascuna attività, stabilite congiuntamente dall'industria, dagli esperti nazionali e della Commissione e dalla società civile.

⁴² Il nuovo programma LIFE perseguirà il raggiungimento degli obiettivi e dei traguardi stabiliti dalla legislazione e dalle politiche in materia di ambiente e clima e da quelle pertinenti in materia di energia, in particolare degli obiettivi del *Green Deal* europeo e svolgerà un ruolo cruciale nel sostenere la realizzazione degli obiettivi della Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030, del nuovo Piano di azione per l'economia circolare, della nuova Strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici e della Strategia «Un'ondata di ristrutturazioni per l'Europa» che faciliterà, quest'ultima, la transizione verso un'economia efficiente dal punto di vista energetico. Con il Regolamento (UE) 2021/783 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021 che istituisce un programma per l'ambiente e l'azione per il clima (LIFE), e abroga il regolamento (UE) n. 1293/2013, si ribadisce quindi l'importanza di «contribuire alla transizione verso un modello di economia circolare finanziando vari soggetti, come imprese, autorità pubbliche e consumatori, in particolare tramite l'applicazione, lo sviluppo e la replicazione delle migliori tecniche, pratiche e soluzioni adattate ai contesti locali, regionali o nazionali, anche per mezzo di approcci integrati all'applicazione della gerarchia dei rifiuti e all'attuazione dei piani di gestione e prevenzione dei rifiuti» (cons. 18), incentivando il coinvolgimento della società civile, sensibilizzando il pubblico, anche attraverso una strategia di comunicazione che tenga conto dei nuovi media e dei social network, il coinvolgimento dei consumatori e la partecipazione delle parti interessate, comprese le organizzazioni non governative (ONG), alle consultazioni e all'attuazione delle politiche, a tutti i livelli.



creazione di una finanza sostenibile a livello mondiale⁴³, evoca un mutamento del modello di produzione e di sviluppo⁴⁴.

La modifica in senso *ecologico* della Costituzione si muove nella direzione di un nuovo paradigma nel rapporto tra l'uomo e l'ecosistema per un uso più equilibrato e consapevole delle risorse naturali ed ambientali. La prospettiva intergenerazionale sottesa alla tutela dell'ambiente, che la recente riforma costituzionale⁴⁵ ha inteso così valorizzare nello sforzo di contribuire a determinare un comune sentimento di responsabilità, diviene il parametro al cui confronto è necessario misurare l'azione dell'uomo, chiamato quindi all'ambiziosa operazione di creare la via per un nuovo umanesimo⁴⁶.

È in questo contesto, pertanto, che la (ritrovata) centralità dell'individuo nella relazione con ambiente che lo circonda sostanzia pienamente il principio personalista⁴⁷ e rafforza lo spirito solidarista⁴⁸

⁴³ Così, il Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088, che prevede l'istituzione di una piattaforma per la finanza sostenibile, che dovrebbe fornire consulenza alla Commissione sullo sviluppo, l'analisi e il riesame dei criteri di vaglio tecnico, compreso il potenziale impatto sulla valutazione degli attivi che sono considerati ecosostenibili secondo le vigenti prassi di mercato. Tale strumento è volto inoltre fornire consulenza alla Commissione sull'idoneità dei criteri di vaglio tecnico all'utilizzo nelle iniziative politiche che l'Unione intraprenderà in futuro allo scopo di favorire gli investimenti sostenibili nonché sul possibile ruolo della contabilità e delle norme di rendicontazione in materia di sostenibilità nel sostegno all'applicazione dei criteri di vaglio tecnico. La piattaforma dovrebbe fornire altresì consulenza alla Commissione sullo sviluppo di ulteriori misure volte a migliorare la disponibilità e la qualità dei dati, tenendo conto dell'obiettivo di evitare indebiti oneri amministrativi, sulla realizzazione di altri obiettivi legati alla sostenibilità, compresi gli obiettivi sociali, nonché sul funzionamento delle garanzie minime di salvaguardia e l'eventuale necessità di integrarle.

⁴⁴ In questa direzione pare orientarsi tutta l'agenda politica della Commissione europea che proprio nell'ottica di aprire ad un'economia realmente circolare il 30 marzo scorso ha presentato un pacchetto di proposte sul *Green Deal* europeo per promuovere la progettazione ecocompatibile di prodotti sostenibili – mediante la creazione di passaporti digitali che agevoleranno la riparazione e il riciclaggio – e per rendere i prodotti tessili più durevoli e riparabili, nonché per adottare una normativa comune volta a responsabilizzare i consumatori nella transizione verde garantendo loro una migliore informazione sulla sostenibilità ambientale dei prodotti e una migliore protezione dal *greenwashing*.

⁴⁵ Così, cfr. G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Il Diritto dell'Economia, Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Numero monografico, 2021, 185, evidenzia che con la predetta revisione costituzionale si potrà «da una parte, determinare l'adozione di misure legislative di tutela ambientali maggiormente attente alla logica dello sviluppo sostenibile rispetto a quanto fino ad ora avvenuto nel nostro Paese e, dall'altra parte, costituire un parametro di legittimità costituzionale che consentirà al Giudice costituzionale di garantire una maggiore considerazione alla tutela dell'ambiente nelle questioni che si troverà ad affrontare».

⁴⁶ È utile richiamare le riflessioni al riguardo di T. MONTANARI, *Costituzione italiana: articolo 9, Roma*, 2018, 128, il quale, dopo aver tratteggiato l'importanza della tutela e della valorizzazione del patrimonio culturale ed artistico del nostro Paese, alla luce altresì della fiorente letteratura che nel corso dei secoli ne ha esaltato le ineguagliabili ricchezze, prospetta una sola soluzione per uscire dall'eclissi dell'articolo 9 della Costituzione, ossia quella di comprendere (e ricordare) che i diritti in esso garantiti «non sono diritti delle cose, ma delle persone».

⁴⁷ Così, M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 49 ss.

⁴⁸ Cfr. S. ZANINI, *La tutela dell'ecosistema tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, 469, chiarisce che già l'introduzione con la riforma costituzionale del 2001 del concetto di "tutela" all'articolo 117, comma secondo, lettera s), della Costituzione non rappresenta «una mera scelta stilistica, ma richiama e sottolinea il connotato di



dell'intero impianto istituzionale, rendendo la Costituzione, alla prova della storia, un testo "capace di futuro"⁴⁹.



doverosità della funzione di protezione che lo Stato deve esercitare verso questi ambiti che formano, nel loro complesso, la dimensione in cui l'uomo vive, si realizza e sviluppa la propria personalità».

⁴⁹ Cfr. S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., 11.

L'elefante nella stanza. Considerazioni sparse sui diritti degli animali (e dei robot)

Francesca Morganti*

THE ELEPHANT IN THE ROOM. SOME OBSERVATIONS ON ANIMAL (AND ROBOT) RIGHTS

ABSTRACT: The Italian Constitution was recently amended to include «animal protection» as a subject over which the State has exclusive legislative power (see art. 9, par. 3). The aim of this paper is to explore the possible ramifications and long-term impact of this apparently small modification, specifically on animal law and policy. Will animal personhood and rights become a reality? And would such a change be in line with the constitutional order? Finally, could the animal-robot analogy prove useful, when problematizing the legal thinghood of animals and exploring the feasibility of animal (and robot) rights?

KEYWORDS: Animals; legal personhood; animal rights; robot rights; ethics of care

ABSTRACT: Con la recente riforma, e sulla scorta di esperienze vicine, come quella tedesca, la «tutela degli animali» ha fatto ingresso in Costituzione. Diverse questioni si pongono, oltre che sul piano filosofico, su quello giuridico-costituzionale. Prima tra tutte: per quanto ci si limiti, formalmente, a porre in materia una riserva di legge dello Stato, quale potrà essere, nel medio periodo, l'impatto della riforma sul diritto degli animali? Si arriverà a parlare, anche tecnicamente, di *diritti* degli animali? Una simile trasformazione, poi, sarebbe compatibile con l'impianto costituzionale, anche *post*-riforma? E ancora: può tornare utile, nell'inquadrare giuridicamente l'animale, tracciare un'analogia con i *robot*, parimenti agenti non-umani e caratterizzati da spazi di autonomia?

PAROLE CHIAVE: Animali; soggettività giuridica; diritti degli animali; diritti dei *robot*; etica della cura

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'elefante nella stanza – 3. Diritti animali, obblighi umani – 4. Animali non-umani e Costituzione – 5. È crudele prendere a calci un cane-robot? – 6. Conclusioni.

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Mail: francesca.morganti@outlook.com. Il contributo è stato selezionato nell'ambito della call "Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost." ed è stato sottoposto a referaggio.



1. Il «Certificato COVID digitale UE»: libertà di circolazione, gestione della pandemia, protezione dei dati personali

L'ordinamento giuridico è un fatto umano, un prodotto dell'uomo e per l'uomo. L'uomo è a un tempo soggetto di diritto – *del* diritto – e soggetto *al* diritto, e solo lui può esserlo¹.

Nell'esperienza quotidiana, ancor prima che sul piano del diritto, l'essere umano – la persona fisica – interagisce con soggetti e oggetti altri, ed è anche di queste relazioni che si nutre l'ordinamento: il diritto reale lega la persona alla cosa, la personalità giuridica dà veste a fenomeni sociali di aggregazione e nel contempo li separa dal loro formante umano, interessi super-individuali originano dall'uomo e all'uomo finiscono per contrapporsi. C'è poi un caso particolare, quello dell'essere animale, dell'animale non-umano²: che non è una persona e non è una cosa, per quanto l'ordinamento lo releghi in quest'ultimo ruolo³.

Come è stato sottolineato, esiste una «strettissima connessione tra la questione animalista e la questione antropologica», perché «l'idea che ci facciamo dell'animalità non è indipendente dall'idea che ci facciamo dell'umanità»⁴: da più parti, da tempo, si chiede al legislatore, anche e soprattutto costituzionale, di de-reificare l'animale, di riconoscergli una qualche forma di soggettività giuridica, di superare la «contrapposizione frontale e irriducibile tra essere umano e animale» stesso⁵, ritenuta incompatibile con il momento storico-culturale.

Il riconoscimento di veri e propri «diritti degli animali», è stato autorevolmente sostenuto, sarebbe «un'implicazione logica» del costituzionalismo, frutto dell'attualizzazione e ri-configurazione delle sue premesse storiche e dell'impianto valoriale che lo sostiene: il costituzionalismo tutela l'uomo in quanto titolare di beni – l'integrità fisica, la sensibilità *etc.* – la cui lesione è fonte di infelicità per il singolo e di ingiustizia per il sistema, e di quegli stessi beni sarebbe titolare anche l'animale⁶.

¹ Come rileva S. COTTA, voce *Soggetto di diritto*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1214 s., «al livello della significanza "esistenziale" della comunicazione, il termine lessicale *soggetto*, applicato all'uomo, presenta una duplice valenza», poiché «tanto nella proposizione quanto nel discorso, il soggetto uomo è comunicabile ora come soggetto "a", ora come soggetto "di"»; la duplice valenza esistenziale del termine, oltre che sul piano linguistico e filosofico, viene a riprodursi «anche sul piano giuridico[:] nei sistemi giuridici, teorici e reali, antichi, e persino in taluni moderni, quell'ente cosciente che è l'uomo viene considerato ora come soggetto attivo ora come soggetto passivo: assoggettabile o assoggettato a schiavitù».

² Qualificare l'essere animale come animale non-umano – e l'essere umano, implicitamente, come animale, ancorché umano – non equivale a prendere posizione nell'annoso dibattito sullo statuto giuridico che più si confà agli animali stessi: serve, piuttosto, a sottolineare l'innegabile continuità del mondo vivente-senziente, dimostrata da Darwin in poi.

³ Nonostante l'indubbia tensione, rilevata da D. CERINI, *Lo strano caso dei soggetti-oggetti: gli animali nel sistema italiano e l'esigenza di una riforma*, in *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2, 2019, 29, tra «la più "illustre" fonte del diritto privato ossia il Codice civile del 1942, che continua a riferirsi all'animale come ad un mero bene», ed «esempi, anche nel diritto autoctono, di norme che identificano l'animale come essere senziente», non è in discussione che gli animali nel nostro ordinamento siano privi di soggettività giuridica e trattati, nel complesso, come oggetti.

⁴ M. PERNIOLA, *Animali quasi saggi, animali quasi pazzi*, in E. BACCARINI, T. CANCRINI, M. PERNIOLA (a cura di), *Filosofie dell'animalità*, Milano, 1992, 14.

⁵ M. GASPARIN, *La dicotomia "persona - cosa" e gli animali*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, parte di S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2012, 303.

⁶ Così, rifacendosi a considerazioni rousseauiane, G. GEMMA, *Costituzione e diritti degli animali*, in *Quaderni*





Nel tempo, poi, la questione animale si è intrecciata a quella ambientale: tutelare gli animali – intesi, in questo caso, non come singoli esseri senzienti, ma come componenti di una comunità biologica – è fondamentale per tutelare l'ambiente, che è a sua volta fondamentale per continuare a garantire l'abitabilità del pianeta Terra⁷. Più piani si sovrappongono, e più interessi, tanto umani che non-umani⁸.

Di queste tendenze e tensioni vi è chiara traccia nell'attuale art. 9, co. 3, Cost., come recentemente riformato (dopo alcuni tentativi andati a vuoto): la Repubblica, si legge, «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»⁹.

Viene naturale chiedersi, a pochi mesi dalla riforma in questione: quale sarà il suo impatto sul c.d. diritto animale¹⁰, e *in primis* sullo statuto giuridico degli animali non-umani? Si potrà arrivare a parlare, come taluni chiedevano, di veri e propri «diritti degli animali»? E ancora: per quanto non vi sia e non possa esservi, com'è ovvio, un problema di compatibilità in senso stretto, in che rapporto si pone il nuovo art. 9 con l'impianto della Costituzione, con l'impostazione sottesa, in particolare, all'art. 2 e al catalogo di diritti (umani) che ne segue?

costituzionali, 3, 2004, 615 s., secondo il quale «anche i membri di specie non umane sono esseri senzienti, pure la privazione di certi beni ad essi propri può costituire un'ingiustizia, una iniquità e rappresentare la violazione dei valori fondanti del costituzionalismo».

⁷ Analizza il rapporto tra questione animale e questione ambientale, sottolineando la distanza tra impostazione antropocentrica («l'uomo [utilizza] gli animali come risorse naturali, per mezzo delle quali garantire, con la tutela dell'ambiente, la qualità delle proprie condizioni di vita») e impostazione ecocentrica (ambiente e risorse naturali hanno un valore in sé, «con l'uomo che si colloca come uno tra gli elementi vitali nell'equilibrio della biosfera») della stessa questione ambientale, S. GRASSI, *La tutela degli animali nella prospettiva della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, cit., 309 ss.

⁸ E. SOBER, *Philosophical Problems for Environmentalism*, in B.G. NORTON (a cura di), *The Preservation of Species. The Value of Biological Diversity*, Princeton (NJ), 1986, 174, pone in evidenza l'incommensurabilità, sul piano assiologico, tra animalismo e ambientalismo: il primo si occupa degli animali come singoli e in virtù della loro individuale – personale – capacità di soffrire, il secondo guarda all'insieme, alla specie e non al singolo, alla sopravvivenza e non alla sofferenza («*put simply, what is special about environmentalism is that it values the preservation of species, communities, or ecosystems, rather than the individual organisms of which they are composed*»). Non sempre, è il caso di sottolinearlo, interessi animali e *lato sensu* ambientali sono allineati: come rileva icasticamente L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, cit., 264, «la tutela delle tartarughe delle Galápagos», motivata da «l'interesse estetico-ecologico per la biodiversità, per la bio-ricchezza dei sistemi naturali», ha determinato «lo sterminio dei conigli e di altre specie che mangiavano loro l'erba sotto i piedi».

⁹ Così l'art. 9, co. 3, Cost., come modificato dall'art. 1, l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 («Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente»).

¹⁰ Espressione che L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze e tensioni del diritto animale vigente*, cit., 250, nt. 1, ritiene «non [...] felicissima, perché può far pensare, più propriamente, a un diritto vigente in gruppi di animali, come quello studiato dall'etologia e dalla sociobiologia», posto comunque che «"diritto degli animali" può avere lo stesso difetto ed è un po' lungo, mentre lunghissima è l'espressione esatta: "diritto concernente i rapporti tra l'uomo e gli animali", di cui "diritto animale" vuol essere l'equivalente».



2. L'elefante nella stanza

Il problema della soggettività animale è innanzitutto un problema di coscienza: l'imputazione di fatti ed effetti giuridici richiede, per definizione, un qualche grado di consapevolezza di sé e del proprio agire.

Nell'esplorare, storicamente, il c.d. *mind-body problem*, e dunque il rapporto e l'interrelazione tra mente e corpo, tra componente fisica e non-fisica dell'esistenza, sono state individuate tre facoltà – *sentience*, *sapience* e *selfhood* – corrispondenti, rispettivamente, alla «dimensione sensoriale», alla «dimensione cognitiva» e alla «dimensione della coscienza/egoità soggettiva»¹¹. Quando si parla di animali, generalmente, a venire in considerazione sono le prime due: «non si afferma – se non a proposito dei primati – che gli animali vadano tutelati perché autocoscienti, ma perché sentono e perché in molti casi hanno conoscenze»¹².

Si contrappongono, a questo proposito, posizioni ben distinte, ancorché non particolarmente distanti, riferibili a due dei padri fondatori dell'animalismo contemporaneo: Tom Regan e Peter Singer. Nella visione del primo, a dover essere valorizzata è la «*mental life*» degli animali, o meglio, ed è questo il punto, di *alcuni* animali: i mammiferi di un anno o più, capaci, nella sua ricostruzione, di percezione, memoria, desideri, credenze, intenzione, senso del futuro¹³; il secondo, filosofo utilitarista, più inclusivo nel suo approccio, dà maggior peso alla senzienza, e dunque alla capacità di sentire (e di soffrire)¹⁴. Nelle parole di Jeremy Bentham, fondatore dell'utilitarismo moderno, tra i primi proponenti di diritti *degli* animali e *per* gli animali: «*The question is not, Can they reason? nor Can they talk? but, Can they suffer?*»¹⁵.

In entrambe le ricostruzioni, quello dei diritti degli animali viene presentato come un problema (anche) di eguaglianza: distinguere in base alla specie, trattando gli animali umani come fini e quelli non-umani come mezzi, sarebbe, appunto, specista¹⁶, discriminatorio, ingiusto.

L'idea è che l'essere umano meriti considerazione – e tutele – non in quanto pensante, ma in quanto senziente, e che la distanza ontologica tra uomo e animale vada interpretata come gradazione di facoltà, e dunque come scala, non come salto. Agli animalisti è da sempre cara la c.d. teoria dei casi marginali, «espressione (*marginal men*) con cui si allude agli esseri umani che per età o menomazione

¹¹ Secondo la definizione che dà S. MORAVIA, *L'enigma della mente*, Bari, 1986, 6, di categorie feigliane, sulle quali v. H. FEIGL, *The 'Mental' and the 'Physical'*, in H. FEIGL, M. SCRIVEN, G. MAXWELL (a cura di), *Concepts, Theories, and the Mind-Body Problem*, II, Minneapolis (MN), 1958, 370 ss.

¹² COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, 8 luglio 1997, 30.

¹³ Cfr. T. REGAN, *The Case for Animal Rights*, Berkeley (CA), 1983, 81, dove si sostiene che «*to cling to and perpetuate a vision of the world that concedes a "primitive" mental life to animals or – for there are closet Cartesians in our midst – to deny any mental life to them is as far removed from having an accurate conception of what these animals are like as the lion in Stefan Lochner's painting is from representing a real lion*».

¹⁴ P. SINGER, *Animal Liberation*, New York, 1991, soprattutto 4 ss.

¹⁵ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londra, 1789, 308 s., nt. 2.

¹⁶ «*Speciesism*» (specismo) è l'espressione – oggi ampiamente diffusa – coniata da R.D. RYDER, *Victims of Science. The Use of Animals in Research*, Londra, 1975, 16, per descrivere «*the widespread discrimination that is practised by man against the other species, and to draw a parallel between it and racism*».



fisica o psichica non possono essere considerati agenti morali, cioè non possono essere tutelati per il possesso delle facoltà razionali»¹⁷.

Già nel 1879, Edward B. Nicholson, studioso e bibliotecario della *London Institution*, scriveva in un suo libello sui diritti degli animali: «*No one, I should think, puts the animal lower down on the scale of reason than he does the idiot, and the life of the idiot gives us far more bootless trouble than the life of the seal which we butcher for our luxury or the bird which we imprison for our pleasure. Nevertheless we not only allow the idiot the rights of life and, as far as is good for him and us, of personal liberty, but we furnish him with food, clothing, comforts, and pleasures (such as he can feel) which he cannot provide for himself*»¹⁸. Con lessico contemporaneo, la questione potrebbe porsi in simili termini: se si attribuisce la capacità giuridica al soggetto umano sin dalla nascita e indipendentemente dalle sue facoltà razionali, e se la stessa è propria, dunque, dell'infante e dell'incapace naturale – «*the idiot*» – è forse inconsequente negarla all'animale?

Da tempo, ormai, ai movimenti welfaristi, per il benessere (*welfare*) degli animali, si stanno affiancando movimenti per il riconoscimento della personalità (e non-cosità) degli animali stessi. Oltre alla *sentience* e alla *sapience*, alla senzienza e a un certo grado di cognizione, degli animali – di alcuni animali – si rivendica la *selfhood*, l'auto-consapevolezza, il senso di sé e del sé.

In queste settimane, negli Stati Uniti, il *Nonhuman Rights Project*¹⁹ tenterà di convincere la *Court of Appeals* dello Stato di New York che l'elefantessa Happy, prima della sua specie a riconoscersi in uno specchio²⁰, meriti di essere qualificata come persona (*legal person*), come tale atta alla titolarità di diritti, tra cui la libertà personale, e non come cosa (*legal thing*), di proprietà e nella disponibilità dello zoo del Bronx²¹.

¹⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 28.

¹⁸ E.B. NICHOLSON, *The Rights of an Animal. A New Essay in Ethics*, Londra, 1879, 20, annoverato da R.F. NASH, *The Rights of Nature. A History of Environmental Ethics*, Madison (WI), 1989, 27, accanto al già citato Bentham e a John Stuart Mill, tra coloro che hanno dato il via, in Inghilterra, alla «*consideration of an extended ethical community*».

¹⁹ Il *Nonhuman Rights Project*, fondato nel 1996 dal giurista e attivista Steven M. Wise, origina dalla convinzione, del suo fondatore e di coloro che lo portano avanti, che la battaglia per la liberazione animale passi per la de-reificazione e per il conseguente riconoscimento agli animali di veri e propri diritti, e *in primis* della libertà personale (cfr. www.nonhumanrights.org/our-story/, ultima consultazione: 03/06/2022). Come sottolineato dallo stesso Wise in un celebre *TED Talk* sullo statuto giuridico degli scimpanzé, «*the Nonhuman Rights Project argues that drawing a line in order to enslave an autonomous and self-determining being [...] is a violation of equality*»: gli scimpanzé, in particolare, sono consapevoli (e consapevoli di essere consapevoli), sono in grado di comunicare e di far di conto, hanno senso del tempo, un accenno di vita morale, una culturale materiale e sociale molto ricca, e tutto questo li renderebbe troppo simili agli esseri umani per essere *legittimamente* trattati come beni (v. <https://www.youtube.com/watch?v=VLe84OkwKOA>, ultima consultazione: 03/06/2022).

²⁰ La storia di Happy è raccontata, tra gli altri, da L. WRIGHT, *The Elephant in the Courtroom*, in *The New Yorker*, 7 marzo 2022, www.newyorker.com/magazine/2022/03/07/the-elephant-in-the-courtroom (ultima consultazione: 03/06/2022).

²¹ Ripercorre i precedenti tentavi in questo senso del *Nonhuman Rights Project*, che avevano riguardato perlopiù primati e che non erano andati a buon fine, F. FONTANAROSA, *I diritti degli animali in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1/2021, 184 ss., il quale rende conto, inoltre, di due pronunce di tribunali argentini – la Camera federale della Cassazione penale di Buenos Aires e il Tribunale di Mendoza – che hanno effettivamente riconosciuto «lo status di soggetto di diritti», rispettivamente, a un orangotango di nome Sandra e a uno scimpanzé di nome Cecilia.



Il c.d. test dello specchio è utilizzato ormai da decenni²², ma solo (alcuni) esemplari di poche specie – scimpanzé²³, delfini²⁴ e ora elefanti²⁵ – sono riusciti a superarlo. La maggior parte degli animali, posti dinanzi allo specchio, tengono condotte sociali (*social behavior*), alternativamente amichevoli od ostili, scambiando il riflesso per un proprio simile; solo alcuni, dopo iniziali esitazioni, capiscono di avere a che fare con un'immagine di sé, e reagiscono nei modi più vari: osservano e “sistemano” parti del corpo che prima non riuscivano a vedere, rimuovono pezzetti di cibo rimasto loro incastrato tra i denti, fanno smorfie²⁶. Nei comportamenti sociali, il referente della condotta è l'altro – un altro che non c'è, in questo caso – ma nel c.d. *self-directed behavior*, il referente è il sé.

L'elefantessa Happy, come detto, è stata la prima della sua specie a riconoscersi in uno specchio e a superare il successivo *mark test* (le è stato dipinto sul volto un segno bianco e lei, sempre allo specchio, l'ha esaminato e toccato con la proboscide²⁷). La c.d. *mirror self-recognition (MSR)*, in *primis* spia di auto-consapevolezza, è stata associata anche alla capacità di provare empatia, e non a caso è appannaggio di specie animali caratterizzate da relativa intelligenza, altruismo non specie-specifico e notevole complessità sociale²⁸.

Happy, si è detto, prova emozioni, è capace di agire in modo razionale e di tenere condotte in vista di un fine, dà valore alla propria vita «*for the goods it can bring*»²⁹: cosa la distingue, allora, da una persona?

È bene sottolineare, tornando al contesto interno, che la soggettività giuridica non è elargita come un premio: piuttosto, è considerata un attributo dell'essere umano in quanto tale, indipendentemente dai suoi pregi e dalle sue facoltà. La capacità giuridica, che della soggettività, più che corollario, è quasi sinonimo³⁰, si differenzia dalla capacità di agire proprio per questo: per il suo essere «costante ed astratta»³¹, risolvendosi nell'attitudine – tutta umana – alla titolarità delle situazioni giuridiche più varie, di ogni situazione giuridica configurabile. Il soggetto è portatore, in potenza, di tutti gli interessi

²² Il test, ideato e sperimentato per la prima volta da G.G. GALLUP, JR., *Chimpanzees: Self-Recognition*, in *Science*, vol. 167, 1970, 86 s., è stato ed è tuttora utilizzato, con esiti alterni.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. D. REISS, L. MARINO, *Mirror Self-Recognition in the Bottlenose Dolphin: A Case of Cognitive Convergence*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 98, 2001, 5937 ss.

²⁵ J.M. PLOTNIK, F.B.M. DE WAAL, D. REISS, *Self-Recognition in an Asian Elephant*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 103, 2006, 17053 ss.

²⁶ Cfr. G.G. GALLUP, JR., *op. cit.*, 86.

²⁷ Il momento è stato ripreso, un video è disponibile su: www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.0608062103 (ultima consultazione: 03/06/2022).

²⁸ J.M. PLOTNIK, F.B.M. DE WAAL, D. REISS, *op. cit.*, 17055.

²⁹ Come evidenziato in un *amici curiae brief* – redatto, tra gli altri, da Peter Singer – recentemente presentato dal *Nonhuman Rights Project* alla *Court of Appeals* (v. www.nonhumanrights.org/content/uploads/Peter-Singer-Gary-Comstock-and-Adam-Lerner-Amici-Brief-Filed-in-Support-of-Happy-Petition.pdf, ultima consultazione: 03/06/2022).

³⁰ Nelle parole di A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 14: «Concepita globalmente, la qualità di soggetto giuridico non consiste in altro, se non nella posizione, in parte attuale e nella maggior parte potenziale, di destinatario degli effetti giuridici di un ordinamento, senza distinzioni od esclusioni di campi. È [...] ovvio che, concepita in tal modo, la soggettività giuridica viene a coincidere puntualmente e senza residui con la capacità giuridica, la quale, essa pure, consiste in questa posizione generale del soggetto, di destinatario degli effetti giuridici».

³¹ *Ivi*, 13.



giuridici tutelati dal sistema: poco importa che, spostandosi sul piano dell'atto, solo alcuni di quegli interessi gli saranno propri, solo alcune di quelle situazioni gli saranno riferibili.

Il soggetto giuridico, come soggetto-agente, è ciò che tiene insieme l'ordinamento: «l'esigenza logica inderogabile, per cui non è concepibile sistema di norme di condotta che non si richiami ad un soggetto come a suo punto necessario di riferimento, sta in ciò che, consistendo ogni condotta regolata dalla norma in un determinato tipo di attività e dovendo ogni attività essere compiuta da un agente – ossia da un soggetto umano – è chiaramente contraddittorio, per la necessità almeno empirica e pratica del rapporto atto-agente, parlare di norme e sistemi normativi non collegati ad un soggetto»³². Come a dire che l'uomo non è soggetto giuridico perché pensa, o perché sente, o perché soffre: ma perché agisce.

L'animale non è agente morale e non può essere trattato come tale, non può rispondere del suo agire o valutarne le conseguenze sul piano etico e giuridico: sono passati i tempi delle «bestie delinquenti»³³. La soggettivizzazione (giuridica) dell'essere animale avrebbe una portata simbolica notevole, ma introdurrebbe un elemento di dissonanza nel sistema: creerebbe un agente che fisiologicamente, anziché *pro tempore* o per accidente, non può essere chiamato a rispondere delle proprie azioni.

Le norme, tuttavia, e forse è questo il punto, non sono solo precetti: non servono solo a regolare condotte, ma anche, tra l'altro, a comporre interessi. Se l'animale non è «soggetto dell'azione», può essere almeno «soggetto dell'interesse»?

È stato evidenziato – nel contesto, per la verità, di dibattiti sull'autonomia soggettiva delle persone giuridiche – che la norma giuridica, oltre che «regola di comportamento», è «la soluzione di un problema di interessi e [...] per identificare il soggetto effettivo e sostanziale della norma bisogna guardare al portatore dell'interesse in favore del quale il diritto si è mosso e non a chi è chiamato ad agire per la realizzazione di quell'interesse. Il soggetto dell'azione non può che essere una persona umana e per di più in grado, per la sua formazione fisica e psichica, di adottare la condotta indicata dalla norma. Ma il soggetto dell'interesse, e dunque il soggetto giuridico sostanziale, può non essere l'individuo umano»³⁴.

Sembra riproporsi, con tutti gli accorgimenti del caso, la distinzione filosofica tra «agente morale», soggetto di azioni moralmente rilevanti e misurabili, e «paziente morale», che, «pur privo di tale facoltà, possiede però i requisiti per essere ritenuto destinatario di considerazione morale»³⁵. Se non ha senso qualificare l'animale come soggetto di diritto, e sembra riduttivo trattarlo come cosa, come bene, come oggetto del diritto – può essere utile pensare all'animale stesso come a un «paziente» giuridico, oltre che morale? Destinatario di considerazione giuridica, meritevole di tutela?

³² Ivi, 10.

³³ Il riferimento è a C. D'ADDOSIO, *Bestie delinquenti*, Napoli, 1892, che ripercorre la curiosa storia dei «processi animaleschi» e tenta di rispondere alla domanda: «Perché il medio-evo processò le bestie?» (133).

³⁴ P. BASILE, A. FALZEA, voce *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 265.

³⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 28.



3. Diritti animali, obblighi umani

È possibile, si è detto, «estendere l'imputabilità dell'interesse meritevole di tutela ad esseri viventi diversi dai soggetti del diritto»³⁶. Tale estensione, tuttavia, pare subordinata ad una condizione: che si consideri «il rapporto uomo-animale parte inseparabile dei doveri inderogabili di solidarietà di cui parla l'art. 2 della Costituzione»³⁷.

Negli ultimi anni, della solidarietà è stata valorizzata soprattutto la dimensione inter-temporale: alla solidarietà reciproca si è affiancata la solidarietà c.d. inter-generazionale, che chiede di valutare l'impatto delle decisioni presenti sulle «future generazioni», ora menzionate dallo stesso art. 9. I diritti dei viventi non possono essere tiranni, si è detto, e non devono essere «irragionevoli»³⁸.

Non è questa «proiezione» della solidarietà che si attaglia al discorso sugli animali: i doveri umani nei loro confronti nascerebbero, più tradizionalmente, dalla «partecipazione dell'animale alla nostra vita sociale», dalla sua «interferenza con la vita nostra»³⁹, e dallo strapotere *de facto* dell'uomo-agente sull'animale-paziente. Eppure, solidarietà inter-generazionale e solidarietà verso gli animali sono legate: entrambe dimostrano come i doveri dello Stato contemporaneo – e di chi lo abita – attengano sempre più, oltre che a posizioni e prerogative umane, ai «rapporti più estesi entro i quali l'uomo opera e si muove: ambiente, territorio, natura»⁴⁰.

Perché tuteliamo l'ambiente, però? Perché ci inquieta il suo deteriorare? Perché il mondo naturale fa da sfondo all'esistenza umana e ne è causa possibilitante; perché un ambiente salubre è condizione della salute umana; perché alla ricchezza biologica riconosciamo un valore estetico e un'utilità pratica⁴¹.

³⁶ Così C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, cit., 292, rifacendosi anche a considerazioni di L. LOMBARDI VALLAURI, *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990.

³⁷ C.M. MAZZONI, *op. cit.*, 292.

³⁸ Cfr. A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali. Fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 95 s., secondo il quale «non sembrano qualificabili come fondamentali diritti irragionevoli, ossia fruiti in eccesso o per difetto» (enfasi aggiunta).

³⁹ Così C. GORETTI, *L'animale quale soggetto di diritto*, in *Rivista di filosofia*, 1928, 354, secondo il quale l'animale, proprio perché «può diventare oggetto di contrattazione, di proprietà, può essere dall'uomo anche ucciso, rende dei servigi e ne riceve», viene trasportato «da un mondo agiuridico in una realtà giuridica»: e «non è soltanto più l'oggetto di una vendita, di un dominio, egli serve con tutto se stesso, e questo suo servire, questo suo partecipare al nostro ordinamento giuridico deve in certo qual modo attribuirgli un valore di persona giuridica». Il diritto dell'animale – *in primis* a non essere maltrattato – sorgerebbe, prosegue l'Autore, «precisamente in quanto noi lo facciamo in qualche modo partecipare al nostro ordinamento giuridico, sfruttandone l'attività e la capacità lavorativa» (356).

⁴⁰ C.M. MAZZONI, *op. cit.*, 292.

⁴¹ Come sintetizza AL GORE in un suo celebre scritto, *The Future. Six Drivers of Global Change*, New York, 2013, 374, indirettamente evidenziando lo strettissimo legame tra istanze *lato sensu* ambientali e preoccupazioni umano-centriche: «*Human civilization has reached a fork in the road we have long traveled. One of two paths must be chosen. Both lead us into the unknown. But one leads toward the destruction of the climate balance on which we depend, the depletion of irreplaceable resources that sustain us, the degradation of uniquely human values, and the possibility that civilization as we know it would come to an end. The other leads to the future.*».





Nel preoccuparci degli animali, siamo mossi da considerazioni altrettanto antropocentriche. Due tratti, agli occhi dell'uomo, rendono l'animale meritevole di tutela: (1) lo sviluppo neurologico e la capacità di sentire (e dunque, potremmo dire, la sua vicinanza alla condizione umana); (2) il rapporto privilegiato con l'uomo, che spinge quest'ultimo ad avere maggiore considerazione degli animali da affezione. C'è poi «l'interesse estetico-ecologico per la biodiversità [e] per la bio-ricchezza dei sistemi naturali», che pure si ricollega al desiderio umano e umano-centrico di salvaguardare il proprio ambiente di vita, e che porta a discriminare radicalmente tra animali selvatici rari e comuni⁴². E ancora, è per proteggere abitudini e interessi dell'uomo che si offrono solo tutele minime agli animali da reddito.

Non esiste animalismo che sia disposto a sacrificare in pieno la posizione dell'animale umano⁴³; c'è spazio, nondimeno, per un'etica della cura che «pon[ga] al centro il tema della *dedizione* (rispetto a quello della prestazione)» e «fa[ccia] leva sul concetto di *responsabilità* (e non su quello di diritto)»⁴⁴. La solidarietà uomo-animale, così come quella uomo-ambiente, uomo-natura, rimane, in ultima analisi, solidarietà uomo-uomo.

Non è un caso, ad esempio, che il bene giuridico protetto dal (relativamente nuovo⁴⁵) Titolo IX-*bis* del Codice penale – che punisce, tra le altre cose, l'«uccisione di animali» (art. 544-*bis*), il «maltrattamento di animali» (art. 544-*ter*) *etc.* – rimanga il «sentimento per gli animali»: è significativo, anche sul piano simbolico, che la tutela degli animali sia ricondotta, eziologicamente, al legame tra gli stessi e l'uomo. È parimenti significativo, per tornare alla radicale discriminazione tra categorie di animali, che l'art. 19-*ter* disp. coord. preveda, tra l'altro, che «le disposizioni del Titolo IX-*bis* del Libro II del Codice penale non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali».

La prospettiva, e non potrebbe essere altrimenti, è ancora antropocentrica, come antropocentrico è il diritto (*hominum causa ius constitutum*) e antropocentrica è la Costituzione.

Costituzione che, è vero, conosce ora la «tutela degli animali», ma senza che l'art. 9 Cost. parli di *diritti* degli animali o qualifichi gli animali stessi come «esseri senzienti»⁴⁶, riconoscendo loro forme di soggettività o di capacità giuridica. A guardarlo da vicino, il secondo periodo del nuovo comma 3 si mostra

⁴² Sul punto v. L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., 264.

⁴³ Per tutti, lo stesso T. REGAN, *op. cit.*, 324, ritiene che in casi-limite di conflitto tra vita animale e vita umana, «exceptional cases», si debba sempre preferire la vita umana: se ci sono quattro persone («normal adults»), un cane e una scialuppa di salvataggio che non ha spazio per tutti – un classico *lifeboat dilemma* – è il cane che dovrà essere sacrificato, perché «to save the dog and to throw any of the humans overboard would be [...] to count the lesser harm done to the dog as equal to or greater than the greater harm that would be done to any of the humans if one of them was cast overboard».

⁴⁴ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Macellazioni rituali e sofferenza animale*, 19 settembre 2003, 11.

⁴⁵ Introdotto con l. 20 luglio 2004, n. 189 («Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate»).

⁴⁶ Come notoriamente fa, invece, l'art. 13 TFUE, in base al quale: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali *in quanto esseri senzienti*, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale» (enfasi aggiunta).



per ciò che è: una norma sulla produzione, che riserva la materia «modi e [...] forme di tutela degli animali» alla legge dello Stato⁴⁷.

È possibile porsi, in un'ottica giuridico-costituzionale, due ordini di interrogativi: quale sarà, *in primis*, l'impatto a breve termine della riforma? Determinerà, oltre la lettera della disposizione, una ricalibrazione del bilanciamento tra (alcuni) diritti umani e interessi animali? E ancora: per quanto non si possa parlare di compatibilità o incompatibilità in senso tecnico, in che rapporto si pongono le nuove norme con l'impianto storico della Costituzione, con la sua impostazione marcatamente e deliberatamente personalista?

4. Animali non-umani e Costituzione

In Germania, la tutela degli animali – *rectius*, dei «fondamenti naturali della vita e degli animali» – ha fatto ingresso in Costituzione quasi vent'anni fa, nel luglio del 2002. L'art. 20a del *Grundgesetz*⁴⁸, rispetto al nostro art. 9, co. 3, Cost., non si limita a ripartire competenze: ha natura più marcatamente programmatica, attribuendo ai poteri pubblici il compito di «attivarsi e indirizzare la propria azione nel senso di una più efficace protezione degli animali, [ancorché] con piena libertà sulla scelta delle modalità e dei tempi»⁴⁹.

Pochi mesi prima della riforma, il *Bundesverfassungsgericht* si era pronunciato sulla questione delle cc.dd. macellazioni rituali (*Schächten*), praticate, tra l'altro, in alcune comunità di religione musulmana⁵⁰, e aveva imposto un'interpretazione della legge sul benessere animale (*Tierschutzgesetz*), che sembrava limitarle fortemente, compatibile con il necessario rispetto della libertà religiosa⁵¹. È stato

⁴⁷ Ponendosi nel solco dell'art. 117, co. 2, lett. s), che già attribuiva alla competenza esclusiva dello Stato la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», materia-non materia per eccellenza, posta in termini finalistici e priva di reale oggetto, con tutte le conseguenze del caso. Sul punto, e sulle cc.dd. competenze finalistiche in genere, si v., per tutti, A. D'ATENA, *Diritto regionale*, V ed., Torino, 2022, 176 ss.

⁴⁸ In base al quale: «*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*».

⁴⁹ Secondo la lettura, senz'altro condivisibile, di E. BUOSO, *La tutela degli animali nel nuovo art. 20a del Grundgesetz*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2003, 372. Sul tema v. anche, tra gli altri, R. ORRÙ, *Il vento dei "nuovi diritti" nel Grundgesetz tedesco ora soffia anche sugli animali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2002, 1138 ss.

⁵⁰ In particolare, i precetti alimentari islamici interdicono ai fedeli «gli animali morti di morte naturale, il sangue, la carne del maiale, gli animali su cui sia stato invocato, all'atto dell'uccisione, un nome diverso da quello di Dio, gli animali soffocati, ammazzati a colpi di bastone, morti per caduta o per colpi di corna, quelli che bestie feroci abbiano divorato in parte, a meno che non li abbiate finiti di uccidere, nel modo prescritto, voi stessi, e, ancora, ciò che è stato immolato per gli idoli sui blocchi di pietra avanti alle vostre case» (così la *Sûra V*, versetto 4, del Corano, nella celebre tr. it. di L. BONELLI, Milano, 1960, 93): l'animale sottoposto a macellazione, perché la sua carne sia *halal*, consentita, dovrà essere «integro», né potrà essere stordito prima della «resezione di trachea, esofago e grandi vasi del collo» (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Macellazioni rituali e sofferenza animale*, cit., 8).

⁵¹ *BVerfG*, sent. 15 gennaio 2002, n. 2, disponibile su: https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Entscheidungen/DE/2002/01/rs20020115_1bvr178399.html (ultima consultazione: 03/06/2022). In Germania, l'art. 4a della legge sul benessere animale (*Tierschutzgesetz*) richiedeva e richiede di stordire l'animale da macello prima del dissanguamento, consentendo il rilascio di speciali autorizzazioni in deroga («*Ausnahmegeheimigung[en]*») solo per soddisfare i bisogni dei membri di comunità religiose («*Religionsgemeinschaften*») cui sia imposto di procedere altrimenti: la vincolatività dei precetti del Corano sul tema era stata messa in dubbio,





ipotizzato che la sentenza in questione abbia contribuito «ad alimentare il clima politico di favore verso l'introduzione del nuovo art. 20a nel GG»⁵².

Da un lato il benessere animale, dall'altro la libertà di culto: quale sacrificare? Sempre e comunque il primo, perché il diritto dell'uomo prevale sull'interesse dell'animale? Oppure la seconda, perché la macellazione rituale, «particolarmente cruenta»⁵³, può risultare odiosa al sentire contemporaneo? In un caso o nell'altro, le valutazioni dell'uomo, e non potrebbe essere altrimenti, rimangono decisive.

Come si inserisce in queste valutazioni, poi, una norma costituzionale che senz'altro si riferisce alla «tutela degli animali» – ovvero dei «fondamenti naturali della vita e degli animali» – ma solo per affidarne la cura alla legislazione esclusiva dello Stato, o per incaricare i poteri pubblici di occuparsene, con le modalità che preferiranno, nei tempi che preferiranno? Guardando al contesto italiano, in particolare: il nuovo art. 9, co. 3, secondo periodo, Cost., norma *sulla* produzione, è anche, implicitamente, *di* produzione?

Un aspetto va tenuto presente: accanto alla tutela degli animali, il terzo comma dell'art. 9 menziona, e con impostazione programmatica più marcata, «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi», che la Repubblica tutela – *deve* tutelare – «anche nell'interesse delle future generazioni». La «salute» e l'«ambiente», inoltre, rappresentano nuovi limiti all'iniziativa economica privata (art. 41, co. 2, Cost.), che ora, tra l'altro, potrà essere indirizzata e coordinata «a fini [...] ambientali» (art. 41, co. 3, Cost.). Le istanze eco-animaliste, è inevitabile, beneficeranno di questa rinnovata attenzione costituzionale all'ambiente.

Per quanto riguarda il diritto animale animalista, invece, sembra dubbio che la novella costituzionale possa rappresentare una reale apertura. Come già osservato, l'art. 9 Cost. non istituisce *diritti* degli animali, non qualifica gli animali stessi come «esseri senzienti», non riconosce loro forme di soggettività o di capacità giuridica: non fornisce indicazioni utili in sede di bilanciamento⁵⁴, né grava di particolari compiti il legislatore.

A ben vedere, insomma, la revisione non mette in discussione la vocazione marcatamente antropocentrica – personalista – della Costituzione: il fatto stesso che si parli degli animali accanto all'ambiente, tutelato innanzitutto nell'interesse dell'uomo e *per l'uomo*, riprova che, quantomeno allo stato, non c'è alcuna reale intenzione di «liberare» gli animali non-umani, di superarne la strumentalità. È riconfermata, piuttosto, l'impostazione sottesa al «principio ancipite» che informa l'intero *corpus* del

ma il Tribunale costituzionale ha chiarito che a rilevare, in simili casi, è solo il convincimento della comunità coinvolta.

⁵² E. BUOSO, *op. cit.*, 373.

⁵³ P.P. ONIDA, *Macellazione rituale e status giuridico dell'animale non umano*, in *Lares*, 1, 2008, 147 s.

⁵⁴ Secondo P. VERONESI, *Gli animali nei recinti della Costituzione, delle leggi e della giurisprudenza*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2004, 619, che scrive ben prima della riforma, nella Costituzione erano già presenti «appigli» – norme a cui ancorare, anche in sede di bilanciamento, la tutela degli animali – e in particolare: «si pensi [...] all'art. 117, comma 2, lett. s), il quale assegna alla legge statale il compito di tutelare l'ambiente e l'ecosistema (e dunque gli animali, quale componente essenziale dell'uno e dell'altro), nonché all'art. 32, in cui la tutela della salute come interesse della collettività implica la percezione che l'uomo vive in sinergia con altre specie, sicché ogni mutamento degli equilibri tra le stesse si ripercuote, in ultima analisi, sulla qualità della vita dell'uomo stesso [...] ma soprattutto, anche in assenza di una precisa norma costituzionale che la preveda, la tutela degli animali può perseguirsi nel quadro dei giudizi di ragionevolezza [...] ex art. 3 Cost., operati dal legislatore, dai giudici e dalla Corte costituzionale».





diritto animale vigente: «agisci in modo da non causare agli animali dolore/danno non utile/non necessario», ma non curarti del dolore utile/necessario⁵⁵. Il criterio dell'utilità/necessità, in sintesi, rimane riferibile soltanto all'uomo ed è da lui valutato.

Se si parla di macellazioni rituali – che sono permesse, nel nostro ordinamento⁵⁶ – la libertà religiosa (umana) prevale sull'interesse animale. Se si parla di sperimentazione scientifica sugli animali, la salute umana e la libertà di scienza vincono, in linea di principio benché non senza limiti⁵⁷, sull'interesse animale. Anche nel nuovo contesto costituzionale, sembra debba seguitare a essere consentito ciò che è attualmente consentito «in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici»⁵⁸.

Per la Costituzione, in sostanza, continua a non essere vero che «*a rat is a pig is a dog is a boy*»⁵⁹: l'uomo, unico referente del diritto, conserva la propria unicità, la propria centralità, la propria “finalità”.

5. È crudele prendere a calci un cane-robot?⁶⁰

Dai diversi animalismi, pure distanti, sembra venire un'accusa: «gli esseri umani trattano gli animali come se essi fossero le macchine descritte da Descartes, che li paragonava a orologi, privi di anima, di pensiero e di sensazioni, esclusivamente sottomessi al determinismo delle leggi naturali e pertanto incapaci di sentire dolore»⁶¹.

⁵⁵ Principio estrapolato da L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., 261.

⁵⁶ La materia è tuttora disciplinata dal Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, «relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento», il quale prevede, all'art. 4, che gli animali «sono abbattuti esclusivamente previo stordimento» (par. 1), salvo poi precisare che «le disposizioni di cui al paragrafo 1 non si applicano agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi, a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello» (par. 4).

⁵⁷ Il d. lgs. 4 marzo 2014, n. 26, di «attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici», pone una serie di limiti, comunque derogabili, all'utilizzo di «animali [...] delle specie in via di estinzione» (art. 7), di «primati non umani» (art. 8), di «animali prelevati allo stato selvatico» (art. 9), di «animali randagi e selvatici delle specie domestiche» (art. 11) *etc.*, salvaguardando senz'altro gli animali – *alcuni* animali – ma indirettamente, a seconda dei casi, l'ambiente e la bio-ricchezza dei sistemi naturali, il sentimento (umano) per gli animali, l'attaccamento dell'uomo ad animali da affezione e animali selvatici che sente “vicini”. P. VERONESI, *op. cit.*, 619, parla di un vero e proprio «principio di gradualità», il quale «impone che, ad esempio, l'esame *in vitro* o su modelli informatici preceda le osservazioni condotte sugli organismi più semplici, fino ad approcciare le specie più simili a noi solo un istante prima di estendere la sperimentazione all'uomo».

⁵⁸ Si riprendono, ancorché fuori contesto, le categorie utilizzate dall'art. 19-ter disp. coord. c.p., sul quale più approfonditamente *supra*, nel testo.

⁵⁹ Affermazione notoriamente attribuita a Ingrid Newkirk, attivista e presidente di PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals*), dapprima da K. McCABE, *Who Will Live, Who Will Die?*, in *The Washingtonian*, agosto 1986, 114.

⁶⁰ È l'interrogativo che si pone, tra gli altri, P. PAIGE, *Is It Cruel to Kick a Robot Dog?*, in *CNN Business*, 13 febbraio 2015, www.edition.cnn.com/2015/02/13/tech/spot-robot-dog-google/index.html (ultima consultazione: 03/06/2022), in risposta a un video, divenuto virale in quei giorni, nel quale un ingegnere di *Boston Dynamics*, celebre società di ingegneria e robotica, prende a calci il cane-robot Spot per dimostrarne la robustezza (www.youtube.com/watch?v=M8YjvHYbZ9w, ultima consultazione: 03/06/2022).

⁶¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 29.





Nel 2006, quando il colosso tecnologico Sony ha comunicato che avrebbe interrotto la produzione degli AIBO, cani-robot che erano stati pubblicizzati come «i migliori amici dell'uomo per il ventunesimo secolo», numerosi proprietari sono rimasti spiazzati, consapevoli che, come è poi accaduto, di lì a qualche anno non sarebbero più stati disponibili pezzi di ricambio, e i loro “animali”, pian piano, sarebbero “morti”⁶².

Gli AIBO sono macchine – *robot* sociali – non animali da compagnia, ma come animali sono spesso percepiti e trattati⁶³, nonché, quando “muoiono”, pianti.

A-Fun Co., un'azienda giapponese che si occupa principalmente della riparazione di vecchi prodotti Sony, destina ora intere sedi alla “cura” degli AIBO⁶⁴, e il suo fondatore, Nobuyuki Norimatsu, organizza da anni “funerali” per gli AIBO defunti, con tanto di offerte floreali e canti rituali, in un tempio buddhista nella prefettura di Chiba⁶⁵.

Sarebbe troppo semplice ridicolizzare simili pratiche, che vanno contestualizzate – in Giappone, i riti mortuari (供養, *kuyō*) per oggetti inanimati, di matrice buddhista o shintoista, non sono così inusuali e possono riguardare aghi, bacchette, bambole, forbici⁶⁶ – e che, soprattutto, sono spia di un attaccamento reale, di un reale legame, ancorché unidirezionale, tra l'uomo e il *robot* sociale.

Le sembianze animali del *robot* hanno un ruolo centrale nella costruzione di questo legame: l'ingegnerizzazione antropomorfa o zoomorfa del *robot* sociale, sempre che si fermi al di qua della «valle perturbante»⁶⁷, serve ad avvicinare potenziali acquirenti – «*according to the people at the vanguard of futuristic product design, people want what they know*»⁶⁸ – e a fidelizzare i già proprietari⁶⁹.

⁶² Come riferisce K. DARLING, *The New Breed. How to Think About Robots*, Londra, 2021, 90.

⁶³ Cfr., *ex multis*, P.H. KAHN, JR., B. FRIEDMAN, J. HAGMAN, “*I Care About Him as a Pal*”: *Conceptions of Robotic Pets in Online AIBO Discussion Forums*, in *CHI '02 – Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems*, New York, 2002, 632 ss.; G.F. MELSON ET AL., *Robots as Dogs? – Children's Interactions with the Robotic Dog AIBO and a Live Australian Shepherd*, in *CHI '05 – Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems*, New York, 2005, 1649 ss.; K. DARLING, *op. cit.*, 91 e 111; nonché, con focus sul contesto giapponese, A. KUBO, *Technology as Mediation: On the Process of Engineering and Living with the “AIBO” Robot*, in *Japanese Review of Cultural Anthropology*, 2010, 103 ss.

⁶⁴ E. KNOX, K. WATANABE, *AIBO Robot Mortuary Rites in the Japanese Cultural Context*, in *Proceedings of the 2018 IEEE/RSJ International Conference on Intelligent Robots and Systems (IROS), Madrid, Spain, October 1-5, 2018*, Piscataway (NJ), 2018, 2021.

⁶⁵ Ivi, 2022. Sul tema v. anche, più in generale, E.J. CARTER ET AL., *Death of a Robot: Social Media Reactions and Language Usage when a Robot Stops Operating*, in *HRI '20. Proceedings of the 2020 ACM/IEEE International Conference on Human Robot Interaction, March 23-26, 2020, Cambridge, United Kingdom*, New York, 2020, 589 ss.

⁶⁶ Cfr. A. KRETSCHMER, *Mortuary Rites for Inanimate Objects. The Case of Hari Kuyō*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, 3-4/2000, 380.

⁶⁷ Ci si riferisce alla «*uncanny valley*» («不気味の谷», *bukimi no tani*) di Masahiro Mori.

⁶⁸ E. KNOX, K. WATANABE, *op. cit.*, 2023.

⁶⁹ È in commercio dal 2018 una nuova “generazione” di AIBO, che presenta, rispetto alla precedente, una particolarità: i “pensieri” e la “memoria” dei singoli cani-robot sono archiviati in rete, all'interno di una nuvola informatica (*cloud*). Con due rilevanti conseguenze: (1) come sottolineano E. KNOX, K. WATANABE, *op. cit.*, 2023, «*when a body gets old or fails, the same consciousness can be linked to a new body*»; (2) l'abbonamento ai servizi di *cloud*, dopo il primo triennio, diverrà a pagamento, e c'è il rischio che il legame affettivo (unidirezionale) uomo-robot sia strumentalizzato a fini di profitto: «*given the emotional response to the “deaths” of their previous versions of AIBO, will the price set by Sony reflect the server costs, or will it reflect how much the average household is willing to pay to keep their robot companion alive?*» (K. DARLING, *op. cit.*, 158).





Nel dare sembianze animali alla macchina, tuttavia, si confondono il piano del reale e quello del sentire, ingenerando nell'essere umano, che manca del linguaggio per scindere sostanza inanimata e aspetto animato/animale⁷⁰, risposte non sempre razionali.

Piangere un cane-robot, tuttavia – si consenta la forzatura – è così diverso dal piangere un cane in carne e ossa?

Per quanto, sul piano teoretico, le dottrine animaliste valorizzano lo sviluppo neurologico e la senienza degli animali non-umani, fondando sulla vicinanza uomo-animale le proprie rivendicazioni anti-speciste, rimangono centrali: (1) l'empatia, sul piano umano, e (2) il sentimento (umano) verso gli animali, sul piano giuridico. L'una e l'altro prescindono dalla senienza dell'animale non-umano, dalla sua capacità di provare emozioni, dalla stessa bi-direzionalità del rapporto uomo-animale.

Sembra meno astratto, in quest'ottica, anche il discorso sui diritti dei robot⁷¹: non di diritti dovrà parlarsi, è chiaro, ma di tutela obiettiva e indiretta – «*even if they themselves can't feel, we might feel for them*»⁷² – come obiettiva è la tutela dell'animale, e fondata, anche eziologicamente, sul doppio filo che lega l'uomo agli agenti non-umani⁷³.

6. Conclusioni

A pochi mesi dalla riforma costituzionale, è difficile immaginare quale sarà il suo impatto di medio e lungo termine sul diritto animale. Valutazioni preliminari, che ben potranno essere smentite, lasciano ipotizzare che si tratterà di un impatto contenuto, e che gli animali continueranno a essere tutelati, perlopiù, come oggetti di affezione o come “pezzi” di ambiente.

Oltre la riforma, l'approccio indiretto-relazionale ai diritti degli animali sembra il più compatibile con il nostro ordinamento costituzionale (e con il comune sentire). L'idea è che gli animali – così come l'ambiente – siano e debbano essere tutelati dall'uomo e *per l'uomo*, valorizzando il legame e la vicinanza che l'uomo stesso sente nei loro confronti, e nei confronti di alcuni più che di altri (secondo un

⁷⁰ Come rilevano S. TURKLE ET AL., *Relational Artifacts with Children and Elders: The Complexities of Cybercompanionship*, in *Connection Science*, 4, 2006, 349, «*objects such as the Aibo, poised between the animate and inanimate, leave us with a language inadequate to talk about them*».

⁷¹ Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante «raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica», <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=IT> (ultima consultazione: 03/06/2022), ad esempio, si prospettava – in un'ottica di “responsabilizzazione”, tuttavia, più che di tutela – l'istituzione «di uno *status* giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come *persone elettroniche* responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della *personalità elettronica* dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi» (enfasi aggiunte). Per una rassegna delle posizioni filosofico-giuridiche sul tema dei diritti dei robot, in un'ottica di tutela (in senso ampio) e non di “responsabilizzazione”, v. invece, per tutti, D. GUNKEL, *Robot Rights*, Cambridge (MA), 2018.

⁷² K. DARLING, *op. cit.*, 183.

⁷³ Perché di agenti non-umani si tratta, in entrambi i casi: caratterizzati da spazi di autonomia – destinati a crescere, nel caso dei robot – ma privi di reale soggettività morale e giuridica. È stato anche suggerito, perlopiù oltreoceano, di risolvere la questione della *liability*, della responsabilità dei robot – *rectius*, per i danni cagionati dai robot – valorizzando l'analogia con gli animali domestici, relativamente ai quali ogni ordinamento offre soluzioni consolidate: è il c.d. *Robots as Animals framework*, sul quale v., per tutti, R. KELLEY ET AL., *Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals*, in *Advanced Robotics*, 13, 2010, 1861 ss.



approccio etico-giuridico indiretto). L'idea, poi, è che gli animali siano meritevoli di tutela – nel contesto dell'ordinamento giuridico, prodotto dell'uomo e *per l'uomo* – in virtù della loro relazione con gli esseri umani, e che non sia contraddittorio, di conseguenza, calibrare le tutele sulla natura delle singole relazioni (in linea con un approccio etico-giuridico relazionale).

«*I have not established, nor am I likely to ever establish, a relation with rats*», scrive Nel Noddings, filosofa e teorica dell'etica della cura. «*The rat does not address me. It does not appear expectantly at my door. It neither stretches its neck toward me nor vocalizes its need. It skitters past in learned avoidance. Further, I am not prepared to care for it. I feel no relation to it. I would not torture it, and I hesitate to use poisons on it for that reason, but I would shoot it cleanly if the opportunity arose*»⁷⁴.

I "diritti" degli animali scaturiscono dal rapporto che l'uomo ha con gli animali stessi, che differisce da specie animale a specie animale. All'interno di un sistema umano, com'è quello giuridico, non può sorprendere che la relazione dell'agente non-umano con l'uomo informi il trattamento che gli è riservato.

Se gli animali sono «esseri senzienti», sarà dovere dell'uomo, morale prima che giuridico, ridurre al minimo le sofferenze. Non è un caso, tuttavia, che si accenni alla senienza dell'animale mentre se ne regola la macellazione⁷⁵: i polli da carne «vanno protetti in quanto esseri senzienti, ma restano polli da carne»⁷⁶. E non è un caso che si sia parlato di *dovere* dell'uomo, e non di *diritto* dell'animale: non esiste relazione bi-laterale tra uomo e animale, quantomeno sul piano giuridico, ma esistono responsabilità del primo. Responsabilità, si badi, auto-imposte, nel contesto di un'etica inevitabilmente fondata (anche) sull'affezione e, quel che più importa, sull'empatia.

⁷⁴ N. NODDINGS, *Caring. A Relational Approach to Ethics and Moral Education*, Berkeley (CA), 2013, 156 s.

⁷⁵ Più propriamente, l'art. 13 TFUE impone di tener conto della senienza – *rectius*, «delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti» – nella formulazione e nell'attuazione «delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio», e la normativa passata e presente in materia di allevamenti intensivi, tanto a livello di Unione che interna, «strizza l'occhio» alla senienza degli animali mentre consente la loro «funzionalizzazione integrale al macello» (L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., 255).

⁷⁶ *Ivi*, 262.

La tutela degli animali nella Costituzione italiana

*Alessandra Valastro**

THE PROTECTION OF ANIMALS IN THE ITALIAN CONSTITUTION

ABSTRACT: The essay explores the innovative scope of the constitutional reform that inserted the principle of animal protection into the Constitution. The provision of a principle of direct protection implies the recognition of animals as “sentient beings” and accepts the perspective of the principle of responsibility. The inclusion among the Fundamental Principles of the Constitution stabilizes the most advanced points of the regulatory-jurisprudential evolution and shifts the axis of the balance between human and animal interests, imposing a more rigorous use of the criteria of proportionality and justifiability of the fields and methods of use of animals. The provision of a state law reserve clarifies that the “protection of animals” is a matter in its own right, which is characterized by a physiological state exclusivity and a natural transversality (destined to intersect matters of regional competence).

KEYWORDS: Constitution; animals; protection; responsibility; competence

ABSTRACT: Il saggio esplora la portata innovativa della riforma costituzionale che ha inserito in Costituzione il principio di tutela degli animali. La previsione di un principio di tutela diretta rende implicito il riconoscimento degli animali come “esseri senzienti” e accoglie la prospettiva del principio di responsabilità. L’inserimento tra i Principi fondamentali della Costituzione stabilizza i punti più avanzati dell’evoluzione normativo-giurisprudenziale e sposta l’asse del bilanciamento fra interessi umani e interessi animali, imponendo un uso più rigoroso dei criteri di proporzionalità e giustificabilità degli ambiti e modi di utilizzo degli animali. La previsione di una riserva di legge statale chiarisce che la “tutela degli animali” è materia a sé stante, che si connota per una fisiologica esclusività statale e per una naturale trasversalità (destinata a intersecare le materie di competenza regionale).

PAROLE CHIAVE: Costituzione; animali; tutela; responsabilità; competenza

SOMMARIO: 1. Riforma bilancio o riforma programma? La doverosa ricerca dei sentieri attuativi della revisione dell’art. 9 Cost. – 2. La riforma consolida il principio della tutela diretta dell’animale come soggetto in sé – 3. (segue) ... e privilegia il principio di responsabilità alla proclamazione dei diritti – 4. L’inserimento della tutela degli animali tra i «Principi fondamentali» stabilizza i punti di arrivo dell’evoluzione normativo-giurisprudenziale

* *Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico. Mail: alessandra.valastro@unipg.it. Il contributo è stato selezionato nell’ambito della call “Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.” ed è stato sottoposto a referaggio.*



e sposta l'asse del bilanciamento – 5. (*segue*) In particolare, la verifica di tenuta delle clausole derogatorie – 6. La competenza della «legge dello Stato» e il rapporto con la legislazione regionale – 7. Conclusioni.

1. Riforma bilancio o riforma programma? La doverosa ricerca dei sentieri attuativi della revisione dell'art. 9 Cost.

La legge costituzionale n. 1 del 11 febbraio 2022 ha modificato l'art. 9 della Carta fondamentale, aggiungendo un terzo comma ai sensi del quale la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

Di fronte a una modifica costituzionale di questo tipo, pur da lungo tempo auspicata, in molti si sono chiesti se non si sia trattato infine di una c.d. “riforma bilancio”, fors'anche opportuna su un piano valoriale ma nella sostanza mero specchio dell'esistente.

Non che le riforme bilancio debbano essere demonizzate in quanto tali. In taluni casi può risultare assai opportuno «dare veste e sanzione formale a trasformazioni del tessuto costituzionale già intervenute e che siano state determinate da fonti normative sub-costituzionali o da fatti costituzionali sostanzialmente derogatori o integrativi, frutto della naturale evoluzione dell'ordinamento e ormai invalsi e non contrastati»¹. Tuttavia non v'è dubbio che questo genere di riforme porti sempre con sé il germe di un'ambiguità che sembra porsi in contraddizione con lo spirito e il senso ultimo del delicato processo di revisione costituzionale: è il germe della apparente rinuncia ad una efficacia di tipo innovativo, sostituita da una funzione meramente riassuntiva e riepilogativa dell'evoluzione avvenuta.

Le c.d. “riforme programma”, d'altro canto, se in linea teorica più coraggiose perché ambiscono a fondare evoluzioni di discipline che si ritengono non più adeguate o delle quali si intendono colmare lacune e contraddizioni², per altro verso soffrono in Italia di una schizofrenia da ingegneria costituzionale che ne ha gravemente appesantito il passo e alterato l'efficacia³.

Ebbene, dove si colloca la riforma di cui alla legge costituzionale n. /2022 nel confine poroso e mobile tra le due anime della revisione costituzionale?

Non v'è dubbio che su entrambi i temi oggetto della riforma (ambiente e animali) si fosse già formato un apparato normativo significativo: un vero e proprio diritto dell'ambiente (fondato soprattutto sulla giurisprudenza costituzionale e la legislazione ordinaria) e un diritto degli animali (fondato soprattutto sulla legislazione ordinaria e la giurisprudenza di legittimità e di merito). In entrambi i casi, poi, un ruolo propulsivo importante è stato esercitato dalla normativa europea.

Lasciando ad altri le riflessioni concernenti la tutela dell'ambiente e concentrandomi qui sull'altro principio introdotto nell'art. 9, è ben noto come la tutela degli animali come esseri sensibili alla sofferenza

¹ M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2020, 1-2.

² M. CECCHETTI, *op. cit.*, 2.

³ Dal velleitarismo delle “grandi riforme” agli effetti destabilizzanti di riforme puntuali di rottura, dal mutamento degli equilibri tra Parlamento e Governo nel processo decisionale al ruolo del referendum confermativo, molte e sempre più profonde sono le criticità della funzione di revisione costituzionale degli ultimi decenni: v. fra i molti, e per tutti, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, 2016.





fosse già penetrata nel nostro ordinamento, con una serie di interventi normativi e giurisprudenziali che hanno progressivamente innalzato le forme di garanzia: basti ricordare il nuovo corso dell'evoluzione giurisprudenziale avviato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 6122/1990, nella quale si è enunciato il principio del "maltrattamento-dolore"⁴; le modifiche apportate alla disciplina penalistica delle forme di maltrattamento (prima con la legge n. 473/1993 e poi con la n. 189/2004); il principio di protezione sancito a livello europeo, prima nel 1997 con il Protocollo di Amsterdam sul benessere degli animali, poi nel 2009 con l'art. 13 del Nuovo Trattato dell'Unione europea sul rispetto degli animali in quanto esseri senzienti; l'evoluzione della legislazione speciale concernente le principali forme di utilizzo degli animali (sperimentazione, allevamento, trasporti, macellazione, caccia, ecc.). E tuttavia si è trattato di un'evoluzione tutt'altro che lineare, ancora oggi intrisa di contraddizioni e di previsioni normative ambigue, se non palesemente illegittime, che lasciano aperti varchi insidiosi a involuzioni normative e interpretazioni altalenanti⁵.

Dunque sì, una funzione innanzitutto riassuntiva può senz'altro riconoscersi ed anche apprezzarsi nella riforma in esame; ma, affianco a questa, le lacune e le contraddizioni ancora presenti dimostrano – ed anzi reclamano – l'esistenza di ampi margini di innovatività e la necessità di esplorarne i sentieri.

Del resto, a voler ben guardare al fondo delle revisioni costituzionali, anche quelle apparentemente più remissive nella loro riassuntività difficilmente riescono ad esaurirsi in un mero bilancio: dischiudere il livello costituzionale non è mai operazione neutra, per l'insieme di implicazioni che – nel bene o nel male – oggettivamente ne derivano nell'architettura complessiva dei poteri e dei percorsi di attuazione delle norme costituzionali, talvolta anche in modo non prevedibile al momento della riforma.

Ne è un esempio il principio di sussidiarietà orizzontale introdotto nel 2001 con la riforma dell'art. 118, ult. co. All'epoca fu opinione diffusa che si trattasse di costituzionalizzare un principio divenuto fondante di un assetto già esistente e riconducibile al ruolo svolto dal Terzo settore, in coerenza evolutiva col più generale principio di solidarietà contenuto nell'art. 2 Cost. e con quello più specifico previsto nell'art. 38 Cost. sulla collaborazione pubblico/privato, poi normato dalla legge n. 328/2000. Ma un'evoluzione ben più articolata e in gran parte impreveduta doveva aprirsi al già vigente principio di sussidiarietà orizzontale in virtù del suo ingresso in Costituzione e del suo riferimento a tutti i livelli istituzionali⁶: ciò ha infatti consentito l'attuazione diretta del paradigma sussidiario da parte dei Comuni senza bisogno dell'intermediazione legislativa, e quindi l'approvazione – a partire dal 2014 – dei regolamenti sull'amministrazione condivisa dei beni comuni e l'introduzione di un istituto inedito nel panorama dell'agire amministrativo (i patti di collaborazione). Non solo, ma questo modello di attuazione del principio di sussidiarietà ha progressivamente travalicato l'ambito locale, cominciando a

⁴ Cass. pen., sez. III, 27 aprile 1990, n. 6122, la quale ha recepito – vale la pena di ricordarlo – la rivoluzionaria sentenza di Pret. Amelia, 7 ottobre 1987, in *Riv. pen.*, 2, 1988, 167ss.

⁵ Per richiami più ampi all'evoluzione normativa e giurisprudenziale della tutela degli animali, con particolare riferimento alle forme del maltrattamento, sia consentito rinviare ad A. VALASTRO, *La tutela penale degli animali: problemi e prospettive*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale – Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2012, 629ss.; ID., *I travagliati percorsi della normativa sulla tutela penale degli animali: la legge n. 188 del 2004*, in *Studium Iuris*, 2005, 10ss.

⁶ Art. 118, IV comma, Cost.: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».





diffondersi anche a livello regionale (v. le leggi n. 71/2020 Toscana e n. 10/2019 Lazio), fino ad essere assunto nel nuovo Codice del Terzo settore e ad essere riconosciuto dalla Corte costituzionale nella importante sent. n. 131/2021.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui pure fu apertamente riconosciuta e valorizzata l'opportunità proprio in quanto riforma di consolidamento, ha consentito in realtà un percorso di attuazione costituzionale assai innovativo e fecondo, con particolare riferimento ai principi di solidarietà e partecipazione politica, economica e sociale di cui agli artt. 2 e 3 Cost: principi tanto forti sul piano valoriale in quanto fondanti del modello di democrazia sociale voluto dai Costituenti, quanto fragili sul piano della portata precettivo-normativa. Aver portato il riconoscimento della sussidiarietà orizzontale dal piano della legislazione ordinaria a quello dei principi costituzionali ha consentito un percorso attuativo altrimenti impossibile, perché ha fondato una competenza che sia gli enti territoriali sia i cittadini (singoli e associati) possono agire direttamente⁷; e ha consentito la costruzione di un pezzo estremamente innovativo dell'ordinamento giuridico quale quello che gradualmente sta prendendo forma e che, vale la pena di dirlo, sta divenendo oggetto di studio e imitazione in altri Paesi⁸.

Una cosa, però, sono le potenzialità e possibilità quasi sempre insite in una riforma costituzionale; altra cosa è la volontà politica di esplorare effettivamente quelle potenzialità e – soprattutto – la direzione che si intenda imprimere concretamente alle relative possibilità.

Dunque qualunque tipo di riforma costituzionale impone di non lasciarne le potenzialità sulla carta e di salvaguardarne la portata innovativa attraverso l'esplorazione delle sue indicazioni concrete. Ciò vale a maggior ragione in ambiti come quello della tutela degli animali, dove le regressioni e contro-tendenze sono sempre in agguato in ragione dell'antagonismo strutturale fra interessi umani e interessi animali e della conseguente delicatezza dei bilanciamenti chiamati in gioco: in questo ambito, la ricerca e valorizzazione delle indicazioni attuative contenute nella riforma è non solo particolarmente importante ma, direi, indispensabile.

2. La riforma consolida il principio della tutela diretta dell'animale come soggetto in sé

Il testo di riforma infine approvato ha molto opportunamente abbandonato l'ipotesi, prevista in alcuni dei disegni di legge costituzionale in esame in Parlamento, di ricomprendere gli animali nei concetti di fauna e/o di biodiversità: il rilievo che gli animali indiscutibilmente rivestono anche in quanto fauna viene finalmente diversificato dal rilievo che essi hanno in sé, come esseri viventi singolarmente considerati; analogamente, si differenzia e si specifica il rilievo che gli animali assumono anche per il concetto di biodiversità, rispetto al quale essi si pongono insieme agli esseri umani quali componenti interdipendenti di un ecosistema che ricerca negli equilibri della convivenza fra gli uni e gli altri le garanzie di una vita sostenibile (anche per le future generazioni di specie viventi).

⁷ Nell'ambito dell'ormai amplissima bibliografia, v. per tutti G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4, 1997, 29ss.; Id., *Amministrazione e società: il nuovo cittadino*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2017, 43ss.

⁸ V. ad esempio, da ultimo, D. CIAFFI, *L'amministrazione condivisa arriva in Francia!*, in *www.labsus.org*, 31 maggio 2022.





Dunque gli animali vengono riconosciuti quali destinatari di forme di tutela diretta. Affermando che «La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali», il nuovo art. 9 Cost. attesta il definitivo superamento della visione antropocentrica, almeno sul piano della cultura costituzionale: già avvenuto a livello di legislazione ordinaria con la riforma delle fattispecie di maltrattamento, e pur con il permanere delle ambiguità e contraddizioni di cui rammenterò in seguito, questo superamento approda anche nell'impianto costituzionale. Un approdo che corre del resto parallelo a quello disegnato per l'ambiente, anch'esso ora esplicitamente tutelato non in quanto strumentale al benessere del singolo o della collettività ma in sé, in quanto bene comune⁹.

Aver sganciato la tutela degli animali dalla tutela di qualsiasi altro bene (ambiente, fauna, biodiversità, ecc.), e averne fatto oggetto di tutela diretta, rende implicito il loro riconoscimento come esseri senzienti.

Alcuni dei disegni di legge di riforma dell'art. 9 Cost. avevano in effetti previsto espressamente tale qualificazione: si veda ad esempio il PDL C.15/2018 (Brambilla), ove si proponeva l'aggiunta di un comma ai sensi del quale «Gli animali sono esseri senzienti e la Repubblica ne promuove e garantisce la vita, la salute e un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche». Si tratta di espressioni che certamente intendevano esplicitare in modo forte il senso di questa riforma, affiancando il principio della dignità dell'animale a quello della dignità della persona già sancito nell'art. 3 Cost., ed equiparandoli nel medesimo diritto ad una vita degna, pur con le gradazioni di tutela derivanti dai necessari bilanciamenti. La formula infine approvata, con l'abbandono di ogni riferimento alla senzietà degli animali, è stata letta da taluno come un «confuso compromesso al ribasso»¹⁰; altri vi hanno visto la scelta di una «via intermedia» fra la qualificazione espressa come esseri senzienti e la ricomprensione nella fauna¹¹.

In realtà mi pare che il compromesso o la via intermedia appaiano tali sono a una prima lettura del dato puramente lessicale, e che ben altro e tutt'altro che compromissorio sia ciò che deriva dalla previsione della tutela diretta degli animali, tanto più se associata alla previsione della riserva di legge statale (v. *infra*, par. 6).

Leggendo in controluce o, se si vuole, ragionando *a contrario*, appare evidente che soltanto l'assunzione della soggettività degli animali quali esseri viventi sensibili alle forme della sofferenza (fisica, psichica, meccanica, ambientale) – e dunque titolari di interessi meritevoli di protezione – può fondare un principio di tutela diretta, ulteriore e diversa dalle forme di tutela indiretta che derivano dal fatto che gli animali assumono rilievo anche per il soddisfacimento di molti interessi umani. Se è vero che spesso anche la forma è sostanza, tuttavia in questo caso l'espressa qualificazione degli animali come esseri senzienti ben poteva considerarsi superflua perché ormai ampiamente consolidata non soltanto nelle cognizioni scientifiche, ma anche nella legislazione degli ultimi decenni che su tali cognizioni ha fondato un sistema di tutela diretta via via più evoluto rispetto alle varie forme di sofferenza.

⁹ G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in www.osservatorioaic.it, 4 febbraio 2020, 67ss.

¹⁰ Così ad esempio F. RESCIGNO, *Memoria per l'Audizione dinanzi alla Commissione affari costituzionali del Senato concernente la discussione dei disegni di legge costituzionali volti alla modifica dell'articolo 9 in tema di ambiente e tutela degli esseri animali*, in www.osservatorioaic.it, 7 gennaio 2020.

¹¹ Così ad esempio G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 460ss.





Basti qui ricordare che, superate la pregiudiziale cartesiana e l'antimentalismo estremo del *behaviorismo*, in campo scientifico è considerata ormai pacifica la presenza negli animali (escluse talune specie collocate nei gradini più bassi della scala evolutiva) di livelli differenziati di soggettività, quantomeno di un livello minimo fondato sulla sensibilità, quale "zona" della dimensione non cognitiva che non è più mera sensazione ma comincia a coinvolgere l'emotività. La principale implicazione di tale livello di soggettività è, evidentemente, la capacità di provare non solo dolore meramente fisico bensì anche forme più complesse di sofferenza. Non solo, ma le sempre più complesse indagini che a partire dalla metà dell'800 sono state compiute nei campi dell'etologia e della psicologia animale in ordine ad una possibile dimensione psichica e cognitiva negli animali, attraverso lo studio della fisiologia del cervello, della memoria, dell'apprendimento, del comportamento e soprattutto della comunicazione, hanno portato alla prospettazione di un modello esplicativo della soggettività animale che, pur non accedendo alla sfera dell'autocoscienza, si articola in menti di varia complessità, anche nell'ordine del pensiero e della consapevolezza (quantomeno nelle specie superiori)¹².

Conclusioni di questo tipo sono divenute il fondamento per il riconoscimento degli animali quali centri di imputazione di una sfera di interessi fondamentali, quantitativamente e qualitativamente connessi al livello più o meno complesso di soggettività di cui sono portatori: tra questi, certamente, l'interesse a vivere in condizioni di benessere e a non provare dolore e sofferenza inutilmente. E sono questi interessi fondamentali che hanno titolo sufficiente per legittimare forme di tutela giuridica, anche penalistica¹³.

Quello infine approvato appare pertanto come un testo asciutto ma rigoroso, che rinuncia agli orpelli e affida la sostanza della questione ai due elementi più forti e univoci dello strumentario giuridico: la tutela diretta e la riserva di legge statale¹⁴.

Non possono dunque esservi dubbi sul fatto che la soggettività animale, già oggetto di tutela nella legislazione ordinaria (in particolare penale), sia oggi riconosciuta anche a livello costituzionale: in particolare si accoglie in Costituzione l'assunto per cui la soggettività è caratteristica che pertiene agli esseri viventi non in quanto umani bensì in quanto senzienti; e dunque è caratteristica non solo umana, in quanto basata su livelli diversi di sensibilità.

¹² Su questi aspetti, e per un loro approfondimento, v. già A. VALASTRO, *Il maltrattamento di animali. Soggettività, Costituzione e tutela penale*, Torino, 1996; ID, *Spunti per una riflessione sull'uccisione ingiustificata di animali*, in MANNUCCI A., TALLACCHINI M. (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, 95ss.; ID, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006, 67ss.; ID., *La tutela penale degli animali e l'ammissibilità delle sentenze manipolatrici in campo penale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 1995, 3746ss.; ID., *La tutela penale degli animali: problemi e prospettive*, cit. Questo concetto di soggettività animale è stato in seguito ripreso con ampiezza di analisi, fra i costituzionalisti, soprattutto da F. RESCIGNO, *Memoria per l'Audizione*, cit.; ID., *I diritti degli animali. da res a soggetti*, Torino, 2005.

¹³ G. FIANDACA, *Prospettive possibili di maggiore tutela penale degli animali*, in A. MANNUCCI, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *op. cit.*, 86-87, il quale ricorda che l'evoluzione delle dottrine penalistiche del bene giuridico ha portato al «superamento del paradigma vetero-illuministico del diritto soggettivo come tipico oggetto di tutela».

¹⁴ In senso analogo A. MORRONE, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica – La tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *www.senato.it*: «ciò che davvero è fondamentale è stabilire il tono costituzionale del valore della protezione degli animali, lasciando alla politica legislativa il compito di specificarne la sagoma, a seconda delle specifiche esigenze di contesto».





Né è privo di significato il fatto che la possibilità di introdurre la definizione degli animali come esseri senzienti si fosse già posta in occasione degli analoghi tentativi di riforma costituzionale avanzati nei primi anni 2000: nel dibattito che ne scaturì, e nelle relative audizioni che anche in quell'occasione furono realizzate, la questione relativa all'opportunità di inserire in Costituzione il riconoscimento espresso della soggettività animale fu ampiamente discussa¹⁵. Dunque non è un terreno vergine quello su cui ci si è mossi questa volta, né la forza dei risultati conseguiti sembra potersi sminuire in ragione dell'asciuttezza lessicale o doversi al contrario considerare come sfuggita alla penna del legislatore costituzionale. Quest'ultima potrebbe essere (e probabilmente sarà) la tentazione di quanti, pur salutando con favore l'inserimento degli animali in Costituzione ed anzi incoraggiandone la qualificazione espressa come esseri senzienti, si affretta poi in letture rassicuranti che non impediscano «l'ordine naturale» del rapporto uomo-animale, «che continuerebbe ovviamente a seguire il suo corso: detto con una suggestione, il cacciatore continuerebbe ad inseguire la propria selvaggina così come il leone la gazzella»¹⁶. Di là dall'equivoco di un paragone mal posto fra la caccia degli animali e quella dell'uomo, e fra il bisogno di cibarsi e le attività economico-industriali destinate all'alimentazione, il riferimento all' "ordine delle cose" occhieggia pericolosamente quale fantasma di quelle ambiguità che ancora oggi sono alla base delle forme peggiori di maltrattamento, più difficilmente punibili proprio perché nascoste nelle pieghe di attività in sé lecite.

Per scongiurare i danni di questi fantasmi occorrono previsioni costituzionali rigorose e univoche, più che formule altisonanti ma più facilmente aggirabili.

3. (segue) ... e privilegia il principio di responsabilità alla proclamazione dei diritti

Nel senso appena detto, un altro orpello che il testo di riforma costituzionale ha tralasciato è il riconoscimento di diritti in capo agli animali.

È questo un tema di sicuro impatto, che esercita sempre un certo fascino e che ha raccolto molto favore in epoche più risalenti: è infatti innegabile che il dibattito sulla configurabilità di veri e propri diritti in capo agli animali può svolgere un ruolo niente affatto trascurabile, per l'importante funzione simbolico-evocativa connessa alla figura del diritto soggettivo e il rafforzamento della cultura del rispetto cui essa può contribuire.

Pur tuttavia questo tema ha visto progressivamente scemare la propria rilevanza, per lo scarso contributo che si è rivelato in grado di offrire sul piano degli strumenti concreti di tutela.

Del resto non è affatto un caso che la prospettiva dei diritti appaia oggi sempre più riduttiva e fuorviante anche in riferimento agli esseri umani, rispetto ai quali da più parti si stigmatizza la retorica di un universalismo giuridico dei diritti che ha finito per confinarli entro un giurisdizionalismo senza garanzia, annullandone la dimensione sociale e riducendo ogni ipotesi di conflittualità alla dimensione

¹⁵ In questo senso v. ad esempio PDL C-705/2001 («Le specie animali non umane hanno pari diritto alla vita e ad un'esistenza compatibile con le proprie caratteristiche biologiche. La Repubblica riconosce tutti gli animali come soggetti di diritto. Promuove e sviluppa servizi ed iniziative volti al rispetto degli animali e alla tutela della loro dignità»).

¹⁶ D. PORENA, *Audizione del 24 ottobre 2019 nell'ambito dell'esame dei disegni di legge costituzionale n. 83, n. 212, n. 1203 e n. 1532 recanti modifiche all'art. 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, in www.senato.it.





individualistica del singolo (o al massimo di un gruppo) che protesta e si rivolge a un tribunale, neutralizzando la dimensione solidaristica della convivenza.

Da più parti oggi si lamenta il fatto che i diritti sono stati «lasciati soli»¹⁷ da politiche che non hanno saputo calarli nei contesti reali delle condizioni materiali dell'eguaglianza sostanziale e della giustizia sociale, come volevano l'art. 2 e il secondo comma dell'art. 3 Cost. La storia dei settant'anni di attuazione costituzionale, ma anche quella precedente, hanno ampiamente dimostrato che la conquista formale della qualificazione di un interesse come diritto non è garanzia in sé della conseguente conquista di forme di tutela sostanziale.

Le battaglie per il soddisfacimento dei bisogni reali sono paradossalmente assai più impervie di quelle per il riconoscimento dei diritti formali, perché giocate sul piano dell'effettività e dei tradimenti delle formule garantiste pur previste sulla carta. E mentre negli ultimi decenni le Carte dei diritti hanno continuato a proliferare con previsioni ambiziose e generose di c.d. "nuovi diritti", deludente è stata la parallela costruzione di solidi doveri di tutela.

Già Piero Calamandrei, osservatore attento e preoccupato delle dinamiche di inveramento del nuovo ordinamento costituzionale, insisteva nell'ammonire sulla centralità dei diritti sociali quali cartine di tornasole del sistema democratico, affermandone la priorità rispetto ai diritti civili e politici perché più intimamente legati ad una solida impalcatura di doveri e responsabilità volti al soddisfacimento dei bisogni.

È, questo, il «costituzionalismo dei bisogni» di cui ha parlato Stefano Rodotà¹⁸; o il costituzionalismo dei doveri di cui ha parlato Norberto Bobbio. Quest'ultimo, ormai anziano, ebbe addirittura a dire, a proposito del suo famoso *L'età dei diritti*, che se avesse potuto tornare indietro non lo avrebbe scritto perché aveva dovuto constatare nella sua lunga vita come i diritti siano stati spogliati e disinnescati laddove le domande più esigenti poste dall'esistenza non arrivano. Bobbio disse che avrebbe dovuto scrivere piuttosto *L'età dei doveri*, per agganciare la dignità dell'esistenza alla materialità dei bisogni, delle condizioni materiali del vivere¹⁹. Solo un costituzionalismo che guarda in faccia i bisogni situati e concreti, che si misura con l'ingiustizia dei rapporti reali, può ambire a definirsi tale²⁰.

In un panorama siffatto, non appare per nulla riduttiva la riforma dell'art. 9 Cost. laddove, rinunciando all'enfasi illusoria della proclamazione di diritti in capo agli animali, ha optato asciuttamente per un sistema di tutela fondato su doveri di protezione e principio di responsabilità.

¹⁷ G. PRETEROSSO, *Residui, persistenze e illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza&Politica*, 57, 2007, 106. V. anche, attuali più che mai, le incisive riflessioni di P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina (EN), 2001.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 94ss. V. anche *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981; e poi in *La vita e le regole*, Milano, 2006.

¹⁹ Lo ricorda G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 3.

²⁰ Il paradosso dei diritti è ben scolpito da G. ZAGREBELSKY, op. cit., laddove egli afferma senza veli che «la rivendicazione di diritti, invece che promuovere diversità e diversificazione, spinge all'uniformità e all'omologazione. Sembra libertà ma è diversificazione funzionale. Ciò che è disfunzionale è messo ai lati, destinato all'oblio» (pp. IX-X); e che i diritti nascondono ahimè in se stessi «un veleno che contraddice gli intenti proclamati e giustifica chi li assume formalmente per violarli sostanzialmente. I diritti hanno un doppio lato, uno benefico e uno malefico, e il guaio è che il lato malefico sta nelle mani dei potenti, mentre il lato benefico è spesso in man agli impotenti» (7-8).





Quest'ultimo principio manifesta sempre più fortemente la propria centralità, per gli animali come per gli umani e per l'ecosistema tutto, in quanto fondamento di un'etica del rispetto e di un governo solidaristico della convivenza che ne fa criterio di giustificabilità e proporzionalità dei sacrifici imposti.

Le riflessioni più recenti e ormai consolidate sono giunte a fondare la meritevolezza di tutela degli interessi animali sulle categorie della capacità e della responsabilità piuttosto che dei diritti: gli elementi emersi dalle tesi più evolute sul benessere animale, unite al quadro teorico che scaturisce dall'etologia cognitiva, hanno consentito «di produrre un'idea forte di responsabilità» quale «nozione-guida di una riforma sistematica dei rapporti con il mondo animale»²¹.

In base a questa nuova etica della responsabilità, il dover essere degli interessi meritevoli di tutela genera un dover fare nei soggetti chiamati ad averne cura, in quanto situati in posizione di potere (e dunque di influenza) rispetto ai primi. Il concetto di responsabilità viene così declinato in una dimensione nuova, che riguarda innanzitutto «la determinazione del da farsi» in ragione di ciò che rientra nell'ambito di influenza del proprio potere, e solo successivamente «la resa dei conti *ex post facto* per quanto è stato compiuto»²²; il criterio di valutazione dell'azione diviene quello della «giustificabilità», il quale determina una sorta di inversione dell'onere della prova in ordine alla giustificazione «culturalmente sufficiente» delle sofferenze inflitte²³.

Non è difficile avvertire, in queste riflessioni, l'eco del più ampio dibattito che anima le moderne società democratiche in ordine alla riclassificazione analitica degli interessi e dei bisogni sottostanti l'agenda delle politiche pubbliche, a dimostrazione – ove ve ne fosse bisogno – della comunanza di destino che lega la specie umana e le altre specie animali. Tali impostazioni, su cui convergono aree di pensiero non solo giuridiche ma anche filosofiche ed economiche, da tempo segnalano i limiti dell'approccio e del linguaggio basati sui diritti e pongono l'accento sul concetto di capacità, quale chiave di rilettura dei principi costituzionali che concentri l'attenzione sulle effettive capacità dei singoli e sulle concrete opportunità di realizzare i propri interessi fondamentali.

L'«etica delle capacità»²⁴ si fonda sul riconoscimento del valore intrinseco di ogni essere vivente, e sulla conseguente definizione di criteri morali che devono orientare le politiche. Al centro di questi criteri è la dignità, che si sostanzia attraverso clausole di libero sviluppo delle capacità individuali, riferite tanto alle necessità fondamentali quanto alle condizioni ambientali che consentono la realizzazione delle potenzialità dell'individuo.

Ebbene, la dimensione della dignità come valore intangibile della vita di per sé considerata e come aspirazione alla piena realizzazione dell'individuo è elemento fondante del Costituzionalismo. Nell'art. 3 Cost., comma 2, essa è riferita in modo espresso alla persona umana, ma in quanto concernente beni essenziali fondamentali essa non può non predicarsi anche per gli animali, in quanto esseri sensibili dotati di soggettività naturale e portatori di interessi, abilità, emotività, potenzialità.

²¹ M.C. TALLACCHINI, *Appunti di filosofia della legislazione animale*, in A. MANNUCCI, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *op. cit.*, 36. Sulle implicazioni della nozione di soggettività sul piano etico, v. LOMBARDI VALLAURI, *Abitare pleromaticamente la Terra*, in Id. (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, LXXVII ss.

²² H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, 1993, 117-118.

²³ V. POCAR, *Gli animali non umani*, Bari, 2005.

²⁴ Su cui v., in particolare, A. SEN, *Scelta, benessere, equità*, Bologna, 2006; M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002.





La costituzionalizzazione del principio di tutela diretta degli animali ha inteso sancire definitivamente e in modo non equivoco questo assunto. Ne discende la doverosa declinazione giuridica che, come per gli esseri umani, costruisce garanzie di tutela e di realizzazione della dignità, attraverso il paradigma della responsabilità.

Ma la riflessione sul principio di responsabilità verso gli animali è debitrice anche delle complesse impalcature giuridiche che gli ordinamenti hanno costruito intorno al concetto di persona: come è noto, questo è termine che viene usato per indicare anche enti privi della fisicità e della soggettività naturale, ma dei quali pur tuttavia si riconosce la realtà fenomenologica di autonomi centri di imputazione di interessi²⁵; mentre l'incapacità di agire che affligge gli esseri umani impossibilitati a provvedere autonomamente al soddisfacimento dei propri interessi fondamentali viene superata attraverso forme speciali di rappresentanza legale, volte ad integrarne o addirittura sostituirne la volontà²⁶.

Il destinatario fondamentale della norma giuridica è il soggetto portatore dell'interesse e non il soggetto dell'azione: condizione per essere destinatari di tutela giuridica è cioè il fatto di essere portatori di interessi rispetto a beni funzionali all'esistenza (interessi di complessità variabile in relazione al livello di soggettività naturale), e non anche la capacità di agire (rilevante soltanto per la titolarità di doveri).

Vale la pena di osservare come la riflessione sul principio di responsabilità abbia scalfito l'involucro di categorie tradizionalmente antropocentriche quali quelle di persona e di capacità ben più di quanto non siano riuscite a fare le più dirompendi teorie dei diritti animali, come dimostra – ad esempio – il riconoscimento della legittimazione processuale alle associazioni di tutela degli animali; né ciò può stupire, ove si pensi a quanto già osservato più sopra sul fatto che la stessa logica del rispetto e della responsabilità è oggi invocata per integrare l'insufficiente logica dei diritti nel governo della diversità, della multiculturalità, della sostenibilità ambientale ed economica della vita sul pianeta.

4. L'inserimento della tutela degli animali tra i «Principi fondamentali» stabilizza i punti di arrivo dell'evoluzione normativo-giurisprudenziale e sposta l'asse del bilanciamento

Il riconoscimento della obbligatorietà di un sistema di tutela diretta degli animali in quanto esseri senzienti è stato inserito nella Parte I della Costituzione e, nell'ambito di questa, fra i primi articoli, cioè tra i «Principi fondamentali».

Anche di questo dato occorre esplicitare, e salvaguardare, le ricadute. E non senza ricordare, per inciso, che lo stesso approdo tra i Principi fondamentali è valso all'ambiente: inserito per la prima volta con la riforma del 2001 nel Titolo V della Parte II della Costituzione, in particolare nell'art. 117 fra le materie di competenza legislativa esclusiva statale, anch'esso viene ora riconosciuto tra i principi fondamentali,

²⁵ Per una riflessione sulla reale portata del concetto di persona e sulla sua inadeguatezza a fornire un valido criterio di differenziazione/separazione tra umani e non umani, v. ancora le suggestive pagine di M. MIDGLEY, *Cos'è una persona*, in P. SINGER (a cura di), *In difesa degli animali*, Roma, 1987, 82, la quale osserva che «Ciò che accomuna noi esseri umani a tutte le creature viventi e da loro diritto ad una considerazione basilare, non è sicuramente la capacità intellettuale ma una comunanza emotiva».

²⁶ Per la riflessione che muove dall'accostamento degli animali ai c.d. «umani marginali», v. T. REGAN, *I diritti animali*, Milano, 1990.





in una sorta di percorso a ritroso che recupera – saldandoli – i punti fermi di un tema emerso nel tempo in tutta la propria complessità e centralità.

I Principi fondamentali sono quelli che la Corte costituzionale ha precisato essere i «valori supremi dell'ordinamento», sottratti anche al potere di revisione costituzionale se non per modifiche *in melius*, volte a rafforzarne o ampliarne le garanzie ma non a ridurle²⁷.

Questo dato, che la giurisprudenza costituzionale ha ribadito nel tempo, va ora letto in tutto il suo rigore anche per ciò che ne consegue rispetto al principio della tutela diretta degli animali. Ciò significa che il rafforzamento delle garanzie introdotte nell'art. 9 non si limita al fatto in sé dell'inserimento degli animali in una Carta costituzionale che sino ad oggi non li contemplava: limitarsi a questo dato sarebbe, sì, assecondare il rischio di una riforma di facciata, dal momento che le disposizioni costituzionali non sono quasi mai autoapplicative (salvo rarissime eccezioni, come nel caso della previsione del numero dei membri di un organo).

Il portato della riforma *in melius* sta ben più in profondità, e cioè nella stabilizzazione dei punti più avanzati dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale avvenuta nell'ambito in questione.

Con riferimento all'ambiente ciò è affermato esplicitamente nelle relazioni di accompagnamento ad alcuni dei disegni di legge di revisione, poi confluiti in quello approvato, ove si afferma che obiettivo della costituzionalizzazione è assicurare una garanzia non inferiore a quanto già assicurato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Ciò perché, sebbene l'ambiente fosse già pacificamente riconosciuto quale bene giuridico che trova la propria fonte genetica direttamente nella Costituzione considerata dinamicamente come diritto vigente e vivente²⁸, ha prevalso la consapevolezza che è assai rischioso continuare ad affidare alla sola giurisprudenza (per quanto di rango costituzionale) l'evoluzione di concetti e valori fondamentali.

Lo stesso obiettivo non può non valere, evidentemente, per la tutela degli animali, rispetto ai quali si tratta di stabilizzare ed assicurare garanzie non più inferiori a quelle più alte che negli anni sono state raggiunte: in questo caso il riferimento è essenzialmente alla giurisprudenza di legittimità e di merito, oltre che alla legislazione.

Ebbene, il fatto che questa indicazione di stabilizzazione al rialzo degli assi portanti della tutela degli animali provenga ora dalla Carta costituzionale, e non sia più solo un auspicio affidato alla sensibilità del legislatore o magistrato di turno, ha ricadute pratiche precise poiché sposta l'asse del bilanciamento tra interessi umani e interessi animali.

Sta tutto qui, a ben vedere, il nocciolo della questione. La difficoltà di costruire garanzie condivise e stabili di tutela degli animali deriva dalla ineliminabile ambivalenza che li vede al contempo come soggetti e oggetti: da un lato, esseri senzienti meritevoli di vita dignitosa in commisurazione al proprio livello di sensibilità; dall'altro, oggetti di utilizzo da parte dell'essere umano per il soddisfacimento di propri interessi. Ogni forma di innalzamento della tutela degli animali è una autolimitazione che l'essere umano deve decidere di darsi rispetto ai modi e agli ambiti di utilizzo degli animali; ed è una lente di ingrandimento puntata sulla categorizzazione di quegli interessi (vitali, ludici, ecc.), che ne scandaglia e ne mette in discussione l'ordine di rilevanza e di meritevolezza rispetto alla giustificabilità dei sacrifici imposti.

²⁷ Si veda per tutte la nota sentenza n. 1148/1988.

²⁸ V. per tutte Cass. Civ., sez. III, 3 marzo 1998, n. 1087.





Ora, se è vero che la sede fisiologica e prioritaria del bilanciamento fra diritti o interessi meritevoli di tutela è quella legislativa, sempre orientata dal quadro dei principi e valori costituzionali (quando ci sono), in materia di tutela degli animali l'asse del bilanciamento è stato lasciato sino ad oggi prevalentemente al diritto giurisprudenziale. È vero che l'evoluzione legislativa degli ultimi vent'anni è stata nel complesso abbastanza significativa. Tuttavia se le innovazioni sono state più decise rispetto alle forme di maltrattamento più eclatanti perché gratuite e palesemente inutili (e rispetto alle quali un problema reale di bilanciamento di interessi in realtà non si pone), esse sono risultate invece fortemente compromissorie – quando non rinunciarie – rispetto alla più delicata questione dei limiti da porre alle attività di utilizzo degli animali: quali attività considerare lecite e quali no perché basate su interessi umani non sufficienti a giustificare il sacrificio di interessi animali vitali; quali limiti imporre ai modi di trattamento degli animali nell'ambito delle attività in sé lecite, al fine di evitare o ridurre il più possibile la sofferenza degli stessi.

Questo tipo di valutazioni, in particolare la seconda, è stata svolta principalmente dal diritto giurisprudenziale, chiamato a sciogliere di volta in volta, nei casi di specie, i conflitti fra interessi e i dubbi interpretativi lasciati aperti dalle norme: la forza impressa al principio di tutela diretta degli animali dal suo inserimento tra i principi fondamentali della Costituzione impone ora di riportare l'asse principale del bilanciamento sul piano della politica legislativa di carattere generale.

5. (segue) In particolare, la verifica di tenuta delle clausole derogatorie

Oltre alla necessità di invertire il rapporto fra politica legislativa e diritto giurisprudenziale, riportando la prima alla propria fisiologica funzione trainante, l'inserimento del principio di tutela diretta degli animali fra i Principi fondamentali ha una seconda importante ricaduta: gli interessi animali entrano nel grande quadro costituzionale degli interessi meritevoli di tutela e delle garanzie del loro bilanciamento (accanto agli interessi umani); e ciò impone al legislatore un uso più accorto e rigoroso dei criteri di proporzionalità e giustificabilità, oltre che una verifica costante della coerenza complessiva del panorama legislativo in tema di tutela degli animali nei vari ambiti in cui questa viene in gioco.

Questa esigenza appare particolarmente evidente e urgente sul fronte della legislazione penale, la quale ha scontato nel tempo ostacoli e ritardi ben maggiori rispetto ad altri settori dell'ordinamento giuridico: qui, come si è detto, la duplicità e ambivalenza del rapporto fra interessi umani e interessi animali – convergenti nei rapporti di compagnia e confliggenti nei rapporti di sfruttamento –, ha influito pesantemente sulle dinamiche del bilanciamento.

L'accoglimento per lungo tempo di una nozione soggettivistica del concetto di "crudeltà" ha fondato uno dei principali fraintendimenti su cui è stato edificato il sistema di tutela penale. In particolare, la rigida distinzione tra forme di crudeltà gratuita e forme di utilizzo legittimo degli animali ha portato a ritenere, *sic et simpliciter*, inammissibili le prime e ammissibili le seconde: il concetto di maltrattamento è stato riferito essenzialmente alle prime, equiparandolo di fatto a quello di incrudelimento; mentre per le attività che prevedono l'utilizzo degli animali, in quanto giudicate dall'ordinamento necessarie per la realizzazione di interessi umani, la liceità delle stesse è stata di fatto considerata come causa di giustificazione estensibile *ipso jure* alle modalità di trattamento dell'animale.





Queste due forme di equiparazione (fra crudelimento e maltrattamento, e fra liceità delle attività di sfruttamento e liceità delle modalità di trattamento degli animali), non sono state mai formalmente esplicitate ma sono chiaramente ravvisabili nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale; e hanno di fatto impedito, per lungo tempo, di estendere la disciplina penalistica del maltrattamento anche alle ingiustificate sofferenze procurate agli animali nell'ambito di attività di per sé lecite.

Una tale situazione non è venuta meno neanche quando le varie forme di sfruttamento degli animali hanno cominciato ad essere disciplinate dalle leggi di settore, soprattutto su impulso dell'Unione europea: sono stati introdotti vincoli, limiti e divieti in ordine alle modalità di trattamento degli animali, finalmente sganciando e restringendo la liceità di queste rispetto alla liceità delle relative attività; ma alle violazioni di quelle prescrizioni è stato collegato un giudizio di disvalore assai più blando rispetto a quello sottostante i reati di crudelimento, come dimostra il frequente ricorso alla sanzione amministrativa. Se poi tutto ciò viene messo in relazione alla perdurante mancanza di un formale collegamento fra la legislazione speciale di disciplina delle attività di sfruttamento degli animali e le norme del codice penale in tema di maltrattamento – sanata infine, ma solo in parte, con la legge n. 189/2004 –, appare evidente lo strabismo di un legislatore che tende a procedere su binari paralleli, incapace di una visione di insieme.

Di questo insieme di paradossi e ambiguità è espressione emblematica la vicenda normativa delle fattispecie di maltrattamento, che sembrano non riuscire a liberarsi dalle ambiguità di fondo che le permeano, le quali mutano nel tempo ma mai si dissolvono integralmente: dapprima mera contravvenzione volta a tutelare il "comune sentimento di pietà verso gli animali", il maltrattamento è stato in seguito elevato a delitto e articolato in una pluralità di fattispecie nell'ambito del nuovo Titolo IX-*bis* del Libro II del codice penale (artt. 544-*bis*/art. 544-*sexies*). Ma a dispetto dei numerosi elementi positivi, permangono ambiguità, lacune e incongruenze che rischiano di minare pesantemente l'effettività concreta del sistema di tutela penale.

La presenza, oggi, di un principio di portata costituzionale impone di tornare a riflettere sulla coerenza complessiva di quel sistema, alzando il livello della ragionevolezza necessaria non solo e non tanto rispetto alle forme di crudeltà gratuita quanto soprattutto sul piano dei limiti alle attività umane di utilizzo degli animali. È questo il punto di ricaduta nevralgico della riforma, e sarà questa la cartina di tornasole della sua attuazione effettiva.

In particolare, la stabilizzazione dei punti più alti dell'evoluzione giurisprudenziale impone di tenere fermo, da un lato, l'articolato concetto di maltrattamento elaborato a partire dalla citata sentenza della Cassazione n. 6122/1990²⁹; dall'altro, il raccordo fra questo concetto di maltrattamento e le

²⁹ In tale sentenza, pur relativa alla fattispecie di maltrattamento nella sua precedente formulazione, la Cassazione ebbe ad affermare che «In via di principio il reato di cui all'art. 727 del codice penale... tutela gli animali in quanto autonomi esseri viventi, dotati di sensibilità psico-fisica e capaci di reagire agli stimoli del dolore, ove essi superino una soglia di normale tollerabilità». Secondo questa prospettiva, la tutela penale apprestata dal codice doveva d'ora in poi intendersi come «rivolta agli animali in considerazione della loro natura»; mentre il sentimento umano di pietà perdeva il carattere di oggetto primario della tutela, collocandosi accanto al nuovo oggetto giuridico in posizione secondaria. L'asse del bilanciamento fra interessi umani e interessi animali si spostava, così, in modo significativo: non solo si giungeva a ritenere punibili ex art. 727 c.p. anche le sofferenze cagionate da condizioni oggettive di abbandono o incuria, pur in assenza di volontà di infierire sugli animali; ma si precisava, ora espressamente, che anche «le utilità morali e materiali che gli animali procurano all'uomo devono essere assicurate nel rispetto delle leggi naturali e biologiche, fisiche e psichiche, di cui ogni animale, nella sua specificità,





modalità di trattamento degli animali nelle attività umane che ne prevedono l'utilizzo, sia nell'interpretazione e applicazione delle norme ai casi concreti che nella loro modifica laddove necessaria.

L'attenzione va soprattutto alle norme di tutela che prevedono l'uso di c.d. concetti valvola e a quelle che prevedono clausole di carattere derogatorio, rispetto alle quali il nuovo rango costituzionale del principio di tutela diretta impone una verifica rigorosa di tenuta.

Quanto alle prime, si pensi ad esempio ai reati di uccisione e maltrattamento di animali (artt. 544bis e 544ter c.p.): in entrambi i casi i comportamenti sono puniti se tenuti «per crudeltà o senza necessità». Si tratta di due condizioni che molta ambiguità hanno determinato e consentito nell'applicazione delle relative fattispecie di reato. È vero, come ribadito dalla Corte costituzionale, che anche il legislatore penale ben può ricorrere a «concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività»³⁰, senza che possa per ciò ritenersi violato il principio di tassatività e determinatezza delle fattispecie; e che la giurisprudenza di legittimità ha fatto proprio questo orientamento anche nell'ambito dei reati contro gli animali, rigettando i dubbi di indeterminatezza poiché si tratterebbe di nozioni «di percezione comune» facenti «parte della sensibilità della comunità»³¹. Ma è anche vero che una tale tecnica legislativa appare assai più discutibile quando si tratta di materie che maggiormente faticano ad imporsi all'attenzione collettiva proprio per la delicatezza e lo sbilanciamento degli interessi confliggenti.

Qui la forza costituzionale impressa al principio di tutela degli animali impone ora di superare le oscillazioni interpretative ancora esistenti e di consolidare definitivamente una lettura che sganci la condizione della crudeltà da parametri di natura emozionale e di intenzionalità, non solo difficilmente dimostrabili ma anche progressivamente superati (l'evoluzione dei costumi ha modificato e in certo senso "raffinato" le forme di maltrattamento degli animali); e che non riduca l'accertamento della condizione della necessità alla mera presa d'atto di usi o pratiche generalmente accettati. La crudeltà deve piuttosto emergere oggettivamente dalla gravità e sproporzione del danno provocato in quanto gratuito, anche se procurato per mera indifferenza o incuria; ed anzi, in questa prospettiva, dal momento che la violenza dell'incrudelire – in quanto gratuita – non può mai essere necessaria, sarebbe opportuno modificare queste norme ed eliminare il riferimento alla crudeltà, rimanendo essa assorbita nel più generale e oggettivo accertamento della assenza di necessità.

Analogamente, la forza costituzionale del principio di tutela degli animali consolida lo spostamento della condizione della necessità dal piano della mera riconducibilità del comportamento ad usi e pratiche generalmente accettati ad un piano valutativo assai più rigoroso, centrato su un paradigma di vera e propria cogenza: carattere vitale o comunque fondamentale degli interessi umani in gioco,

è portatore». Sul piano applicativo, la conseguenza più significativa della nuova interpretazione è stata quella di sganciare la valutazione della sussistenza dell'illecito da complessi accertamenti circa l'idoneità a produrre turbamento nell'animo umano o effettiva sofferenza nell'animale, riconducendo la valutazione stessa a parametri di carattere oggettivo: «superata la soglia della reattività al dolore, e violate cioè le leggi biologiche naturali mediante maltrattamento-dolore, il reato di cui all'art. 727 c.p. può dirsi integrato». Per una disamina più approfondita del concetto di "maltrattamento-dolore", quale "violazione delle leggi naturali o biologiche, fisiche e psichiche" che può tradursi in maltrattamento fisico, genetico o meccanico, ambientale, v. M. SANTOLOCI (estensore della citata sent. Pret. Amelia, 7 ottobre 1987), *In nome del popolo maltrattato*, Torino, 1990.

³⁰ Così, fra le altre, Corte cost. n. 453/1988.

³¹ Cfr. Cass. pen., sez. III, n. 175/2008.





inesistenza di altro modo per soddisfarli, effettiva utilità dell'utilizzo degli animali coinvolti, adozione di ogni misura atta a ridurre la sofferenza.

Ma si pensi anche ai concetti di «strazio e sevizie», ai quali è legata la punibilità dell'utilizzo di animali in spettacoli e manifestazioni (art. 544-quater c.p.): in presenza di tradizioni culturali locali fortemente radicate, la portata di questi concetti rischia di essere grandemente attenuata da livelli di tolleranza particolarmente alti nell'ambito delle comunità umane interessate.

Quanto alle clausole di carattere derogatorio, due tra le più importanti sono certamente quelle previste dall'art. 19ter disp. trans. c.p. Qui si afferma che tutte le fattispecie di maltrattamento previste dal codice penale non si applicano: a) ai «casi previsti dalle leggi speciali», con particolare riferimento a quelle in tema di caccia, pesca, allevamento, trasporto, macellazione, sperimentazione, attività circense e giardini zoologici; b) «alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente».

La prima deroga tocca la delicatissima questione del coordinamento fra la disciplina del codice penale e quella contenuta nella legislazione speciale. La formulazione di questa disposizione è assai infelice perché può essere letta, e in più casi è stata letta, nel senso della totale inapplicabilità delle fattispecie codicistiche di maltrattamento per tutti i comportamenti tenuti nell'ambito delle attività indicate, nel presupposto che queste ultime vedano esaurita la propria disciplina nella legislazione speciale. Una simile interpretazione è in palese contrasto con la *ratio* dell'intero sistema codicistico perché creerebbe di fatto ampie zone di impunità. Adesso il contrasto è reso ancor più certo dal modificato art. 9 Cost. e dal rango costituzionale del principio di tutela diretta dell'animale.

L'ammissibilità di forme di sfruttamento degli animali non può escludere *ipso jure* il generale dovere di rispetto del benessere degli stessi, il quale può essere violato in modi e circostanze ulteriori e diversi rispetto a quelli contemplati dalle leggi speciali. La disposizione di cui all'art. 19ter deve pertanto intendersi nel senso che, in caso di violazione delle modalità di trattamento degli animali prescritte dalle leggi speciali che ne disciplinano l'utilizzo, si applicano le sanzioni ivi previste; mentre in caso di comportamenti non espressamente previsti dalle leggi speciali e idonei a provocare sofferenze inutili, tornano applicabili le fattispecie previste dal codice penale.

Anche in questo caso occorre stabilizzare le interpretazioni giurisprudenziali più attente, che hanno inteso la clausola di esclusione nel senso appena detto: ad esempio, in materia di caccia, la Corte di Cassazione ha precisato che la legittimità delle pratiche venatorie consentite dalla legge n. 157/1992 deve essere verificata anche alla luce delle norme del codice penale³². Un'affermazione importante, perché espressiva di un principio suscettibile di essere esteso a tutti i settori, come dimostrano altre pronunce dei giudici di merito³³ nonché alcune leggi speciali più recenti (ad es. quella sulla

³² Cass. pen., sez. III, 21.12.2005, n. 46784. Nello stesso senso v. già Cass. pen., sez. III, n. 8890/1999, n. 5868/1998 e 4703/1997.

³³ V. ad esempio Trib. Pen. Pontassieve n. 1043/2009, che ha rigettato la tesi difensiva dell'inapplicabilità dei reati di uccisione e maltrattamento alle attività venatorie quale conseguenza della prevalenza della legge speciale (nel caso di specie si trattava di cattura e uccisione di animali selvatici e domestici mediante trappole e insidie idonee a provocare sofferenze atroci e inutili); Trib. Pen. Torino, sez. V, 25.10.2006, che ha ravvisato ipotesi di maltrattamento nelle inutili sofferenze inflitte ad animali d'allevamento, non considerando attenuante né tantomeno scriminante la circostanza che alcuni degli animali fossero destinati alla macellazione. Per un'analisi





sperimentazione animale)³⁴. In questo senso, sebbene soltanto la tutela dell'ambiente sia stata prevista espressamente anche come limite alla libertà di impresa economica, nella modifica che la stessa l. cost. n. 1/2022 ha apportato all'art. 41 Cost., pare evidente che una tale rilevanza non possa non riconoscersi – di fatto – anche alla tutela degli animali³⁵.

La seconda clausola derogatoria prevista dall'art. 19ter disp. trans. c.p. si riferisce alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente. Anche in questo caso appare evidente l'infelice formulazione della disposizione, dal momento che l'autorizzazione della singola manifestazione non può scriminare eventuali forme di crudeltà nei confronti degli animali, o modalità di utilizzo tali da cagionare sofferenze inutili: il bilanciamento degli interessi sottostante il giudizio di liceità o meno delle condotte dovrà anzi essere qui ancor più rigoroso, dal momento che si tratta di attività destinate a soddisfare interessi umani di carattere ludico.

Del resto, quello dell'utilizzo di animali nel corso di gare e manifestazioni popolari è questione annosa e spinosa che fatica a trovare approdi soddisfacenti: non v'è dubbio che le "tradizioni culturali" siano un bene prezioso di cui occorre riconoscere e salvaguardare la fisiologica varietà in correlazione alle specificità delle identità locali; e tuttavia la stessa espressione "tradizioni culturali" appare troppo generica e scivolosa se utilizzata di per sé, senza ulteriori specificazioni, come clausola derogatoria rispetto all'ambito di applicazione delle norme a tutela degli animali.

Né è d'aiuto, in questo senso, il molto citato art. 13 del Trattato di Lisbona, che pur avendo lodevolmente riconosciuto il principio del «benessere degli animali in quanto esseri senzienti», subito si affrettava ad affermare che occorre rispettare «nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale»: un'apertura in bianco così ampia pare francamente non essere un'operazione di bilanciamento ma piuttosto un compromesso al ribasso, ed anzi un'occasione persa per offrire indicazioni utili a rendere il bilanciamento effettivamente coerente con il riconoscimento della soggettività e sensibilità animale.

La deroga riguardante l'uso di animali in manifestazioni tocca peraltro un'altra questione più generale, quella del riparto di competenze fra Stato e Regioni, sul quale la riforma dell'art. 9 Cost. è destinata ad influire.

6. La competenza della «legge dello Stato» e il rapporto con la legislazione regionale

Oltre ad affermare il principio di tutela diretta degli animali, la riforma in esame si è spinta a dare un'indicazione netta e significativa circa la competenza legislativa, affermando che «i modi e le forme di tutela degli animali» sono affidati alla «legge dello Stato»: una formulazione che rappresenta un importante e coerente elemento di chiusura poiché consente di chiarire ulteriormente alcuni aspetti.

approfondita degli orientamenti giurisprudenziali e delle vicende ad essi connesse, v. M. SANTOLOCI, C. CAMPANARO (a cura di), *Tutela giuridica degli animali. Aspetti sostanziali e procedurali*, Roma, 2010, 94ss.

³⁴ Nell'ambito del d. lgs. n. 26/2014, recante norme "sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici", tutte le fattispecie punitive contenute nell'art. 40 ("Disciplina sanzionatoria") esordiscono con la locuzione "Salvo che il fatto costituisca reato", riferendosi in particolare al reato di maltrattamento di cui all'art. 544ter c.p.

³⁵ In questo senso v. ad esempio Corte cost. n. 166/2004 sul rilievo del benessere degli animali da sperimentazione nell'ambito della materia "ricerca scientifica".



Da questo specifico angolo visuale, quello della competenza, tre sono i dati che emergono dal tenore lessicale della nuova disposizione costituzionale: a) l'espressione «legge dello Stato» era sino ad oggi del tutto assente non soltanto nelle disposizioni concernenti i Principi fondamentali ma anche in tutta la Parte I e nei Titoli I, II, III, IV e VI della Parte II della Costituzione, ricorrendo soltanto nel Titolo V relativo ai rapporti fra lo Stato e gli enti territoriali; b) la competenza deve ritenersi esclusiva statale anche in assenza di una contestuale modifica dell'art. 117 Cost.; c) il riferimento ai modi e alle forme induce a ritenere che si tratti di riserva assoluta.

Durante i lavori parlamentari di questa riforma si era discusso circa l'opportunità o meno di prevedere anche una modifica dell'art. 117, per inserire la tutela degli animali fra le competenze esclusive dello Stato. Il timore prevalente di chi aveva sollevato dubbi in proposito era quello di comprimere eccessivamente le competenze delle Regioni, dal momento che la disciplina dell'utilizzo degli animali tocca molte materie di competenza legislativa regionale (agricoltura, sanità, governo del territorio, ecc.). Ebbene, il testo del nuovo art. 9 Cost. ci dice che il ragionamento deve essere rovesciato. Il principio fondamentale di tutela diretta chiarisce definitivamente che la "tutela degli animali" è materia a sé stante, che si connota – da un lato – per una fisiologica esclusività statale e – dall'altro – per una naturale trasversalità: la competenza statale esclusiva è fisiologica perché il nucleo duro della tutela diretta degli animali è affidata alle fattispecie che ne puniscono le forme di maltrattamento, e il diritto penale è competenza esclusiva dello Stato; la competenza statale è trasversale perché destinata a intersecare le materie di competenza regionale che disciplinano i vari ambiti di utilizzo degli animali, laddove i modi dell'utilizzo si risolvano in forme di maltrattamento.

Se per l'ambiente, all'indomani della riforma costituzionale del 2001 che ne ha inserito la tutela fra le materie di competenza esclusiva statale, la Corte costituzionale ha subito parlato di un valore trasversale che non comprime le competenze regionali ma ne giustifica dei «ritagli»³⁶, ciò vale a maggior ragione per la materia «tutela degli animali», dal momento che il nucleo di tale tutela è affidato al diritto penale.

Si potrebbe dire che in questa materia le disposizioni penalistiche sulle forme di maltrattamento svolgono di fatto il ruolo che la previsione dei "livelli essenziali" svolge rispetto alla tutela dei diritti civili e sociali: materia, anche questa, fisiologicamente trasversale che l'art. 117 Cost. affida alla competenza esclusiva dello Stato.

In questo senso appaiono calzanti ed estensibili alla tutela degli animali le considerazioni che la Corte costituzionale ha svolto circa il modo in cui la tutela dell'ambiente si atteggia nel rapporto fra competenze statali e regionali. Ragionando per analogia sulla base del medesimo rango costituzionale oggi riconosciuto ad ambiente e animali nel nuovo art. 9, si deve ritenere che anche rispetto ai secondi la normativa regionale deve garantire il rispetto dei livelli minimi uniformi posti dal legislatore nazionale in materia di maltrattamento e condizioni di utilizzo degli animali. Dunque, così come affermato dalla Corte per l'ambiente³⁷, l'esercizio della competenza legislativa regionale deve trovare un limite anche nella disciplina statale della tutela degli animali, salva la facoltà delle regioni di prescrivere livelli di protezione (extrapenale) più elevati di quelli previsti dallo Stato: ciò

³⁶ Anche se è noto che la stessa Corte ha nel tempo sempre più valorizzato e ampliato la competenza statale.

³⁷ Cfr. in particolare sent. n. 63/2020.



«non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l'autonomia delle regioni, poiché il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche all'ambito delle competenze regionali, mantiene salva la facoltà delle regioni di adottare, nell'esercizio delle loro competenze legislative, norme di tutela più elevate»³⁸.

Tutto questo dovrà avere ricadute anche sulla clausola di salvaguardia prevista dall'art. 3 della l. cost. n. 1/2022 in favore delle competenze legislative delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano: la *ratio* del nuovo principio fondamentale di tutela degli animali e della riserva allo Stato delle sue garanzie essenziali contrasta l'idea di una tutela a «geometria variabile», come pure è stato paventato³⁹, e spinge piuttosto verso una armonizzazione al rialzo dei panorami normativi territoriali e una valorizzazione degli strumenti di leale collaborazione⁴⁰.

7. Conclusioni

Ancora nel 2001, appena una ventina di anni fa, una delle più importanti voci della dottrina penalistica affermava che «Il tema della tutela penale degli animali non rientra tra le questioni penalistiche fondamentali» e tuttavia, a «dispetto della sua importanza pratica tradizionalmente modestissima se non del tutto trascurabile, ha suscitato un certo interesse teorico»⁴¹. Tale affermazione aveva il pregio di fotografare con impietosa nitidezza uno dei nodi di questa tematica, da sempre sospesa fra un atteggiamento di sottovalutazione e il rilievo (teorico ma non solo) delle problematiche sottese.

Né ciò deve stupire più di tanto. Se può in certa misura comprendersi l'onda lunga dell'inclinazione antropocentrica del diritto penale, in quanto sistema di regole punitive nato per garantire le condizioni essenziali della convivenza umana, il tema della tutela degli animali ha scontato a lungo gli effetti distorcenti del convincimento che le offese arrecate ad altri esseri viventi – per quanto riprovevoli – non siano tali da minare le basi di quella convivenza, e dunque da giustificare l'intervento della sanzione penale⁴².

In questi venti anni le cose sono cambiate non poco. Non soltanto si è assistito ad una evoluzione significativa della normativa ordinaria (nell'ambito della legislazione speciale, nei nuovi statuti regionali approvati dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, nelle nuove fattispecie di maltrattamento previste dal codice penale come novellato nel 2004), ma la riflessione sulla tutela degli animali ha infine conquistato anche le vette della Carta fondamentale: con la presentazione delle prime proposte di

³⁸ Così Corte cost. n. 88/2020 in riferimento alla competenza esclusiva statale in materia di «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema».

³⁹ G. SANTINI, *op. cit.*, 469.

⁴⁰ Come i vari già in atto: v. ad esempio l'Accordo raggiunto in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato (nel caso di specie, il Ministro per la salute), le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano del 6 febbraio 2003, recepito con D.P.C.M. 28 febbraio 2003, in materia di benessere degli animali da compagnia e pet-therapy.

⁴¹ G. FIANDACA, *Prospettive possibili di maggiore tutela penale degli animali*, in A. MANNUCCI, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *op. cit.*, 79ss.

⁴² Così ancora G. FIANDACA, *op. cit.*, 79-80. Non è un caso che le prime norme penali in tema di maltrattamento fossero volte a tutelare beni umani, come la pubblica decenza e il sentimento di pietà verso gli animali (e comunque nella forma lieve della contravvenzione); e che le prime forme di tutela aventi invece ad oggetto gli animali come esseri senzienti siano state affidate all'ancor più lieve sanzione amministrativa.



revisione dell'art. 9 Cost. nei primi anni 2000 e l'approvazione di un primo testo unificato da parte della Camera nel 2004, ma poi decaduto⁴³; con le proposte nuovamente presentate in questi anni e la revisione infine approvata con la l. cost. n. 1/2022.

A vent'anni di distanza, questa vicenda può considerarsi la risposta più esplicita all'osservazione che poc'anzi ricordavo circa «l'importanza pratica tradizionalmente modesta» del tema della tutela degli animali, nel senso che la salvaguardia degli interessi e del benessere degli animali è riconosciuta come componente essenziale e imprescindibile non soltanto dell'equilibrio eco-biologico bensì anche della convivenza: la Carta costituzionale, in quanto progetto di sviluppo della società umana, non può non presupporre la corretta convivenza della specie umana con le altre specie, pur nel quadro dei fisiologici bilanciamenti a cui l'attuazione concreta dei principi costituzionali è già ben avvezza.

A venire in gioco, in una riflessione rinnovata e più matura circa i risvolti concreti del vivere democratico, è la stessa evoluzione dei fondamenti del costituzionalismo: come è stato ben osservato, «la tutela dell'animale come valore in se stesso (...) rientra nel più ampio contesto delle rappresentazioni assiologiche che fa oggi da sfondo allo stesso ordinamento costituzionale»⁴⁴; ed anzi dovrebbe leggersi come vero e proprio «corollario» della «filosofia costituzionalistica che sta alla base della prefigurazione dei diritti umani»⁴⁵.

Le riflessioni teoriche e gli interventi di politica legislativa che sino ad oggi hanno dovuto trovare conforto nella mera non incompatibilità del bene giuridico "animali" con la Costituzione oggi possono finalmente attingere a letture che valorizzano in positivo i principi di questa, rintracciandovi non solo il fondamento di un principio di tutela degli animali bensì anche la portata normativa del principio stesso: superato definitivamente il problema *ex ante* della compatibilità con la Costituzione, oggi è tempo di esplorare *ex post* l'argomento costituzionale in termini di incidenza sulle scelte di politica legislativa concernenti il mondo animale, al fine di verificarne limiti, lacune, potenzialità inesprese.

Se è vero che «ogni norma presuppone una scelta di valori da parte del legislatore»⁴⁶, la nuova norma costituzionale – sia in sé considerata che in lettura sistematica con le altre disposizioni dell'art. 9 e gli altri principi fondamentali della Parte I della Costituzione – offre un quadro valoriale nitido e non più equivocabile: gli animali condividono con gli esseri umani lo stesso fondamentale interesse a vivere nel rispetto delle proprie leggi naturali e in proporzionata commisurazione al proprio livello di complessità psico-fisica; ciò impone di costruire coerenti e conseguenti strumenti di tutela, improntati a quell'etica della responsabilità che richiama a sua volta (e non soltanto per gli animali) categorie costituzionali esigenti come quelle del personalismo pluralista e solidale e della sostenibilità della convivenza.

La forza di questi presupposti è tale da spostarne la rilevanza dal piano dei meri elementi giustificativi di scelte di politica legislativa rientranti nella totale discrezionalità legislativa (secondo la logica dei beni non incompatibili con la Costituzione, che di fatto lasciava al legislatore la scelta del *se* e del *quantum* tutelare), a quello dei principi teleologicamente orientati che il legislatore deve attuare, pur

⁴³ Per alcuni riferimenti al dibattito di quegli anni, v. fra gli altri: G. GEMMA, *Costituzione e tutela degli animali*, in www.forumcostituzionale.it, 2004; A. VALASTRO, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, cit.

⁴⁴ G. FIANDACA, *op. cit.*, 87.

⁴⁵ G. GEMMA, *op. cit.*

⁴⁶ A. PACE, *Diritti fondamentali al di là della Costituzione?*, in *Politica del diritto*, 1, 1993, 6.



sempre con discrezionalità ma alla luce di parametri rigorosi di ragionevolezza e coerenza complessiva rispetto ai valori di riferimento.

E se con riferimento alla tutela giuridica in generale il criterio-guida dev'essere quello di una valutazione critica e dinamica delle forme di sfruttamento giustificabili, attraverso il confronto e la gerarchizzazione degli interessi umani e degli interessi animali⁴⁷, al diritto penale spetta il compito di porre divieti e sanzioni per consentire – appunto – quella resa dei conti *ex post facto* cui si è accennato poc'anzi, attraverso la punizione delle modalità di trattamento insostenibili, quand'anche realizzate nell'ambito di attività in sé lecite.

Da quanto detto sembra allora di potersi concludere, e così rispondere alla domanda iniziale, nel senso che gli elementi di una vera riforma di programma ci sono eccome: una riforma che, oltre a rispecchiare e consolidare i punti di arrivo di una evoluzione faticosa ma progressiva nel tempo, ambisce ad orientarne in modo più esigente la prosecuzione nel segno di una vera «attuazione costituzionale»⁴⁸.

I percorsi di questa attuazione appaiono ben tracciati e possono così riassumersi:

a) Il fatto di non aver lasciato solo il principio di tutela degli animali ma di avere affiancato ad esso la previsione espressa della riserva di legge statale costituisce la conferma più decisa e univoca del fatto che gli animali sono stati assunti ad oggetto di tutela in virtù della loro qualità di esseri senzienti. Ciò deve spazzare via il timore che la riforma abbia attuato un compromesso al ribasso, poiché questo tipo di timore può avallare purtroppo – anche quando animato dalle migliori intenzioni – le interpretazioni riduttive o rinunciarie di chi continua ad avere interesse a difendere lo *status quo* (e si tratta di interessi, come noto, tutt'altro che marginali).

b) La riserva di legge statale, già esistente nei fatti perché attratta dalla competenza in materia penale, non comporta alcuna nuova compressione delle competenze regionali ma semmai spinge ora più decisamente – in quanto sorretta dal nuovo principio fondamentale di tutela degli animali – verso la armonizzazione delle discipline regionali e di settore, e verso la valorizzazione degli strumenti di collaborazione istituzionale.

c) In senso più ampio, l'indicazione della necessità di coordinamento e armonizzazione coinvolge sia il piano normativo (normativa europea, statale, regionale, locale) sia quello valoriale rispetto alle fattispecie sanzionatorie contenute nei vari ambiti settoriali (codice civile, codice penale, leggi speciali).

d) Il nuovo art. 9 contiene una indicazione ermeneutica e valoriale sia per i legislatori (statale e regionali) che per la magistratura, nel senso della necessità di stabilizzare verso l'alto i punti di arrivo della materia e di rimuovere o correggere le distonie ancora esistenti a livello normativo e interpretativo (soprattutto rispetto a clausole derogatorie ancora figlie di ambiguità irrisolte).

La tempestiva presentazione di proposte di legge aventi ad oggetto vari tipi di intervento fra cui modifiche al codice penale, all'indomani della riforma costituzionale, dimostra che la portata innovativa e propulsiva del nuovo art. 9 è stata ben colta. Anzi, queste proposte testimoniano già nei fatti come la riforma costituzionale in esame abbia in sé tutte le carte per non esaurirsi in mero punto di arrivo bensì per porsi come tappa decisiva di un percorso che deve proseguire.

E sarà proprio qui, nel percorso che segnerà la strada di queste nuove iniziative legislative, che si giocherà la garanzia di una riforma costituzionale davvero di programma e non di facciata: una riforma

⁴⁷ M.C. TALLACCHINI, *Appunti di filosofia della legislazione animale*, cit., 43.

⁴⁸ G. AZZARITI, *audizione*, cit.



che possa «operare nel segno della Costituzione vigente» per adeguarne le vicende attuative «alle trasformazioni sociali, economiche e culturali intervenute e per garantire un'estensione dei principi impliciti al sistema»⁴⁹.

Se ciò avverrà, oltre alla causa culturale e giuridica della tutela degli animali quali membri di diritto della convivenza interspecifica, di un'attuazione matura avrà beneficiato anche la «causa politica» della riforma, come riabilitazione del ruolo della Costituzione quale programma di azione per i pubblici poteri⁵⁰: una funzione così tanto svilita dal riformismo litigioso e schizofrenico degli ultimi decenni, che ben poco ha a che vedere con il pluralismo emancipante e solidaristico del costituzionalismo più maturo.

⁴⁹ G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione*, cit.

⁵⁰ G. SANTINI, *op. cit.*, 478.

From the UK Abortion Act 1967 to the present: the woman's decision-making journey

Ilaria Bertini*

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse the relationship between women's empowerment on the issue of abortion and their need for a supportive and informed deliberative process in the UK scenario. The UK Abortion Act 1967 and current proposals to change the law on abortion, though starting from different places, seem not to properly tackle the complexity behind the woman's decision-making process. The paper focuses on the two most relevant factors, timing and reasons, involved in the woman's deliberative process concerning termination of pregnancy, pointing out the strengths and weaknesses in the law and medical guidelines when it comes to safeguarding this process. From the 1960s to the present the British Medical Association (BMA) and the Royal College of Obstetricians and Gynaecologists (RCOG) – two of the main stakeholders – have shown a clear shift in their approach to the law on abortion and related policies from a more medical approach to a wider focus on women's personal choice. Nonetheless this shift – which has been reflected in new legislative proposals to amend the Abortion Act 1967 – should not compromise recognition of women's need to receive the social and medical support they deserve during a challenging and possibly life changing process.

KEYWORDS: Abortion; clinical guidelines; decriminalization; deliberative process; woman's autonomy

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Gestational limit – 3. The requirement for two doctors' signature – 4. Home abortions and telemedicine – 5. Social factors and fetal anomalies – 6. Women's autonomy or women in vacuum? – 7. Conclusion.

1. Introduction

With the abortion debate taking centre stage again in the international media, this paper seeks to analyse whether the UK Abortion Act 1967 and proposals to amend it address women's need for empowerment in the reproductive decision-making process.

The first two sections tackle the main criteria when it comes to termination of pregnancy: stage of gestation and compliance with the reasons enshrined in the 1967 Act. Within the decision-making process, both factors might be seen either as burdensome constraints or as a way (sometimes limited) of ensuring that the woman takes her best possible decision in accordance with her personal

* Research Fellow; Bios Centre; London; United Kingdom. Mail: ibertini@bioscentre.org. The article was subject to a double-blind peer review process.

circumstances. The third section will focus in particular on the advent of telemedicine and its recent implementation in the policy of home abortion, drawing attention to the (overlooked) risks involved in making the process to obtain an abortion smoother and swifter. The last two sections, then, engage with the reasons behind the decision to terminate a pregnancy highlighting the wide spectrum they encompass, from personal issues to serious fetal anomalies, and the need to consider the woman as a part of a large *team* pre, during and post her deliberative process. The vagueness of the law in this respect makes it, on the one hand, easier to match the reasons put forward for seeking an abortion with one of the criteria listed in the 1967 Act; but, on the other hand, it can allow important factors such as concerns, fears and doubts to be swept under the carpet.

The procedure for obtaining an abortion in England, Wales and Scotland¹ is currently regulated by the Abortion Act 1967 further amended by the Human Fertilisation and Embryology Act 1990. Under the Abortion Act a termination of pregnancy can be lawfully performed if two registered medical practitioners agree in good faith that one of the following criteria is met:²

- (a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-four week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or
- (b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or
- (c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or
- (d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.³

Since 1999 the UK's new devolved system has certainly impacted on abortion policies because abortion has been regarded as a devolved matter in England, Scotland⁴ and Northern Ireland, though not in Wales.

When it comes to terminating a pregnancy, two factors are most relevant in the decision-making process protecting both the woman's health and prenatal life: gestational age at the time of the abortion and the motivation for the abortion. The woman, who can be considered the centre of this process, is supposed to be supported throughout this journey by what the BMA calls a 'team'.

"In fact the BMA, in one of its latest reports on the Abortion Act 1967, stated that in 1981 the courts confirmed that abortion was a procedure carried out by a multi-disciplinary team, and that whilst the doctor should accept overall responsibility for all treatment with regard to a termination of pregnancy,

¹ For the purposes of this paper the author will not mention how abortions are currently regulated in Northern Ireland, Jersey, Guernsey and the Isle of Man.

² Procuring and performing an abortion illegally is considered a statutory crime in England and Wales under the Offences Against the Person Act 1861 and the Infant Life Preservation Act 1929, and a common law crime in Scotland.

³ The Abortion Act 1967, including all amendments known to be in force at the time of writing. The entire text of the Act 1967 is available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents> [accessed 28 June 2022].

⁴ The Scotland Act 1998 established the Scottish Parliament, but abortion became a devolved matter thanks to the Scotland Act 2016.

they do not need to personally conduct every stage of the procedure, and can rely on information gathered by other members of their team in forming their opinion".⁵

A question arises: who are the team members?

The immediate answer might be the 'medical team' composed of doctors, midwives, and nurses. However, before the procedure takes place there is a decision-making process in which a wider group is expected to play a relevant role.

The 'team' might be seen as including, at least, the pregnant woman and anyone with input to her decision (such as her partner,⁶ friends, family), though it is possible that she took the decision alone. In this case, the medical team should be aware that the woman may need to discuss the reasons that brought her to take the decision in a wider medical setting (perhaps including a counsellor) to assess if she is genuinely persuaded that this is the best choice for her.

There are many different reasons why a pregnant woman may decide to terminate her pregnancy, e.g., financial constraints, lack of employment, her partner's opposition to continuing the pregnancy, the sex of the fetus,⁷ fetal anomaly, the fact that the woman feels that her family is complete as it is.⁸ Let us now analyse in turn the most relevant factors involved in obtaining a lawful termination of pregnancy.

2. Gestational limit

Medically speaking, the development of pregnancy is counted from the first day of the woman's last menstrual period (LMP) to the following 40 weeks. The first trimester (5 to 12 weeks' gestation) is considered the earliest phase of pregnancy and, from a medical perspective, the safest time to carry out an abortion. At this stage abortion can be performed both by a medical and by a surgical procedure. In general, beyond 20 weeks or after the fetus is viable the procedure for terminating a pregnancy is called a later abortion. During the second trimester the abortion is usually done surgically while in the third trimester abortions involve inducing labour.

In the two decades following the Abortion Act 1967, medical progress clearly challenged the wording of the Act itself. In particular, the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 brought amendments

⁵ The Law and Ethics of Abortion. BMA views (November 2014, updated October 2018), 7. Available at <https://www.bma.org.uk/-/media/files/pdfs/employment%20advice/ethics/the-law-and-ethics-of-abortion-2018.pdf?la=en> [accessed 08/07/2021]. See also UK: Royal College of Nursing of the United Kingdom v Department of Health and Social Security [1981] 2 WLR 279.

⁶ See DJ. COSTESCU, JA. LAMONT, *Understanding the Pregnancy Decision-Making Process Among Couples Seeking Induced Abortion* in *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, 35, 10, 2013, 899-904.

⁷ The BMA believes that is normally unethical to terminate a pregnancy on the basis of fetal sex alone, except in the case of severe sex-linked disorders. [...] Doctors may come to the conclusion, in a particular case, that the effects on the physical or mental health of the pregnant woman of having a child of a particular gender would be so severe as to provide legal and ethical justification for a termination. (See *The Law and Ethics of Abortion. BMA views*, November 2014, updated October 2018, 8). See also E. LEE, *Construction abortion as a social problem: "Sex selection" and the British abortion debate*, in *Feminism & Psychology*, 27, 1, 2017, 15-33.

⁸ For a more comprehensive view of the reasons why a woman could seek an abortion see L. HOGGART, *Moral dilemmas and abortion decision-making: Lessons learnt from abortion research in England and Wales*, in *Global Public Health*, 14, 1, 2019, 1-8.

to the abortion law. The most relevant change was the reduction of the upper time limit for obtaining an abortion (on ground (a)) from 28 weeks' gestation to 24 weeks. The reason for this change was improved survival rates for new-born babies at 24 weeks.

Thirty years later the survival rate for 24-week-old infants had risen to 60% while 22-week-old babies now have a 10% chance of survival. This fact has been flagged many times to Parliament with the aim of reducing the current time limit for abortion. In the meantime, the RCOG has updated its guidelines. In fact, it recommends feticide, a procedure to stop the fetal heart, before carrying out an abortion at more than 22 weeks' gestation.⁹

“Failure to perform feticide could result in live birth and survival, an outcome that contradicts the intention of abortion. In such situations, the child should receive the neonatal support and intensive care that is in the child's best interest and its condition managed within published guidance for neonatal practice”.¹⁰

However, the BMA in its recent report underlines that the fetus's viability is only one of the factors to take into account in considering the abortion time limit. Some fetal anomalies become evident only around 20 weeks of pregnancy. Hence the BMA emphasizes the need “that women are given the time to make the right decision for them, whether to continue or end a much-wanted pregnancy in the second or third trimester, when a diagnosis of a serious or fatal fetal abnormality is made”.¹¹

Hence it is possible to depict two different scenarios when it comes to abortion decisions in terms of gestational age and timing: A. the woman is at an early stage of her pregnancy (first trimester). At this stage the health professionals she will encounter on her journey would normally encourage her to finalise her decision as quickly as possible. In fact, carrying out an abortion before 12 weeks of pregnancy is considered a safer medical procedure. B. the woman is at a later stage of her pregnancy (20 plus weeks). Health professionals should assume that the pregnancy has become “unwanted” at a later stage (even if the woman may still describe it as a “wanted” pregnancy)¹² because other factors have entered into the decision-making process such as a fetal anomaly, a complication in the mother's health, some life event making the pregnancy less feasible etc. At this stage, an abortion is permitted by the law in a reduced number of circumstances and in general carries more risk of complications for the woman. However, time becomes less constraining in the decision-making process because there is the general assumption that the pregnancy was originally wanted and consequently that its termination should be carefully pondered. It is recommended that patients are not rushed into their decision: they might need second opinions and consultations with counsellors can be recommended.

⁹ See ROYAL COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS, ‘Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality in England, Scotland and Wales’ (May 2010). Available at <https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/terminationpregnancyreport18may2010.pdf> [accessed 08/07/2021].

¹⁰ ROYAL COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS, ‘Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality in England, Scotland and Wales’ (May 2010), 9. Available at <https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/terminationpregnancyreport18may2010.pdf> [accessed 08/07/2021].

¹¹ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, ‘The Law and Ethics of Abortion. BMA views (September 2020 – post-ARM update)’: 6. Available at <https://www.bma.org.uk/media/3307/bma-view-on-the-law-and-ethics-of-abortion-sept-2020.pdf> [accessed 11/05/2021].

¹² For an in-depth analysis on the termination of wanted pregnancy see also DP. SULLINS, *Affective and Substance Abuse Disorders Following Abortion by Pregnancy Intention in the United States: A Longitudinal Cohort Study in Medicina*, 55, 741, 2019.

What is often missing in these two scenarios, and is highly relevant to the woman's deliberative process, is the perspective/stake of the fetus in the decision. Time is not just the woman's ally in the decision-making process but there is also the prenatal interest in continuing life. Early medical abortions are praised for their safety and naturalness since they can be perceived as no more than a kind of menstrual regulation.¹³ Then a later stage is envisaged when the fetus is seen as similar to a new born baby. At that stage of gestation in many countries including the UK the criteria for obtaining an abortion are consistently narrower. However, issues such as fetal pain,¹⁴ post abortion fetal survival etc. should be more openly addressed, in order to protect both prenatal life and the patient's need to know all the factors involved in her decision. Otherwise, we cannot truly call the woman's choice an informed decision.

3. The requirement for two doctors' signatures

One of the most contested requirements for abortion is the need for two doctors' signatures on a form – the HSA1 form – confirming that the termination complies with the terms of the Abortion Act 1967. However, in case of emergency this condition is waived. The question is whether this requirement is just a burdensome duty to ensure legal compliance with the procedure for terminating pregnancy in order to protect the physicians from legal disputes or if it benefits the patient as well. In 2012 the then Health Secretary ordered an inspection of all abortion providers in England, which found that in 14 out of 249 abortion clinics pre-signing of forms was commonplace.¹⁵ Even though this conduct was vehemently condemned, the inspection highlighted how little consideration is now given to this important step in the woman's decision-making journey.

Before the inspection took place, in 2007 the House of Commons appointed the Science and Technology Committee to examine the evidence on scientific and medical progress since the last amendment of the law in 1990 and the 1967 Act. The evidence brought by medical bodies was focused on the "de-medicalization" of the law on abortion¹⁶. In fact, among the report's findings there was a "widespread concern that the requirement for two signatures delays access to abortion service"¹⁷. In particular, the RCOG highlighted the potential difficulty in finding two doctors to agree to sign the certificate, even though such delays could help the woman seeking an abortion to think through her decision. The BMA took the argument against the need for two doctors' signatures a step further, stating that

"[T]he Abortion Act 1967 should be amended so that first trimester abortion (abortions up to 13 weeks) is available on the same basis of informed consent as other treatment, and therefore without the need for two doctors' signatures, and without the need to meet specified medical criteria. From a clinical

¹³ See MM. LAUFAURIE ET AL, *Women's perspectives on medical abortion in Mexico, Colombia, Ecuador and Peru: A qualitative study in Reproductive Health Matters* 13(26), 2005, 75-83.

¹⁴ See SW. DERBYSHIRE, JC. BOCKMANN, *Reconsidering fetal pain in Journal of Medical Ethics* 46, 2005, 3-6.

¹⁵ Z. KMIETOWICZ, *Pre-signing of forms found in 14 out of 249 abortion clinics in England in British Medical Journal* 345, 2012, e4784.

¹⁶ See F. AMERY, *Beyond Pro-life and Pro-choice. The Changing Politics of Abortion in Britain*, Bristol, 2020, 130-132.

¹⁷ HC SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Scientific Developments Relating to the Abortion Act 1967. Twelfth Report of Session 2006-07*, HC 1045-I, 33.

perspective abortion is better carried out early in pregnancy. Given the relative risks of early abortion compared with pregnancy and childbirth, virtually all women seeking an abortion in the first trimester will meet the current criteria for abortion. The proposed amendment would help ensure that women seeking abortion are not exposed to delays, and consequently to later, more costly and higher risk procedures”.¹⁸

However, the BMA in its written evidence only apparently shifted the focus of the law on abortion from a medical perspective to the woman’s right to choose. In fact, even though the BMA aimed to “de-medicalize” the practice of abortion, when it came to the removal of two doctors’ signatures to consent to early terminations, it compared abortion to standard medical procedures where the patient needs only to sign her informed consent (casting the matter again in a medical framework).¹⁹

Yet, the Government dismissed this recommendation, asserting that

“The requirement for two doctors’ signatures was believed necessary when the Abortion Act 1967 was passed, to ensure that the provisions in the 1967 Act were being observed and to safeguard women. The decision to require two doctors’ signatures was based on professional opinion at the time. [...] Current evidence does not indicate that the requirement for two doctors’ signatures is causing delay”.²⁰

Again, women’s needs are cast in medical terms rather than including the need for women to have their deliberative process safeguarded.

The BMA reinforced this position also in its latest report on the ethics of abortion published in 2020. In fact, the BMA emphasised the criticisms voiced in the 2007 report, claiming that the agreement of two medical practitioners would make “current abortion law increasingly out of step with the emphasis on patient autonomy elsewhere in medicine”.²¹

However, it is worth noting the reason why this clause had originally been inserted in the Abortion Act 1967. In 1971, a few years after the Act came into force, Parliament appointed an interdisciplinary committee, called the Lane Committee, in order to produce a detailed report on the strengths and weaknesses of abortion law reform to date. The 1967 Act saw a powerful alliance between medical bodies, in particular the RCOG and the BMA, and the Government on the need to create a law aimed at preventing medico-legal issues in clinical practice.²² This meant that the idea of “abortion on demand” was not welcome in the Act because it would have left women in a social and medical vacuum

¹⁸ HC SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Written Evidence. BMA*. Available at <https://publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmsctech/1045/1045we13.htm> [accessed 26 March 2021].

¹⁹ The Royal College of Nurses (RCN) reported in its written evidence to the HC 1045-I that “There is no other medical or surgical procedure which requires the consent of a medical practitioner or the signature of two doctors before it is carried out.”

²⁰ Government Response to the Report from the House of Commons Science and Technology Committee on the Scientific Developments Relating to the Abortion Act 1967 (November 2007). Available at <https://www.gov.uk/government/publications/government-response-to-the-report-from-the-science-and-technology-committee-scientific-developments-relating-to-the-abortion-act-1967> [accessed 26 Mar 2021].

²¹ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *The Law and Ethics of Abortion. BMA views (September 2020 – post-ARM update)*: 9. Available at <https://www.bma.org.uk/media/3307/bma-view-on-the-law-and-ethics-of-abortion-sept-2020.pdf> [accessed 8 July 2021].

²² See D HALFMANN, *Historical Priorities and the Responses of Doctors’ Associations to Abortion Reform Proposals in Britain and the United States, 1960-1973* in *Social Problem*, 50, 4, 2003, 574-578. See also BMA-RCOG, *Medical Termination of Pregnancy Bill: Views of the British Medical and the Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* in *British Medical Journal* 2, 1966, 1649-1650.

and without the necessary support to sustain their decision to terminate their pregnancy. In fact, the Lane Report stressed that

“Some of those who favour a liberal abortion policy, whether or not abortion on demand, tend in our opinion to underestimate the complexities of these situations and the risk of morbidity following the operation. [...] patients should always be told of the possible risk of complications”.²³

The Report emphasised that its position was in line with a holistic view of the patient, comprising physical, mental and social aspects of her situation, and stated that the doctors “should continue to exercise their clinical judgment after making an assessment of the woman's health and situation rather than be restricted to ensuring that she was medically fit to undergo abortion”.²⁴

4. Home abortions and telemedicine

Abortions performed during the first 12 weeks of pregnancy are the most common and can be classified as early abortions. There are two ways to perform them: surgical and medical. At the time when the Abortion Act 1967 entered into force only surgical abortions could take place and, for this reason, only premises where surgical terminations were permissible could be licensed. In the late 1980s medical abortions were introduced thanks to the development of the so-called “abortion pill” or “RU-486” by a French pharmaceutical company called Roussel-Uclaf. In October 1988 the French Government granted its approval of this drug, followed by Great Britain in July 1991 and Sweden in September 1992. However, the French pharmaceutical company's executives – the Roussel-Uclaf's German parent company Hoechst A.G. – blocked any further expansion in availability of the abortion pill until the retirement in April 1994 of its chairman Wolfgang Hilger, who was personally opposed to abortion.²⁵ Since then, medical abortion has become a widely-used method, with an increased number of women opting for it and with the highest figures occurring during the Covid-19 pandemic.²⁶

Early medical abortion can be safely performed on the woman during the first 10 weeks of gestation. Hence a timing decision is considered particularly important. Ideally a medical abortion should, it is believed, be performed around 6/7 weeks of pregnancy because there is more risk of retained products in the uterus once the pregnancy is more advanced. Two pills, called mifepristone and misoprostol, are administered at two different times and, originally, both were taken in an approved place

²³ Report of the Committee on the Working of the Abortion Act, Vol. I Report. (Her Majesty's Stationery Office: London, 1974), 55.

²⁴ Ibid, 64-65.

²⁵ See L. LADER, *RU-486, Made in America* in *The New York Times*, 17 March 1994. Available at <https://www.ny-times.com/1994/03/17/opinion/ru486-made-in-america.html> [accessed 8 July 2021].

See R. ALTA CHARO, *A Political History of RU-486* in *Institute of Medicine, Biomedical Politics*, Washington DC, 1991, 43-98.

²⁶ In 2021 87% of the abortions in England and Wales were medically induced. The latest national abortion statistics for England and Wales are available at <https://www.gov.uk/government/statistics/abortion-statistics-for-england-and-wales-2021/abortion-statistics-england-and-wales-2021> [accessed 28 June 2022]. In contrast in Scotland 99% of terminations were medical and of these 53% of pregnant women took both pills at home. The latest abortion statistics for Scotland are available at <https://publichealthscotland.scot/publications/termination-of-pregnancy-statistics/termination-of-pregnancy-statistics-year-ending-december-2021/> [accessed 28 June 2022]

and in front of a healthcare professional. In 2018 the Government in England – shortly after followed by Wales and Scotland – approved the pregnant woman’s permanent address as a class of place to undertake the second stage of treatment. This means that while Mifepristone had to be taken at the clinic the second pill, Misoprostol, could now be taken at home.²⁷ It is worth noting that a study carried out by the RCOG found that where the patient is able to choose the method of terminating her pregnancy (either surgical or medical) medical abortion is related to more complications.

“Medical abortion with mifepristone and misoprostol is associated with a longer duration of bleeding, more pain and gastrointestinal adverse effects, and a higher likelihood of being incomplete than vacuum aspiration under general anaesthetic up to 14 weeks of gestation. One partially randomised preference trial [...] found that rates of unplanned or emergency admissions were higher after medical than surgical procedures (4.2% and 0.7%, respectively), mainly owing to retained products of conception. Overall complications were also more frequent in the medical group (5.0% and 2.6%, respectively)”.²⁸

In 2020 a further relaxation of UK law on medical abortion was temporarily granted during the Covid-19 pandemic to allow pregnant women to take both abortion pills at home thanks to the introduction of telemedicine.²⁹ In fact, the situation encouraged a change from in person to remote consultation where, after a clinical assessment, both medications are dispatched directly to the patient’s home address. Both the BMA and the RCOG have been adamant in wanting this arrangement made permanent to shorten waiting times and make the abortion procedure smoother.³⁰ In March 2022 the House of Commons voted by 215 to 188 to make telemedicine for early abortion permanent in England, forcing the Government to abandon its plan to end the temporary scheme by the end of August 2022.³¹ However, this change in the law raises controversies, in particular regarding the decision-making process and women’s health and safety. In fact, one of the major drawbacks envisaged by the removal of in person consultations and the fact that patients can terminate their pregnancy in their home is a lack of human contact with a third party who can walk the woman through a clear decision-making process. This element becomes even more important when the patient experiences critical social factors. The National Institute for Health and Care Excellence (NICE) offers clear guidelines for healthcare providers to coordinate a care program for pregnant women with complex social factors. In fact, it suggests that “some women may need extra [support] because of their personal circumstances, such as problems

²⁷See DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE, *The Abortion Act 1967-Approval of Class of Places*, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/768059/Approval_of_home_use_for_the_second_stage_of_early_medical_abortion.pdf [accessed 8 July 2021].

²⁸ RCOG, *The Care of Women Requesting Induced Abortion, Evidence-based Clinical Guideline 7*, 2011, 34. Available at https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/abortion-guideline_web_1.pdf [accessed 8 July 2021].

²⁹ See I. BERTINI, *New UK Government guidelines on medical abortion during the COVID-19 emergency*, in JME Blog 15 April 2020. Available at <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2020/04/15/new-uk-government-guidelines-on-medical-abortion-during-the-covid-19-emergency/> [accessed 8 July 2021].

³⁰ See I. BERTINI, *The first-year anniversary of the application of telemedicine to early medical abortions in UK*, in JME Blog 4 April 2021. Available at <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2021/04/04/the-first-year-anniversary-of-the-application-of-telemedicine-to-early-medical-abortions-in-uk/> [accessed 8 July 2021].

³¹In February 2022 the Welsh Government and in May 2022 the Scottish Government made permanent the use of telemedicine for early medical abortion thus making permanent the use of both pills at home.

with alcohol or drugs, or because they have a violent partner or family member".³² It also emphasizes the importance of in-person appointments because they can offer the best opportunity for the woman to disclose difficult situations to a third person. Alongside these elements, it must be remembered that, from the perspective of health and safety, complications such as later than expected gestational age and undetected ectopic pregnancy are hard to rule out completely without in person consultations.³³

5. Social factors and fetal anomalies

During the years before the Abortion Act 1967 came into force both the "social clause" and the clause permitting abortion of a fetus with serious anomalies were issues much debated within the Parliament. Specifically, in the early 1960s the Thalidomide scandal raised the question whether it was possible under the law to abort a fetus with serious anomalies. In fact, in those years medical practitioners were prescribing a new drug, Thalidomide, which mainly prevented sickness in pregnant women. Unfortunately, this drug was later associated with serious fetal anomalies and it was withdrawn from the market. However, this was not the first time that issues of eugenics arose within the abortion debate. In fact, back in February 1938, Stella Brown, one of the most prominent abortion reform campaigners, became a member of the Eugenics Society probably hoping for an alliance with the Abortion Law Reform Association (ALRA).

Accusations of eugenics were also levelled against the first Private Member's draft Bill on abortion presented by Lord Silkin in 1965. As Hansard reports show, it comprehended both fetal anomalies and social issues as new grounds for obtaining an abortion.³⁴

The second reading before the House of Lords saw much scepticism about the draft Bill. In particular Viscount Dilhorne raised many concerns about the meaning of the "social clause": assessing the terms of this clause could not fall within a medical practitioner's competence. He also argued that it was very

³² NICE, *Pregnancy and complex social factors: a model for service provision for pregnant women with complex social factors* (2010) 22 September. Available at <https://www.nice.org.uk/guidance/cg110/ifp/chapter/About-this-information> [accessed 8 July 2021].

³³ See ARA. AIKEN *ET AL*, *Effectiveness, safety and acceptability of no-test medical abortion (termination of pregnancy) provided via telemedicine: a national cohort study*, in *British Journal of Obstetricians and Gynaecologists* 128, 2021, 1464-1474.

³⁴ The principal clauses were:

It shall be lawful for a register medical practitioner to terminate pregnancy in good faith

In the belief that if the pregnancy were allowed to continue there would be a grave risk of the patient's death or of serious injury to her physical or mental health resulting either from giving birth to the child or from the strain of caring for it, or

In the belief that if the pregnancy were allowed to continue there would be a grave risk of the child being born grossly deformed or with other serious physical or mental abnormality, or

In the belief that the health of the patient or the social condition (including conditions of her existing children) make her unsuitable to assume the legal and moral responsibility for caring for a child or another child, as the case may be, or

In the belief that the patient became pregnant as the result of intercourse which was an offence under section one to eleven inclusive of the Sexual Offences act 1956 or that the patient is a person of unsound mind.

A termination under paragraph (c) or (d) of section 1 of this Act shall not be performed after the end of the 16th week of pregnancy.

unlikely that performing abortions in those circumstances could be the appropriate answer to social and economic issues, in particular, with the advent of the Welfare State.³⁵

In 1966 Lord Silkin introduced a second Bill in order to address the criticisms of his first one.³⁶ The main changes were the removal of the “social clause” and the clause related to termination following sexual assault; the Bill also introduced a requirement that two doctors assess the legality of the abortion procedure and that the abortion procedure should be performed in an NHS hospital or in an approved place.

It is also worth noting that the new wording of the Bill expressly included, as grounds for obtaining a legal abortion, physical and mental anomalies of the fetus, which could deprive the child of “any prospect of reasonable enjoyment of life”, and the mother’s own physical or mental inadequacies. The idea behind these clauses was, on the one hand, that the mother’s mental and physical disabilities and diseases were likely to be inherited by the fetus; on the other hand, there was an assumption that, in the case of disability in the mother, it was better to prevent the birth of a child than to support the family in raising him or her. Eventually this Bill passed on 7th March 1966, but since the Government called for a general election, it did not go further.

Lord Silkin felt quite confident in reintroducing his Bill to the new Parliament on 10th May 1966. While he emphasized the need to insert again the “social clause,”³⁷ the House of Lords was more focused on the issue of eugenics comprehended in the Bill’s first clause. The risk envisaged was twofold: on the one hand, the doctors at that time could only presume the risk of fetal anomalies without certainty with the consequence that the relaxation of the law on this point would have permitted a healthy fetus to be aborted. On the other hand, there was no definition of the word “defective” in relation to the

³⁵ See Hansard Report, Abortion Bill HL, 30 November 1965, Vol. 270. Available at <https://bit.ly/3NPnxzy> [accessed 8 July 2021].

³⁶ Below you can find the revised clause 1 of the Abortion Bill:

Subject to the provisions of this Act it shall be lawful for a registered medical practitioner, after obtaining a concurring opinion from a second registered medical practitioner, to terminate a pregnancy, provided that such two registered medical practitioners certify in writing that in their opinion the termination of the pregnancy is necessary on the ground that –

The continuance of the pregnancy would involve serious risk to the life or grave injury to the health whether physical or mental of the pregnant woman whether before at or after the birth of the child; or

The child if born would be likely to suffer from such *physical or mental abnormalities* as to deprive it of any prospect of *reasonable enjoyment of life*; or

The pregnant woman is or will be *physically or mentally inadequate* to be the mother of a child or of another child as the case may be; or

The pregnant woman is a *defective* or became pregnant when under the age of sixteen or as the result of rape or of intercourse which was an offence under section 128 of the Mental Health Act 1959 or section 97 of the Mental Health (Scotland) Act 1960 (relating to sexual intercourse with patients).

³⁷Hansard Report, Abortion Bill HL, 10 May 1966, Vol. 274. Available at <https://hansard.parliament.uk/Lords/1966-05-10/debates/b52a0e38-e64c-4c32-8387-e45b1e0ffa6c/AbortionBillHL?highlight=lord%20silkin%20abortion#contribution-d818ba8a-44e1-4546-942a-b8a699a41599>.

Lord Silkin in his introduction states “what I am groping for, and I hope I shall eventually reach something which will be acceptable, is the case of the prospective mother who really is unable to cope with having a child, or another child, whether she has too many already or whether, for physical or other reasons, she cannot cope, but about whom it cannot be said that her life would be endangered or that there would be serious injury to her health”.

woman's health. Consequently, inserting eugenic provisions in the Bill would have produced a more permissive law on abortion without tackling the social elements involved.

In May 1966 the ALRA found a sponsor in the House of Commons, David Steel MP, who could introduce Lord Silkin's bill on abortion in the more important House and with greater chances of success. Steel, in agreement with the ALRA, insisted that the new Bill should have been broader in its scope.³⁸ However, after some negotiations with the RCOG and the BMA the social grounds were repealed (namely the indications for mental disability, economic hardship, rape, pregnancy below the age of 16), but the reference to the risk to the psychological and physical health of the mother was retained. This meant that doctors could perform "therapeutic" abortions. As Simms notes, "The BMA constantly emphasised the importance of leaving the individual doctor free and unfettered to exercise his independent judgment. [...] Even in cases of sexual assault, the BMA was not prepared to see any pressure put on doctors to terminate".³⁹ This was not due to a lack of empathy on the part of clinicians but was the best way to preserve the medical body from entering into a field where it did not have any competence. For instance, it could not be left to the doctor alone to prove that a pregnancy had occurred after an act of violence. The Royal Medico-Psychological Association (RMPA), in its practical recommendations on the Abortion Law, maintained a more open approach towards the social circumstances that could lead a woman to seek an abortion. However, the RMPA highlighted that any decisions connected to the social environment should be taken in accordance with a social worker.⁴⁰ Moreover it pointed out that

"[D]octors would not wish a situation to be created by law which would encroach upon their independence in matters requiring professional and ethical judgment. Spelling out in detail when a doctor should or should not have the right to induce abortion, even if the legislation is cast in permissive terms, would have the effect of introducing an element of coercion in the sense that in each defined situation the patient might reasonably expect the doctor to acquiesce, and the role of the surgeon or gynaecologist would be reduced to that of a technician carrying out an objectionable task"⁴¹.

³⁸ Revised Clause (1) of the Medical Termination Pregnancy Bill (15th June 1966):

Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if that practitioner and another registered medical practitioner are of the opinion, formed in good faith

That the continuance of the pregnancy would involve serious risk to the life or of grave injury to the health, whether physical or mental, of the pregnant woman whether before, at or after the birth of the child; or

That there is substantial risk if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped; or

That the pregnant woman's capacity as a mother will be severely overstrained by the care of a child or of another child as the case may be; or

That the pregnant woman is a defective or became pregnant while under the age of sixteen or became pregnant as a result of rape.

³⁹ M. SIMMS, *Abortion Law and Medical Freedom*, in *The British Journal of Criminology* 14, 2, 1974, 124.

⁴⁰ See *The Royal Medico-Psychological Association's Memorandum on Therapeutic Abortion* in *The British Journal of Psychiatry* 12, 491, 1966, 1072.

⁴¹ *Ibid*, 1071.

However, the final wording of the Abortion Act 1967 did not prevent access to abortion for social reasons. In fact, the “woman’s mental and physical health” became the umbrella clause under which the social and environmental reasons fell.

The most recent attempts to change the current abortion law have been two Private Members’ Bills, the HC Bill 276 (Abortion Bill 2017-2019), presented by Diana Johnson, and more recently, the HL Bill 31 (Abortion Bill 2019-2021), introduced by Baroness Barker. Both bills’ main focus has been the decriminalization of consensual abortions up to 24 weeks gestation and the creation of a specific criminal offence for non-consensual terminations. The strong emphasis on consent clearly reflects a greater stress on the decision-making process that brings a woman to choose to terminate her pregnancy. However, the fact that both bills aim to decriminalize abortion by removing the requirement for certification by two doctors, and by treating abortion procedures like any standard medical procedure raises real concerns over how in practice women will be supported in their decision-making process. In fact, the definition of “coerced abortion” can be very wide. Of course, there are cases where a pregnant woman is directly threatened by her partner or her family, who want her to get an abortion for various reasons such as extramarital conception, fetal sex, an absolute refusal to become a parent, but those circumstances are not the most common. The majority of women who seek an abortion are women who may see themselves as making a choice, but who do not perceive that their pregnancy is compatible with their present circumstances. They may have just started a new job, they are not in a stable relationship, they are experiencing financial hardship, they strongly believe that the sex of the fetus may undermine their family stability because of their cultural background etc. Women in these circumstances might perceive abortion as the only way of avoiding a possible deterioration of their current situation. These women can experience such internal and external pressure that they may feel “forced” to terminate their pregnancies.

The law as it stands, whether or not Baroness Barker’s Bill passes, entrenches these situations since it does not tackle either from a social or legal angle the underlying problems that bring a pregnant woman to choose an abortion. Writing from a pro-choice perspective, Goldbeck-Wood reflects,

“To avoid brutalisation, abortion should not be offered on a conveyor belt but through a reflective process. We will not achieve this by criminalising abortion, overpowering women’s autonomy over their bodies, or pretending that healthcare practitioners, politicians, or religious leaders can know what is best for individuals. Rather we need structures and processes which support shared conscientious reflection”.⁴²

In fact, to ensure consent, patients need a supporting environment to guarantee that there is no coercion and that women’s wider socio-economic conditions are not forcing them into consenting to a measure they would otherwise resist.

All these factors also play a huge role in the deliberative process where fetal anomalies are detected, combined with the need for more time to get a second medical opinion, to establish which anomalies are permanent and which can be partially/totally resolved before or after birth, and for socio-medical plans to allow the family to think about their future with a disabled child. In fact, when it comes to

⁴²S. GOLDBECK-WOOD, *Reflection is Protection in Abortion Care – An Essay by Sandy Goldbeck-Wood*, in *The British Medical Journal*, 359, 2017, j5275.

fetal anomalies, the BMA recommends that women are not rushed into making a decision, advising that

“Doctors faced with a potential late abortion for serious fetal abnormality should be aware that women should be given information and time to understand the nature and severity of fetal abnormality, and should be offered specialised counselling where appropriate, in order to assist them in reaching an informed decision about how to proceed”.⁴³

In these circumstances the BMA clearly emphasises the importance of time. On the one hand, the woman needs time to understand issues related to the fetus: further tests might be needed to assess the nature of the anomaly, whether it can be resolved after birth or is permanent, so that the woman can then make up her mind. On the other hand, it is necessary to point out that more time to reflect means a higher gestational age which brings other issues in the case of abortion such as a risk of more complications for the mother, the fact that the fetus may be capable of surviving outside the womb etc. It is in fact permissible to terminate a pregnancy up to birth for fetal anomalies.

In June 2020 Fiona Bruce introduced the Abortion Bill 131 2019-21 to exclude cleft lip, cleft palate and clubfoot as qualifying fetal anomalies for termination of pregnancy under section 1 (1)(d) of the Abortion Act 1967. It is well known that those anomalies are treatable after birth and unfortunately the Abortion Act 1967 does not offer more details apart from the phrase “becoming seriously handicapped” to describe the fetal anomalies that make an abortion permissible under ground (d).

6. Women's autonomy or women in a vacuum?

The RCOG states that

“All women attending an abortion service will require a discussion to determine the degree of certainty of their decision and their understanding of its implications. Clinic staff must be sensitive to the different stages of decision making those individual women have reached and must be able to identify those who may require additional support and counselling. These may include young women, women with mental health problems, women with poor social support and where there is evidence of coercion. This help should be tailored to age, comprehension and social circumstances”.⁴⁴

It is evident that a decision regarding termination should be seen as a team process where the woman has to be placed at the centre, so she can make the best possible decision that reflects her innermost interests. However, the present time has seen a common trend among States – exacerbated by the global pandemic – to make this process faceless and swift, in another word, efficient. For this reason, the new policies surrounding the regulation of medical abortion have encouraged women's “self-

⁴³BMA, *The Law and Ethics of Abortion. BMA views*, September 2020 – post-ARM update, (2020), 8. Available at <https://www.bma.org.uk/media/3307/bma-view-on-the-law-and-ethics-of-abortion-sept-2020.pdf> [accessed 8 July 2021].

⁴⁴ RCOG, *The Care of Women Requesting Induced Abortion, Evidence-based Clinical Guideline Number 7*, 2011, 47. Available at https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/abortion-guideline_web_1.pdf [accessed 8 July 2021].

evaluation” and “self-management.”⁴⁵ The same trend can be seen in the new legislative proposals where abortions before 24 weeks of pregnancy are compared to standard medical treatments which require only the patient’s informed consent. This move makes social and medical support, and the protection of women’s personal choice mutually exclusive in the deliberative process for abortion. As Carter Snead noted in his recent publication – which addresses the key conflicts of US public bioethics including in the debate over the law on abortion – this view of the patient seeking an abortion is a myth and does not reflect reality. American laws and policies in this domain rely on the notion of atomised individual wills of those who freely construct their lives making either compromises or contentions with others they encounter on their path. Hence, the law on abortion serves the purpose of creating the conditions of freedom where self-determined individuals can freely and unforcedly pursue their chosen future in matters of parenthood and procreation.⁴⁶ Yet,

“[Women] should indeed be free, as the Supreme Court, has written, to shape their own destinies, in accordance with their self-understanding and their spiritual imperatives, as they understand them. They should be free and uncoerced in matters of procreation and parenthood. [...] What is missing? A serious consideration of *embodiment* and its meaning and consequences. [...] Specifically, the Court is blind to the reality of vulnerability, dependence and natural limits that necessarily attend any problem or conflict involving embodied beings”.⁴⁷

Every citizen, including parents and children is, in fact, placed in a wider network of others that the Court dismisses, weakening “the ties of extended family, neighbours, fellow citizens, and the government to the pregnant woman because it isolates her in her suffering and vulnerability and ignores the obligations of *everyone* to come to the aid of women and families in crisis”.⁴⁸

It is now possible to bring the same considerations into the UK scenario. On many occasions both the RCOG and the BMA have introduced into their policies clauses that encourage a deeper understanding of the circumstances that bring a woman to decide to seek an abortion. Those policies are undoubtedly expected to be in line with the need to protect women’s deliberative process. Healthcare providers have the duty to actively support a holistic view of medicine, which should place the patient within her net of relationships and social and medical circumstances to enable her to take the best-informed decision.

7. Conclusion

Ultimately the current law on abortion and related policies can make the women’s decision-making journey surrounding termination of pregnancy a lonely one, unsupported and studded with blind spots in the deliberative process in many respects.

⁴⁵ See AL. CABELLO, AC. GAITAN, *Safe Abortion in Women’s Hands: Autonomy and a Human Rights Approach to COVID-19 and Beyond*, in *Health and Human Rights Journal* 23, 1, 2021. Available <https://www.hhrjournal.org/2021/02/perspective-safe-abortion-within-womens-reach-autonomy-and-a-human-rights-approach-to-covid-19-and-beyond/> [accessed 8 July 2021].

⁴⁶ See O. CARTER SNEAD, *What it Means to be Human. The Case for the Body in Public Bioethics*, Cambridge (MA), 2020, p. 6.

⁴⁷ SNEAD, *What it Means to be Human. The Case for the Body in Public Bioethics*, 170-171.

⁴⁸ SNEAD, *What it Means to be Human. The Case for the Body in Public Bioethics*, 176.

Firstly, it has been noted that time is one of the main constraints in the decision-making process. On the one hand, when it comes to early abortions women are for medical reasons rushed into making their decisions, while for late abortions a pondered decision is recommended. However, if time is the woman's ally in the decision-making process this is not unrelated to the prenatal interest in continued life which also needs to be considered. In particular, when it comes to late abortions issues such as fetal pain and fetal survival should be more openly addressed to ensure that the woman's choice is an informed one.

Secondly, the common trend among stakeholders is to compare abortions before 24 weeks of pregnancy to standard medical treatments which require only the patient's informed consent. This results in the paradox that social and medical support, and the protection of the woman's personal choice become mutually exclusive in the deliberative process for abortion.

Third, the trend to offer home abortions as a smoother and quicker procedure, considerably limiting any human contact (and any in person health assessments) does not necessarily equate to a better service, in particular when patients are prisoners of unhealthy environments. In fact, the new policies surrounding the regulation of medical abortions have encouraged women's "self-evaluation" and "self-management" as the new frontier of health care. However, drawbacks can be significant compared to in person evaluations and health checks such as in regard to undetected ectopic pregnancies, retained material in the uterus and haemorrhage. Additionally, the lack of human contact can only deepen the trench around women's complex social and mental circumstances.

This hands-off approach can be even more detrimental when it comes to patients experiencing difficult social factors or carrying a pregnancy with a diagnosis of fetal anomaly. In these circumstances women need a supportive and caring environment in order to ensure their capacity for meaningful decision-making. Consequently, it is essential to enforce policy measures to prevent women's socio-economic factors from coercing them into consenting to a measure they would otherwise resist.

Women's reflective deliberation and consent alongside their autonomy will be certainly enhanced when they are placed in situations where they are properly listened to and cared for.

Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata

Alessandra Pisu*

PROCREATIVE HEALTH AND SURROGACY. THE PERVERSE EFFECTS OF THE PROHIBITION

ABSTRACT: The essay examines maternity surrogacy as a method of medically assisted procreation practicable in a controlled health context to remedy pathologies that prevent the woman from becoming pregnant. In this perspective, the author examines the consequences of the prohibition of surrogacy and identifies a space of admissibility for solidary gestation for others, considering the reasons that justify the crime.

KEYWORDS: medically assisted reproduction; Rokitansky syndrome; surrogacy; parental responsibility; best interest of the child.

ABSTRACT: Il contributo indaga la gestazione per altri quale metodo di procreazione medicalmente assistita praticabile in un contesto sanitario controllato per ovviare a patologie che impediscono alla donna di intraprendere una gravidanza. In questa prospettiva, l'autrice esamina le conseguenze del divieto di surrogazione di maternità e, alla luce della *ratio* del reato, individua uno spazio di ammissibilità per la gestazione solidale per altri.

PAROLE CHIAVE: procreazione medicalmente assistita; sindrome di Rokitansky; maternità surrogata; responsabilità genitoriale; best interest del minore

SOMMARIO: 1. Salute procreativa e accesso alla PMA nella legge n. 40/2004 e nella giurisprudenza costituzionale – 2. Divieto di surrogazione di maternità, dignità della gestante e tutela dei (neo)nati – 3. *L'affaire A.L. c. France* (CEDU, 7 aprile 2022): la maternità surrogata mediante “*insémination artisanale*” e *l'enfante conteso* – 4. Infertilità femminile e sostituzione altruistica nella gestazione, ovvero come ovviare a un problema di salute – 5. Prospettive *de iure condendo*, dall'ammissibilità della gestazione solidale per altri alla proposta di “reato universale”.

1. Salute procreativa e accesso alla PMA nella legge n. 40/2004 e nella giurisprudenza costituzionale

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita individua il proprio fine nell'obiettivo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla

* Professoressa associata di diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Cagliari. Mail alepisu@unica.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

infertilità umana»¹. Lo scopo perseguito dalla legge n. 40/2004, dunque, è tutelare e regolare la salute procreativa, quale peculiare aspetto del più generale diritto alla salute, che coniuga al suo interno l'integrità psicofisica della persona, il suo benessere e la sua autonomia esistenziale².

La funzione riproduttiva costituisce, difatti, una delle prerogative più preziose dell'essere umano. Grazie ad essa ogni persona che aspiri alla genitorialità non solo può contribuire ad assicurare la sopravvivenza della specie, ma riesce a realizzare la propria esistenza e il profilo identitario di sé.

Generare una nuova vita è una di quelle rare vicende umane che riescono tendenzialmente a coniugare la massima utilità dei singoli con il massimo beneficio per la collettività. Ciò dovrebbe orientare le norme al *favor procreationis* e le decisioni istituzionali ad assicurare effettività al diritto alla salute e al principio di autodeterminazione anche in questo campo³.

Nella procreazione, la salute – sotto forma di capacità di generare – diventa presupposto di estrinsecazione della libertà e della personalità dell'individuo. Ne consegue che, ogniquale volta limiti di ordine biologico, superabili con l'ausilio altrui e della tecnica, impediscano la filiazione naturale, l'ordinamento giuridico dovrebbe agevolare il superamento, a tutela del diritto alla salute e dei diritti procreativi della coppia, sempre entro il limite del rispetto della persona umana e della sua dignità, da declinare e misurare nei diversi contesti concreti⁴. La costruzione e, ove se ne manifesti la necessità, l'adattamento della disciplina legislativa dei bisogni di cura in ambito procreativo dovrebbe aspirare a

¹ Art. 1, comma 1, l. n. 40/2004.

² Ad essere regolato, chiarisce la dottrina (A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, 3, Milano, 2021, 192 ss.), è «il modo in cui le donne e gli uomini si riproducono e hanno una prole, e cioè qualcosa che appartiene a una dimensione strettamente personale di particolare delicatezza, e non un'attività materiale socialmente pericolosa». La materia, così connessa alla libertà personale inviolabile di ogni individuo, contribuisce a rimarcare la chiara impronta illiberale della legge n. 40/2004, che è andata via via disgregandosi per contrasto con i principi costituzionali, giacché, con essa, «lo Stato aveva introiettato la norma morale, la aveva trasformata in norma giuridica e aveva prescritto *chi e come* deve riprodursi».

³ Viceversa, l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale regolate dalla l. n. 40/2004 è fortemente ostacolato, nella gran parte delle regioni italiane, da condizioni di fatto non favorevoli. Per cercare di migliorare il quadro è da tempo in atto il tentativo di procedere all'inserimento delle prestazioni ammesse nei Livelli Essenziali di Assistenza, così da garantire i relativi servizi in tutto il territorio nazionale, senza costi per i richiedenti che ne hanno diritto e con regole uguali per tutti. Ma, mentre si attende l'approvazione dei nuovi LEA e lo schema di decreto per la determinazione delle tariffe incassa forti critiche da parte degli operatori del settore (V. la [Lettera-aperta-OPERATORI-PMA-SUI-LEA-E-IL-DECRETO-TARIFFE.pdf \(onb.it\)](#), il panorama resta fortemente disomogeneo e diseguale a causa della carenza di centri specializzati e di una copertura dei costi sanitari garantita solo in alcune regioni. Tutti i dati si leggono nella relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 40/2004, disponibile in [C 17 pubblicazioni 3162 allegato.pdf \(salute.gov.it\)](#). Nel frattempo, al fine di agevolare l'accesso a prestazioni di cura e diagnosi in regioni dove le stesse non risultano ancora inserite nei livelli essenziali di assistenza, ovvero non soddisfano il fabbisogno, la legge di bilancio 2021 (l. n. 178/2020 art. 1, commi 450 e 451) – finanziando un incremento della dotazione del fondo per le tecniche procreazione medicalmente assistita di cui all'art. 18 l. n. 40/2004 per un ammontare di 5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2021, 2022 e 2023 – ha riconosciuto un contributo (in misura massima stabilita con apposito decreto), in favore delle coppie con infertilità e sterilità. Fonte: I nuovi Livelli essenziali di assistenza (LEA) (disponibile in <https://bit.ly/3A70vBe>).

⁴ Si registra invece una forte resistenza delle istituzioni al ripensamento di vincoli e divieti legislativi che tutt'ora limitano le opportunità di procreare mediante l'ausilio della scienza medica e la collaborazione di soggetti estranei alla coppia genitoriale.

realizzare un modello aperto e flessibile, non trascurando l'idea che la salute si tutela anche mediante una buona norma⁵.

Seguendo questa linea direttrice, dall'entrata in vigore della legge sulla PMA, la Corte costituzionale ha rimosso alcuni divieti che irrigidivano in modo irragionevole l'impianto normativo originario⁶: quello di produrre embrioni in numero superiore a tre, con l'obbligo per il medico di un unico e contemporaneo impianto⁷; quello che investiva la fecondazione eterologa in presenza di cause di sterilità o infertilità assolute e irreversibili degli aspiranti genitori⁸; quello relativo alla diagnosi preimpianto, ora ammessa per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili gravi⁹.

L'insieme di queste decisioni ha contribuito a correggere una legge ideologicamente orientata che realizzava una fortissima ingerenza nelle scelte procreative individuali, con limitazioni e divieti non giustificati dall'esigenza di tutelare interessi confliggenti di pari rango costituzionale. Esattamente l'opposto di quanto il diritto è chiamato a fare in ambiti eticamente sensibili, ove l'imposizione di una data visione valoriale, lesiva del pluralismo, della laicità dello Stato e dell'autodeterminazione della persona, espressa con divieti, dovrebbe lasciare il passo a una regolamentazione per principi, leggera e comunque flessibile, così da realizzare un equilibrato bilanciamento tra il diritto sostanziale regolato e gli interessi eventualmente confliggenti.

Nel frattempo, la graduale affermazione di nuovi modelli di famiglia procede inesorabile nella società, di pari passo con il diffuso convincimento che il ruolo di genitore coincida non più e non soltanto con un legame di tipo biologico con la prole, quanto piuttosto con l'assunzione effettiva di una responsabilità di cura verso i nati, che sovente trae origine da un progetto di procreazione da realizzare mediante il ricorso a tecniche di concepimento artificiali¹⁰.

⁵ È l'idea di fondo dalla quale muovono le riflessioni di E. LECCESE, *La norma come strumento di autodeterminazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2021, 305 ss.

⁶ La l. n. 40/2004 ha rappresentato un tipico esempio di legge "manifesto", "creatrice di modelli di vita", con la quale si è inteso disciplinare l'uso di tecnologie mediche, definendo un modello generale di svolgimento delle scelte del singolo sulla propria salute. L'imposizione di un rigido modello di comportamento, tramite la previsione di rigorosi e ristretti criteri di accesso alle terapie, si è però scontrata con i principi costituzionali di libertà, dignità e responsabilità sociale. Per un'analisi critica della tecnica legislativa seguita, B. MALAIS, *La legge sulla procreazione assistita e il drafting. Brevi riflessioni tra diritto e scienza*, in AA. VV., *Tecnologie e salute. Alcuni profili giuridici*, Roma, 2016, 89 ss. Sulle decisioni della Corte costituzionale: G. VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, in AA. VV., *Liber amicorum per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, 1445 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Inizio vita e sindacato di ragionevolezza*, in AA. VV., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, in G. PERLINGIERI, A. FANCHECHI (a cura di), Napoli, 2017, 836 ss.; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 162 ss. Una dettagliata e completa rassegna giurisprudenziale è curata da A. CARRATO, R. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza costituzionale e di illegittimità*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2021, 1128 ss.

⁷ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151.

⁸ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

⁹ V. Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96 e 11 novembre 2015 n. 229, la quale ultima ha completato l'intervento demolitorio con riguardo alla connessa ipotesi di reato.

¹⁰ Per un interessante e ragionata ricostruzione del processo evolutivo in atto e del complesso legame tra il fenomeno sociale della famiglia e il diritto, v. M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014. La procreazione diviene il fulcro del moderno diritto di famiglia anche nella prospettiva di L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato dir. priv.*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), Milano, 2021.

Tutti i fattori sommariamente indicati che limitano di fatto o impediscono per legge l'accesso alla PMA inducono le coppie in cerca di figli, sia etero che omosessuali, dotate delle necessarie risorse economiche¹¹, a coronare l'aspirazione alla genitorialità all'estero, facendo non di rado ricorso a metodi vietati in Italia, ma consentiti in altre nazioni. In ogni caso, affrontando uno sforzo emotivo personale che aggrava un percorso di per sé già irto di difficoltà.

Sembra dunque utile avviare una riflessione sui divieti residui, sulla loro efficacia e appropriatezza, valutando l'opportunità di mantenerli inalterati o modificarli, soprattutto ove espressi in termini assoluti e presidiati dall'estrema *ratio* della sanzione penale. È quanto ci riproponiamo di fare con specifico riferimento alla cd. maternità surrogata.

2. Divieto di maternità surrogata, dignità della gestante e tutela dei (neo)nati

Benché la giurisprudenza costituzionale abbia realizzato un graduale allentamento delle maglie della l. n. 40/2004, è rimasto finora fermo il divieto assoluto di surrogazione di maternità sancito dall'art. 12, comma 6, rispetto al quale la Consulta ha confermato il giudizio di disvalore, espresso dal legislatore con la previsione di reato¹², sulla base dell'osservazione secondo la quale la gestazione per altri «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*»¹³.

¹¹ Il ricorso alla PMA, soprattutto se effettuato in cliniche private estere, richiede notevoli esborsi di danaro. Ne derivano, tra l'altro, interessanti risvolti sul piano previdenziale e assicurativo, v. S. LANDINI, *Polizze sanitarie nelle dinamiche contemporanee della longevità health insurance in the contemporary dynamics of longevity*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 511 ss., la quale osserva come la nuova dimensione del concetto di cura – che include anche i trattamenti ordinati ad uno sviluppo della dimensione esistenziale della persona, come le pratiche di procreazione medicalmente assistita e di maternità surrogata – stia alimentando una sempre maggiore domanda di servizi sanitari che, generando un incremento di spesa non sostenibile con le risorse statali, deve trovare risposta nell'offerta di sanità integrativa.

¹² La norma prevede che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

¹³ Così, Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 5. L'affermazione, peraltro non decisiva ai fini della soluzione della questione sottoposta alla Consulta, è riportata tra parentesi dall'estensore laddove (punto 4.2 del *Considerato in diritto*) sottolinea che, davanti all'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.c., il giudice (salvo che sia proposta dal figlio) deve valutare «se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio, perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, *che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità» (corsivo aggiunto). Il giudizio di merito da cui ha avuto origine la sentenza riguardava l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso di una coppia italiana alla surrogazione di maternità realizzata all'estero mediante ovodonazione. Difatti, al riconoscimento del nato effettuato dalla compagna del padre biologico aveva fatto seguito un procedimento di impugnazione del riconoscimento della donna per difetto di veridicità, promosso da un curatore speciale del minore su specifico mandato del Tribunale dei Minorenni. Nel corso del giudizio d'appello (Corte d'Appello Milano, ord. 25 luglio 2016) fu sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione possa essere accolta solo quando rispondente all'interesse del minore a vedere riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione «quanto più rispondente alle sue esigenze di vita». In sostanza, il giudice *a quo* aveva inteso denunciare l'irragionevolezza di un automatismo decisorio basato sulla sola esigenza di verità dello *status*, che avrebbe impedito di tenere conto degli altri interessi in gioco. Dichiarando la questione infondata, la

L'affermazione è costantemente ripetuta dalla giurisprudenza successiva, ma – significativamente – sempre in passaggi motivazionali ultronei rispetto alle questioni controverse, come fu nel primo *obiter* del 2017.

La dottrina più attenta sottolineò subito come l'astrattezza di un'affermazione così netta tradisse «una certa retroguardia di sapore paternalista sulla capacità di autodeterminazione di chi la maternità surrogata la pone in essere, cioè della donna», supponendosi che quest'ultima «anche quando maggiorenne, consapevole, indipendente e libera, debba vedersi per forza ed in ogni caso violata nella sua dignità nel caso decida di partecipare al progetto di genitorialità altrui»¹⁴.

La legittimità della scelta statale di disincentivare la pratica è stata ulteriormente ribadita – con le medesime testuali argomentazioni – nella recente sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittimo¹⁵ l'art. 55, della l. n. 184/1983 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, rinviando all'art. 300, comma 2, c.c., prevede(va) che l'adozione in casi particolari non comporti alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante¹⁶. La decisione ha definitivamente rimosso, in nome del principio di unicità dello *status* di figlio e del superiore interesse del minore¹⁷, uno dei limiti che la stessa giurisprudenza costituzionale aveva segnalato circa il ricorso

Corte ha escluso che il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale e ha concluso che i due valori potenzialmente confliggenti, verità ed interesse del minore, devono essere bilanciati mediante un adeguato giudizio comparativo che tenga conto di diversi elementi che concorrono a definire la complessiva identità del minore, tra i quali la conservazione dello *status filiationis* acquisito e (per quanto qui interessa) le modalità della sua procreazione.

¹⁴ Puntualmente, E. FALLETTI, *Filiazione e riconoscimento di atto di nascita straniero. Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*, in *Giur. it.*, 8-9, 2018, 1830 ss.

¹⁵ In violazione dei parametri di cui agli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU).

¹⁶ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79. Per un quadro delle tesi elaborate in dottrina sulla questione risolta dalla Consulta, v. A. GORGONI, *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Torino, 2021, 188 ss. La sentenza, intervenuta in un procedimento concernente l'adozione ex art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 richiesta dal partner unito civilmente al genitore biologico di una minore concepita all'estero mediante surrogazione di maternità (nascita avvenuta, dunque, in un percorso di fecondazione assistita cui avevano partecipato dall'inizio entrambi i genitori d'intenzione), nel punto 5.2.3 del *Considerato in diritto*, ricorda che la precedente giurisprudenza costituzionale «ha inteso escludere che il “desiderio di genitorialità”, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita “lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati”, possa legittimare un presunto “diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*» (sentenza n. 221 del 2019)». Sembra condividere, inoltre, le ragioni del divieto di surrogazione di maternità individuate dalla decisione n. 272 del 2017, unitamente alla preoccupazione (già segnalata da Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33) che la pratica asseconi «un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale».

¹⁷ L'art. 3 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (NY 1989), stabilisce: «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration». Il principio del superiore interesse del minore è altresì consacrato dall'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che, similmente, prevede: «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». Sul possibile abuso della clausola generale, che permea infine il nostro diritto di famiglia, parte della dottrina ha espresso da tempo una certa preoccupazione. Si veda, tra gli altri, L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*best interests of children*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; Id., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016,

all'adozione speciale, di cui all'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983¹⁸, per il consolidamento del rapporto dei nati da maternità surrogata con il *partner* del genitore biologico¹⁹.

La soluzione "adottiva", individuata dalle Sezioni Unite nel 2019 per formalizzare lo *status filiationis* dei nati all'estero da gestazione per altri con il genitore d'intenzione non biologico²⁰, fu di lì a poco indicata dal Giudice delle leggi come non del tutto adeguata a salvaguardare l'interesse del minore per una pluralità di ragioni, tra le quali l'esigenza che il rapporto di filiazione si accerti e stabilizzi in modo pieno, effettivo e con procedure celeri²¹.

Da qui i moniti rivolti al legislatore affinché si faccia carico di adottare una normativa idonea ad assicurare una piena tutela degli interessi dei minori²². Moniti rimasti allo stato inascoltati.

Sempre le Sezioni Unite del 2019 avevano qualificato il divieto di maternità surrogata come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»²³.

86 ss. Ancora sul criterio: V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 405; E.L. GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2017, 1722.

¹⁸ Questa forma di adozione speciale è ampiamente utilizzata per consacrare il rapporto di filiazione tra genitore intenzionale non biologico e nato da maternità surrogata, anche nelle coppie *same sex*. Più in generale, e oltre i nostri confini nazionali, l'idea di fare ricorso all'istituto dell'adozione in caso di dissociazione tra madre genetica e partoriente fu suggerita dalla Commissione *Warnock*, istituita dal governo britannico nel 1982 per esaminare i potenziali sviluppi che i progressi della scienza in medicina già mostravano circa la fecondazione in vitro e l'embrilogia. La Commissione, chiamata a dare raccomandazioni sulle politiche sociali e giuridiche da adottare per l'eventualità della nascita di figli concepiti con donazione di ovulo e cresciuti dalla madre genetica indicò il rimedio di «rendere le leggi sull'adozione più flessibili», così da permettere alla madre genetica di adottare il bambino figlio "per legge" della madre surrogata (partoriente). Per un'acuta e stimolante analisi del Rapporto *Warnock*, e del divieto di maternità surrogata che, all'esito dei lavori, la Commissione britannica suggerì di mantenere, si legga M. MORI, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988, 119 ss.

¹⁹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Dir. fam. e pers.*, I, 2021, 528.

²⁰ Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dir. fam. e pers.*, I, 2020, 392, dichiarò la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione del provvedimento estero che attribuiva la paternità al genitore intenzionale non biologico di due gemelli nati in Canada da gestazione solidale condotta per una coppia di uomini, indicando, a tutela dei minori, la via dell'adozione in casi particolari. Lo strumento – è bene ricordarlo – richiede, oltre al consenso dell'adottante, il consenso del genitore biologico, risultando così impercorribile nel caso in cui intervenga una crisi della coppia genitoriale. In dottrina: G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2019, 815; *Id.*, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 7, 2019, 653; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, *ivi*.

²¹ L'esigenza è ribadita a livello sovranazionale da Corte EDU, 16 luglio 2020, D. contro Francia; Corte EDU, Grande camera, parere consultivo 9 aprile 2019.

²² Nelle note sentenze gemelle 9 marzo 2021 n. 32 (due madri) e n. 33 (due padri) la Corte costituzionale ha invitato il legislatore a colmare il *vulnus* normativo a tutela dei minori nati all'estero mediante il ricorso a pratiche di procreazione vietate in Italia: la fecondazione eterologa per coppie dello stesso sesso e la maternità surrogata. Numerosissimi i commenti tra i quali si segnalano: G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. dir.*, 2021, 7, 704 ss.; M.C. VENUPI, *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4, 949 ss.

²³ Lo ricorda successivamente anche Cass., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668.

Una posizione granitica, dunque, quella dei giudici nel ritenere che la dignità della donna sia fatalmente violata in ogni ipotesi di gestazione in sostituzione. Non si può, tuttavia, omettere di osservare come la giurisprudenza giunga a questa conclusione senza mai approfondire ed esplicitare le ragioni sottostanti il divieto di surrogazione di maternità²⁴. Sebbene questo compito possa ritenersi esorbitante rispetto al contesto giudiziario considerato, nel quale vengono sempre in rilievo questioni connesse all'accertamento del miglior interesse dei (già) nati in ordine al rapporto di filiazione, si ricava l'impressione di un atteggiamento di avversione preconcepita verso la cd. maternità surrogata, che naturalmente trova giustificazione nei pericoli insiti nella pratica.

Le preoccupazioni principali che accompagnano la gestazione in sostituzione consistono nel possibile sfruttamento economico della madre surrogata e nell'esigenza di assicurare la certezza della maternità insieme ad una piena tutela al nato.

Vengono, inoltre, generalmente sollevate altre obiezioni che poggiano sul presunto danno per il figlio, privato dei "profondi legami" che si ritiene si instaurino durante la gestazione. Tuttavia, non esistono dati scientifici che confermino questo timore. Anzi, il dato empirico risultante dalle numerose nascite avvenute negli ultimi decenni con questa metodica, nonché mediante tutte le ulteriori modalità di procreazione che determinano una scissione del ruolo di madre (uterina, genetica, sociale ecc.), sembra confermare l'inconsistenza di questa supposizione. Si può dunque a questo punto allentare l'atteggiamento di massima prudenza ed attesa giustamente suggerito dalla migliore dottrina qualche decennio fa²⁵.

Quanto agli altri pericoli sopra segnalati, inizia a farsi strada l'idea che una lesione della dignità della gestante si possa ravvisare solo in assenza di una sua libera e consapevole partecipazione alla nascita e che il *vulnus* al principio secondo il quale non può farsi del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro si realizza unicamente laddove la pratica sia organizzata in forma commerciale e asservita a fini economici²⁶.

Sul primo profilo, che esprime la ragione sostanziale di divieto, ossia la strumentalizzazione della donna che il nostro ordinamento ritiene comunque insita nella surrogazione di maternità, occorre registrare un nuovo recente sussulto della prima sezione della Corte di Cassazione. In un'ordinanza di inizio anno – con la quale sono stati rimessi gli atti al primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione concernente gli strumenti normativi esistenti da utilizzare a tutela dei nati

²⁴ Sulle quali si interroga V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097.

²⁵ M. MORI, *op. cit.*, 168 s., con grande onestà intellettuale scriveva: «Di fronte a questa situazione complessa, a noi sembra di poter concludere che, una volta riconosciuto che contro la gestazione surrogata non ci sono obiezioni "di principio", si deve anche ammettere che la strategia più prudente e promettente per riuscire a trovare una adeguata soluzione normativa è quella di cercare di guadagnare conoscenze ed esperienze che ci consentano di prendere decisioni avvedute e oculate». Simile la cauta posizione di G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 451.

²⁶ A onor del vero, una maggiore profondità di analisi e una discreta apertura verso il fenomeno connotano da sempre il pensiero di parte della dottrina, propensa a distinguere i diversi modelli di GPA e a valorizzare l'elemento altruistico e solidale in contrapposizione alle forme commerciali di maternità surrogata. Tra i contributi più interessanti: M. MORI, *op. cit.*, 151 ss. e nella letteratura giuridica: P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 3, 193; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 441 ss. Più di recente, S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, 2021, 133 ss.; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, 91 ss.

all'estero da maternità surrogata onde pervenire al riconoscimento della filiazione – si legge che la condizione della

«donna, che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà (*omissis*) può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendentemente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino»²⁷.

Anche l'associazione con l'idea di una mercificazione del corpo, costantemente presentata come esito inevitabile da quanti si professano contrari alla gestazione per altri, risulta in via di superamento in quanto si inizia a prendere atto che una violazione del principio sancito dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE può consumarsi soltanto in contesti dominati dalla logica dello scambio e dall'intermediazione commerciale. Non a caso, a livello europeo, il giudizio di disapprovazione non è più riferito alla GPA in quanto tale, bensì «alla pratica *commerciale* della maternità surrogata»²⁸ e alle «pratiche coercitive in materia di salute sessuale e riproduttiva che non rispettano il diritto al consenso libero e informato delle donne»²⁹.

Questo profilo è poi connesso all'importante esigenza di escludere qualsiasi forma di mercificazione del nascituro e del nato, che si tende a garantire mediante la disciplina dell'adozione. Nell'esaminare l'aspetto della possibile elusione della l. n. 184/1983 che – secondo le Sezioni Unite del 2019 – si realizzerebbe mediante il riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri che sanciscono la genitorialità dei cd. committenti, la sezione prima della Cassazione sottolinea, ancora una volta, l'importanza di verificare le concrete circostanze di fatto della nascita. Afferma, infatti, che

«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. Come tale implica nella normalità dei casi, e salva una verifica concreto, una lesione della dignità della donna che assume l'obbligo della gestazione e un attentato all'istituto dell'adozione»³⁰.

²⁷ Cfr. Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Dir e giust.*, 2022, nella parte della motivazione in cui i giudici della prima sezione propongono una soluzione interpretativa per la questione sottoposta alle Sezioni Unite. Si tratta dello stesso procedimento nel quale, con ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020 n. 8325 (sulla quale A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la fase 2?*, in *Questione e giustizia*, 18 giugno 2020), fu sollevata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004; 18 D.P.R. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g) l. n. 218/1995, dichiarata inammissibile dalla Consulta con la già richiamata sentenza monito n. 33 del 9 marzo 2021. Alla luce della motivazione di quest'ultima sentenza, la Cassazione propugna ora il «superamento dell'interpretazione secondo cui il diritto fondamentale del minore a conservare lo *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero costituisca un interesse destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità». Deve inoltre essere superata, a detta dei giudici di legittimità, «la riconduzione di questa interpretazione a una scelta compiuta una volta per tutte dal legislatore finalizzata a segnare il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoreponsabilità e torna a operare il *favor veritatis*», prospettiva fatta propria dal diritto vivente a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019.

²⁸ Relazione annuale 2021 del Parlamento europeo sui diritti umani (corsivo aggiunto).

²⁹ Relazione annuale 2019 del Parlamento europeo sui diritti umani.

³⁰ Ancora Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, *cit.*, nella parte della motivazione che va sotto il titolo «La soluzione interpretativa sottoposta alle Sezioni Unite».

Siamo sempre sul piano delle approssimazioni, che possono trovare smentita nei singoli casi concreti, ma emerge in modo netto la presa di coscienza che la gestazione per altri non determina di per sé una violazione di interessi fondamentali tale da giustificare l'esclusione assoluta di questa tecnica di procreazione.

L'approccio restrittivo della giurisprudenza e di parte della dottrina³¹ all'ammissibilità della GPA merita un'ultima notazione: l'interesse alla genitorialità e il destino dei figli concepiti in violazione dei divieti di cui alla l. n. 40/2004 vengono tenuti spesso su piani rigorosamente distinti e inspiegabilmente contrapposti, dominati, l'uno, dal biasimo per la violazione della legge e, nel caso di surrogazione di maternità, dalla stigmatizzazione aprioristica della gestante e di chi ricorre al suo aiuto; l'altro, dalla condivisibile preoccupazione che le scelte degli adulti coinvolti nel concepimento e nella nascita non si traducano in un danno per i minori. Si discorre così di prospettiva "adultocentrica", da contenere, nel timore che venga a configurarsi un diritto a diventare genitori oltre i limiti attuali alla PMA; e si evidenziano con preoccupazione gli effetti dell'impostazione "minorecentrica", la quale conduce in sostanza a consolidare legami instaurati in violazione di divieti di legge.

In questo modo però si sminuisce la circolarità della relazione genitori-figli (la più intensa, credo, che si possa concepire nei rapporti umani) nella quale si condensa un interesse comune e convergente: generare una nuova vita per gli adulti e nascere per il figlio, rispetto all'alternativa di non nascere affatto. Si taglia dunque di netto una realtà assai più complessa di quanto la divisiva contrapposizione tra interesse alla genitorialità degli adulti e diritto del nato a una famiglia non riesca a rappresentare. Questa realtà, pur osservabile da diverse prospettive, non escludenti l'una rispetto all'altra, è unica: è la famiglia. Essa meriterebbe una più attenta valutazione a seguito della quale non è da scartare l'eventualità che qualche ulteriore barriera, che tutt'ora si frappone ad un più ampio accesso alla PMA, venga abbattuta.

«Il rapporto di filiazione è una relazione che manifesta una necessaria reciprocità»³². Non si vede dunque come si possa continuare a slegare l'aspirazione alla genitorialità degli adulti – che si esprime mediante un atto di assunzione di responsabilità da parte di chi decide di essere coinvolto, prestando il suo libero e consapevole consenso, in una nascita – e la sua effettiva realizzazione dall'interesse dei nati, che pure deve poter essere concretamente verificato in ogni fase della vita del figlio a fronte del pericolo di un suo sacrificio.

Non si comprende, infine, come si possano ignorare gli effetti di un fenomeno che impegna in modo ormai patologico la giurisdizione nazionale e sovranazionale, senza porsi il dubbio se la strada del divieto assoluto sancito dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 sia giusta, atteso che – oltre ad apparire abnorme nella sua generalità – la scelta di politica legislativa si è finora rivelata inefficace e inidonea ad arrestare una pratica sempre più diffusa nel mondo.

³¹ Si vedano, tra gli altri, E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ.*, 4, 2021, 919 ss.; ID., *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 664 ss.; G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in AA. Vv., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), Napoli, 2019, 317 ss.

³² Così E. FALLETTI, *"Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo". Riflessioni comparate su status, genitorialità e GPA*, in *Fam. dir.*, 2020, 743.

3. L'affaire A.L. c. France (CEDU, 7 aprile 2022): la maternità surrogata mediante "insémination artisanale" e l'enfante conteso

Dopo i celebri casi *Mennesson* e *Labassee*³³ l'ordinamento francese, che per le sue regole restrittive sulla surrogazione di maternità è assai simile quello italiano³⁴, ha nuovamente impegnato la Corte di Strasburgo adita – a seguito di una vicenda assai singolare – dal padre biologico di un minore, nato da maternità surrogata, per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali)³⁵.

Vale la pena ripercorrere brevemente i fatti che hanno portato alla recente decisione della Corte europea nel caso *A.L. c. France*³⁶, per poi trarne qualche considerazione ai fini dello sviluppo del nostro ragionamento.

L'8 marzo 2013 nasce in Francia S., un bimbo partorito dalla sig.ra B. coniugata, la quale – rispondendo alla pubblicazione di un annuncio su internet – aveva accettato di concludere con il sig. M. e il suo compagno un contratto di maternità surrogata. La fecondazione avvenne in modo "artigianale" utilizzando i gameti di M. Sennonché, alla nascita, il bambino, dietro pagamento di € 15.000, viene affidato dalla donna che lo aveva partorito a un'altra coppia, coniugata, con la quale la gestante aveva stretto un accordo analogo a quello precedentemente concluso con la coppia *same sex*. I coniugi accolgono il minore come loro figlio senza sapere che era stato concepito sulla base di un (altro) patto di maternità surrogata.

Dalla vicenda scaturì un procedimento penale nell'ambito del quale si accertò che il sig. M. era il padre biologico del bambino. Costui, dunque, adì il Tribunale civile per contestare il riconoscimento di paternità effettuato dal marito della coppia "affidataria" e veder riconosciuto il rapporto di filiazione con il nato, nonché la sua responsabilità genitoriale verso di lui.

³³ Corte EDU, IV sez., *Mennesson e Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014.

³⁴ In base all'art. 16, par. 7, *code civil* «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle»; la disposizione, si legge a seguire, è di ordine pubblico. La maternità surrogata è inoltre punita dall'art. 227, par. 12, *code pénal*.

³⁵ In questo caso, il ricorrente lamentava la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma l'art. 8 della Convenzione è stato forse più spesso invocato nella prospettiva dei minori. La CEDU, infatti, ha da tempo chiarito che rientra nel c.d. margine di apprezzamento degli Stati membri sia il divieto di maternità surrogata che la possibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero a seguito di tale tecnica procreativa. Tuttavia, se gli ordinamenti nazionali sono liberi di sanzionare la condotta e scoraggiare il turismo procreativo, non possono invece optare per rimedi che incidano negativamente sui diritti del bambino, il quale verrebbe gravemente pregiudicato nel suo diritto alla vita privata e familiare qualora non gli fosse garantita la possibilità di mantenere lo *status filiationis* legittimamente conseguito all'estero. Il superiore interesse del minore, difatti, deve essere valutato caso per caso e la sua tutela è incompatibile con un generale divieto di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale, che potrebbe pregiudicare il radicamento del figlio nel contesto familiare in cui è nato e cresciuto. I singoli ordinamenti devono dunque offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore intenzionale, mediante una procedura rapida che non esponga il minore a una protratta situazione di incertezza sul legame giuridico con il genitore non biologico (esito da scongiurare perché andrebbe a scapito del diritto all'identità personale del figlio costruita nell'arco di una seppur breve esperienza di vita).

³⁶ CEDU, sez. V, 7 aprile 2022, *Requête* no 13344/20.

Esauriti i ricorsi interni, nei quali le domande avanzate dal padre biologico trovarono accoglimento solo in primo grado³⁷, e trascorsi oltre sei anni di contenzioso (fino alla Cassazione) – durante i quali si era giocoforza stabilizzato il rapporto affettivo del minore con i genitori che lo avevano cresciuto – il padre biologico lamenta davanti alla Corte EDU la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata per il rifiuto dei giudici nazionali di accertare legalmente la sua paternità nei confronti del figlio.

La Corte di Strasburgo, rilevato che il rigetto delle domande promosse dal padre biologico aveva effettivamente realizzato un'ingerenza nella sua vita privata (profilo non contestato nemmeno dalla difesa del Governo francese), ha ritenuto l'ingerenza giustificata – ex art. 8, comma 2, CEDU – in quanto derivante dall'applicazione di una norma di legge e necessaria alla protezione dei diritti del minore. Il superiore interesse del figlio, nel bilanciamento con i diritti del ricorrente e con il contrapposto interesse alla "verità" della filiazione, aveva legittimamente goduto del primato che gli è conferito dalla legge e dalle convenzioni internazionali, consentendo ai legami affettivi di prevalere sulla realtà biologica.

La sentenza, peraltro, non manca di sottolineare come la qualità del processo decisionale interno – in ragione della durata della procedura protrattasi per oltre sei anni nei tre gradi della giurisdizione francese – avesse contribuito in modo decisivo a determinare l'esito del processo, consentendo di cristallizzare una situazione all'origine della quale era ravvisabile una responsabilità di tutti gli adulti coinvolti.

Ora, a parte il dubbio che la donna avventuratasi in una "doppia cessione" del figlio che portava in grembo sia stata effettivamente sfruttata, come si è soliti ritenere, essendosi essa stessa resa protagonista di una condotta che sembrerebbe motivata esclusivamente da ragioni economiche, la vicenda palesa uno dei profili più critici degli accordi di maternità surrogata, ovvero l'incoercibilità degli obblighi assunti dalla gestante per altri³⁸. Dimostra altresì quanto la mercificazione della pratica, tanto più se svolta in un contesto "clandestino", condizioni negativamente il suo esito. E che, per contro, esso dipende dalle motivazioni che muovono i soggetti coinvolti e, soprattutto, dalle modalità di attuazione del progetto procreativo.

Eppure, nulli entrambi gli accordi di GPA per contrarietà all'ordine pubblico secondo il diritto francese, e analogo il giudizio morale che nel caso esaminato potrebbe formularsi verso le aspiranti coppie genitoriali (pur in buona fede, si direbbe, l'una verso l'altra) e la madre genetica, l'interesse del minore – il migliore possibile nelle circostanze date – si è affermato da sé. Il figlio è stato accudito e cresciuto

³⁷ L'esecuzione provvisoria della decisione del Tribunale, che aveva disposto un graduale trasferimento di residenza del minore onde consentirgli di conoscere il padre biologico e il suo partner, era stata tempestivamente sospesa dalla Corte d'appello di Rouen, che poi annullò la sentenza di primo grado, reputando che la verità biologica non potesse imporsi atteso che risultava in contrasto con il superiore interesse del minore a non veder modificato lo *status* di figlio della coppia che, fino ad allora, lo aveva accudito e cresciuto.

³⁸ L'eventualità che la donna – durante la gravidanza o subito dopo il parto – cambi idea non rispettando l'impegno assunto di rinunciare ai diritti sul nascituro affidandolo ai genitori d'intenzione, in qualche caso storico, ha fatto insorgere laceranti conflitti tra la madre surrogata e la coppia committente. Così avvenne nel celebre caso californiano *Baby M.*, dal quale prende le mosse lo studio di C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 5 ss. V. anche G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la "surrogate mother" e il diritto italiano*, in *Foro it.*, IV, 1988, 97; ID., *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di sostituzione di maternità*, *ivi*, I, 1989, 293; ID., *California e vecchia Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*, *ivi*, IV, 1993, 338. Si tratta di un rischio che non si può azzerare con una regola di attribuzione legale della maternità, ma che risulta nei fatti assai contenuto.

in modo ineccepibile dai coniugi francesi ai quali i giudici, onde evitare al bambino il trauma del distacco dalla sua famiglia, ha riconosciuto la genitorialità³⁹.

Non conosciamo le ragioni che hanno indotto la seconda coppia a rivolgersi alla madre surrogata, ovvia essendo invece la motivazione per i due omosessuali che per primi presero accordi con la donna. Solitamente, è l'infertilità femminile a motivare la richiesta di una gestazione in favore delle coppie eterosessuali.

Possiamo dunque domandarci se una regolamentazione della gestazione per altri che collochi il progetto procreativo in un contesto sanitario "controllato" non giovi a smascherare il volto più turpe della maternità surrogata, sottraendo il desiderio di genitorialità a un mercato privato nel quale si possono verificare vicende assai riprovevoli, che mettono fortemente in pericolo i valori e gli interessi che si vorrebbero preservare con il divieto.

4. Infertilità femminile e sostituzione "altruistica" nella gestazione, ovvero come ovviare a un problema di salute

Il caso appena esaminato conferma un ulteriore dato non controverso, ossia che alla maternità surrogata – realizzata prevalentemente in contesti di procreazione medicalmente assistita nei paesi che ammettono la metodica⁴⁰ – ricorrono sia le coppie omoaffettive sia, e in maggior numero, coppie eterosessuali nelle quali la partner è affetta da infertilità.

A seconda del ruolo che la donna estranea alla coppia assume nella procreazione, si è soliti distinguere: il caso della cd. madre uterina (detta anche madre incubatrice o portante), che accoglie nel suo utero l'embrione formato da seme e ovocita forniti dalla coppia cd. committente o, eventualmente, da uno o due donatori di gameti; e il caso della cd. madre vicaria, che assume un ruolo completo di generatrice, in quanto porta avanti una gravidanza alla quale contribuisce con il proprio ovocita.

Questa seconda forma di gestazione per altri, implicando un pieno legame genetico e biologico della gestante con il nato, solleva maggiori perplessità e, difatti, è vietata dalla gran parte degli ordinamenti, pur essendo realizzabile, dalla notte dei tempi, per via naturale, mediante rapporto sessuale tra madre vicaria e padre biologico. Essa può attuarsi anche in modo "artigianale", come nel caso francese, ovvero senza unione sessuale tra l'uomo (che fornisce il liquido seminale) e la donna (che lo introduce nel proprio corpo in modo idoneo a una possibile fecondazione). In entrambe le "varianti" la madre naturale-vicaria, dopo il parto, può esercitare il diritto all'anonimato (scelta che è invece preclusa in caso di fecondazione artificiale⁴¹) e il nato può essere riconosciuto dal padre biologico, la cui moglie potrebbe avanzare istanza di adozione del figlio del coniuge ex art. 44, lett. b, l. n. 184/1983.

³⁹ Verosimilmente, la soluzione non gli risparmierà, per contro, il possibile turbamento di conoscere da adulto le circostanze delle proprie origini.

⁴⁰ Per un quadro abbastanza aggiornato del panorama internazionale, v., AA. Vv., *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2017, 683; T. CHORTARA, S. PENASA, L. BUSATTA, *The best interests of the child born via cross-border surrogacy. A comparison between Greece and Italy*, in *Biolaw Journal*, 1, 2016, 189.

⁴¹ L'art. 9, comma 2, l. n. 40/2004 recita: «La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396»,

Il divieto di maternità surrogata risulta meno giustificabile, e in qualche misura incoerente con l'ammissibilità della fecondazione eterologa mediante ovodonazione⁴², in riferimento alla prima forma di gestazione per altri che rappresenta un modello di procreazione artificiale, diffuso nel mondo, idoneo ad assicurare la possibilità di generare a una vasta platea di donne affette da problemi di salute riproduttiva. Alcune di esse ricorrono insieme al proprio coniuge/compagno alla collaborazione della madre uterina dopo infruttuosi tentativi di fecondazione eterologa, facendo uso di gameti estranei sia alla coppia, sia alla gestante.

In altri casi, invece, coppie non sterili si rivolgono a una donna terza per l'impianto nel suo utero di un embrione formato con gameti propri. E lo fanno esclusivamente in ragione della difficoltà o impossibilità della *partner* femminile di impegnarsi nella gestazione. Oltre alla sindrome di *Rokitansky*, nella quale la mancanza dell'utero preclude in radice alle giovani che ne sono affette la maternità per via naturale, esistono numerose patologie che impediscono, o sconsigliano fortemente, di condurre una gravidanza, esponendo la donna che riesca ad intraprenderla a enormi rischi per la sua salute fisica e mentale. Solo per citarne alcune, si pensi alla diffusione dell'endometriosi⁴³ e di varie patologie dell'apparato cardiocircolatorio, scheletrico o renale. In una condizione analoga si trovano le donne che, a causa di tumori pregressi, necessitano di terapie di mantenimento incompatibili con una gravidanza efficace e sicura. In tutti questi casi, il divieto di affidare la gestazione di un figlio biologicamente proprio ad un'altra donna frustra ulteriormente il diritto alla salute, negando alla coppia l'opportunità di diventare genitori anche laddove non siano ravvisabili contrapposti interessi costituzionalmente prevalenti.

In particolare, la condizione delle donne prive di utero, normalmente capaci di produrre ovociti, che considerano la maternità una tappa fondamentale di costruzione e realizzazione della propria personalità, mette a dura prova la razionale sostenibilità degli argomenti giuridici su cui si fonda il divieto assoluto di gestazione in sostituzione.

Vale la pena, dunque, esaminare quali rimedi la scienza medica sia in grado di offrire a questa categoria di persone, considerate le sempre crescenti *chances* offerte dalla tecnica applicata alla procreazione. A questo riguardo, occorre ricordare che sebbene il ricorso alla procreazione artificiale sia concepito dal legislatore come residuale, potendosi accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o

proprio perché, in questi casi, la nascita avviene in un contesto di procreazione governato dalla tecnica-medica, dalla volontà e dall'assunzione della responsabilità genitoriale *ante* nascita.

⁴² Non a caso, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in AA. VV., *Le parole del diritto, Scritti in onore di Carlo Castronovo*, 2018, 725 ss., associa fecondazione eterologa e maternità surrogata criticando unitamente entrambe le forme di procreazione che, secondo l'autore, sacrificano la discendenza e il legame genetico con il nato, riducendo la "*poligenitorialità di fatto*" tipica di queste modalità di procreazione a "*bigenitorialità*" che si realizza, su base volontaristica, per legge nella eterologa ammessa e per altra via, pur sempre legale, nella gestazione per altri e nella eterologa delle coppie *same sex*. Queste pratiche vietate in Italia, ma effettuate all'estero, «configurando un caso di contrasto tra fatti e norme» danno luogo, difatti, a «un inedito e problematico possesso di stato *contra legem*» (757).

⁴³ L'endometriosi è una malattia diffusa ma poco conosciuta, che interessa circa il 10% (190 milioni) delle donne e delle ragazze in età riproduttiva a livello globale. In Italia si stima ne siano affette oltre 3 milioni di donne. Può essere causa di sub-fertilità o infertilità nel 30-40% dei casi. Fonte: Giornata mondiale endometriosi: 28 marzo 2022 (disponibile in <https://bit.ly/3bqAt1l>).

infertilità»⁴⁴, la strada del trapianto d'utero – unica alternativa che si è riusciti finora ad ipotizzare per la sindrome di *Rokitansky* – non sembra aver raggiunto il necessario grado di affidabilità e sicurezza. Oltre ad essere particolarmente invasiva, questa soluzione presenta specifici limiti clinici e criticità applicative connesse all'approvvigionamento dell'organo⁴⁵. Richiede, inoltre, un susseguirsi di interventi chirurgici ad alto impatto. Non meno di tre: il trapianto, il parto cesareo e l'asportazione dell'utero dopo l'eventuale nascita.

L'ectogenesi, poi, rappresenta un'eventualità attualmente non disponibile, che appartiene ad un futuro probabilmente non lontano. Ad essa dovremmo culturalmente prepararci⁴⁶.

L'alternativa della gestazione condotta da una donna esterna alla coppia genitoriale⁴⁷, invece, sebbene implichi una stringente interazione tra dati culturali ancora profondamente disomogenei nella nostra società e tecniche mediche al momento inapplicabili nelle strutture sanitarie italiane perché illegali, merita d'essere presa in seria considerazione, in una prospettiva *de iure condendo*, quale forma di procreazione artificiale rispettosa del principio della minore invasività della pratica medica.

L'interrogativo preliminare e di fondo, tuttavia, è se la donna priva di utero, o affetta da altre patologie preclusive della gestazione, e il suo coniuge/partner siano portatori di un interesse a procreare meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico e compatibile con la tavola dei valori costituzionali. Dubbio sul quale influiscono fattori ideologici e culturali, nonché l'obiettivo difficoltà di regolare i rapporti tra tutti i soggetti coinvolti.

Come si è detto, l'ordinamento italiano è ben lontano dallo sciogliere affermativamente il dilemma e la concezione della gestazione per altri come trattamento di patologie femminili è estranea alla visuale della giurisprudenza, esclusivamente concentrata a trovare *ex post* soluzioni che assicurino piena protezione ai nati con questa pratica.

Orbene, l'aspirazione alla maternità di queste donne, sotto il profilo della verità biologica della filiazione, si pone in linea di continuità con la tradizione. Mentre, ad essere evidentemente derogata è la norma secondo la quale madre è colei che partorisce (art. 269, comma 3, c.c.). Regola che, nella procreazione naturale, esprime il rassicurante principio *mater semper certa est*. Si tratta, tuttavia, di una disposizione che opera sul piano probatorio e che ricava la sua valenza dal concepimento mediante atto sessuale, unico modello di procreazione al quale si riferisce il sistema normativo che la contempla. Questa logica, invece, è estranea alla procreazione artificiale nella quale la fecondazione eterologa con donazione di ovociti ha già scardinato la coincidenza tra madre gestazionale e madre genetica richiedendo l'adozione di criteri di attribuzione della maternità legale diversi dal mero legame biologico.

⁴⁴ Art. 1, comma 2, l. n. 40/2004.

⁴⁵ Il primo trapianto d'utero avvenuto in Italia è stato eseguito al Centro trapianti del Policlinico di Catania, in collaborazione con l'Azienda ospedaliera Cannizzaro in favore di una paziente di 29 anni affetta da sindrome di *Rokitansky*. A donare l'organo, una donna di 37 anni, deceduta per arresto cardiaco improvviso, che aveva espresso in vita il proprio consenso alla donazione. Fonte: Primo trapianto di utero in Italia, un evento storico per tutta la Rete (disponibile in <https://bit.ly/3bmClmd>). Sulla vicenda v. lo scambio di opinioni tra C. PERIS, *Gestazione per altri "solidale" o trapianto d'utero?*, in *Quotidiano sanità*, 28 ottobre 2020 e M. PILI, *Trapianto d'utero anziché gestazione per altri solidale. Ma a che prezzo?*, *ivi*, 3 novembre 2020.

⁴⁶ In tema, C. BULLETTI, C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Bologna 2017, 169 ss.; H. ATLAN, *L'utero artificiale*, trad. V. Calderai, Milano, 2006.

⁴⁷ Solitamente legata agli aspiranti genitori da vincoli familiari e/o di amicizia.

Discostarsi dalla norma che associa indissolubilmente la maternità al parto è certamente possibile: l'atto procreativo, quali che siano le modalità del suo realizzarsi, resta il presupposto di fatto della filiazione, ma essa diviene rapporto giuridico quando la relazione tra genitori e figli è accertata secondo le modalità che il diritto stabilisce. Queste modalità storicamente privilegiano il dato biologico, assecondando il legame di sangue, ma come si è detto ne sanno altresì prescindere quando entrano in gioco ulteriori interessi, primo tra tutti quello del minore a crescere in una comunità stabile di affetti che può giustificare una rinuncia alla verità biologica per la conservazione dello *status* di figlio altrimenti acquisito per via legale. Ed è oramai matura nel nostro ordinamento l'idea secondo la quale la "provenienza genetica" non costituisce più un requisito imprescindibile della famiglia, atteso il rilievo autonomamente riconosciuto alla genitorialità sociale.

Le condizioni di infertilità femminile da cui prendiamo le mosse giustificano, dunque, una rimeditazione della posizione totalmente restrittiva, atteso che la gestazione in sostituzione, se condotta per spirito solidaristico e attuata con le opportune garanzie per i soggetti coinvolti a partire dal nascituro, consente la realizzazione di un progetto di genitorialità responsabile di chi, per ragioni di salute, non può altrimenti procreare⁴⁸.

In altri ordinamenti analoghe istanze hanno superato il vaglio di meritevolezza e compatibilità con i valori costituzionali, a partire dalla dignità umana. La legislazione portoghese sulla procreazione medicalmente assistita, recentemente modificata a seguito di una pronuncia del Tribunale costituzionale⁴⁹, ammette la gestazione per altri quale metodo sussidiario ed eccezionale, basato sul consenso delle parti che, animate da spirito solidaristico, stringono un accordo gratuito la cui attuazione deve essere autorizzata da un ente amministrativo. Vi possono accedere le coppie per le quali sia accertata l'infertilità femminile a causa di assenza, lesione o malattia dell'utero o altra condizione clinica che impedisca alla donna la gravidanza in modo assoluto e definitivo, con l'obbligo di utilizzare i gameti di almeno uno dei genitori beneficiari e il divieto di utilizzare ovociti della gestante⁵⁰. Resta punita con la reclusione e una multa la *Gestação de substituição a título oneroso* (art. 39).

⁴⁸ In dottrina, oltre agli autori citati alle note 24, 25 e 26, si è espresso a favore S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 52, il quale osserva come «nell'intreccio tra solidarietà e gratuità viene fondata la legittimità del ricorso alla maternità di sostituzione in quei paesi (non l'Italia) dove si vuole privilegiare appunto la solidarietà tra donne, in particolare tra quelle appartenenti alla medesima famiglia». Nello stesso senso, A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Persona e mercato*, 2017, 169, secondo il quale «La surroga biologica di maternità a titolo gratuito potrebbe essere introdotta nel nostro ordinamento senza confliggere con alcun principio costituzionale. Almeno laddove si intenda favorire, in attuazione del principio di solidarietà (art. 2 Cost.), il dono del proprio ventre tra donne appartenenti alla stessa famiglia».

⁴⁹ V. *Acórdão do Tribunal Constitucional* n. 225/2018.

⁵⁰ V. art. 8 l. n. 32/2006 sulla *Procriação medicamente assistida*, come modificato dalla l. n. 90/2021, la quale ha introdotto due nuovi articoli, 13 A e 13 B, che regolano i diritti e i doveri della *gestante de substituição*. Per una puntuale ricostruzione dell'iter che – a seguito di un proficuo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore – ha condotto all'adozione del vigente modello regolatorio permissivo in Portogallo, v. A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in questa *Rivista*, 1, 2022, spec. 62 ss.

5. Prospettive *de iure condendo*, dall'ammissibilità della gestazione solidale per altri alla proposta di "reato universale"

Le ragioni illustrate suggeriscono di intraprendere anche in Italia la strada del controllo e della regolamentazione del fenomeno.

Qualora si volesse procedere in questa direzione, mantenendo l'ordinamento al passo con l'evoluzione della tecnica e dei fenomeni sociali, senza rinunciare alla funzione regolatoria del diritto, occorrerebbe disciplinare l'accordo di sostituzione nella gestazione condizionandone l'ammissibilità allo spirito altruistico e di solidarietà sociale. Bisognerebbe, inoltre, definire i requisiti soggettivi e i presupposti oggettivi di accesso alla metodica. Stabilire, infine, similmente a quanto la l. n. 40/2004 dispone per la fecondazione eterologa, i criteri legali di attribuzione della genitorialità.

Il patto tra la coppia e la donna terza potrebbe essere in gran parte eterodeterminato con norme inderogabili di modo che siano rispettate condizioni e modalità prestabilite allo scopo di assicurare i diritti di tutte le persone coinvolte, assicurando al nascituro la certezza e la stabilità del legame con i soggetti destinati ad accoglierlo come genitori e preservando il suo diritto a conoscere, per lo meno, la modalità delle proprie origini.

Ora è evidente che, come negli altri casi di procreazione medicalmente assistita, l'individuazione dei soggetti destinati ad assumere la responsabilità genitoriale del nascituro sarà fondata sul criterio volontaristico. Il consenso informato delle parti potrebbe dunque guadagnare un ulteriore spazio nell'attribuzione degli *status* familiari nella misura in cui, rispettando i valori fondamentali della persona, esprima volontà indirizzate a costituire un nucleo familiare predefinito, idoneo ad accogliere la nuova vita, ad assolvere i compiti di cura del nato e a consentire un armonioso sviluppo della sua identità.

La disciplina dell'accordo di gestazione per altri, necessita che siano affrontati diversi nodi problematici. I più delicati attengono alla vincolatività e (in)coercibilità degli impegni assunti. Per colei che diverrà gestante la (ir)revocabilità del consenso a portare avanti la gravidanza prima e ad affidare successivamente il nato ai genitori d'intenzione, tenendo ferma la rinuncia preventiva a legami giuridici con il medesimo e, ovviamente, allo *status* di madre. Per chi accede alla pratica nel ruolo di genitore l'irrevocabilità del consenso alla procreazione e dell'assunzione di responsabilità genitoriale.

Le due volontà non possono essere messe sullo stesso piano.

La donna che porta in grembo il nascituro deve poter mantenere il diritto di interrompere la gravidanza. La maggior parte delle legislazioni che ammettono la metodica le riconoscono, inoltre, il diritto al ripensamento fin dopo il parto, seppure entro un termine piuttosto breve dalla nascita.

Si tratta di un momento estremamente delicato nel rapporto della madre uterina con il nato e i genitori d'intenzione; certamente significativo del modo di intendere e di atteggiarsi di un impegno che si inserisce in un progetto genitoriale altrui. Se per un verso, la gestazione condotta per decisione libera e consapevole e con spirito altruistico si giustifica in una logica "donativa" che mal si concilia con ripensamenti sul proposito iniziale (il che potrebbe far propendere per l'irrevocabilità del consenso dopo la nascita), per l'altro verso, consentire alla gestante di revocare il consenso fin dopo la nascita, oltre a risultare coerente con l'incoercibilità della libertà e dell'autodeterminazione che sono alla base

della scelta, fornirebbe la miglior garanzia e dimostrazione dello spirito solidaristico e dell'assenza di una condizione di subordinazione della madre uterina.

In ogni caso, anche in uno scenario normativo che precludesse un ripensamento della gestante attribuendo con fermezza assoluta gli *status* familiari sulla base dell'elemento volontaristico antecedente il concepimento, il peculiare contesto relazionale nel quale si realizzano queste nascite potrebbe giustificare la formalizzazione di un diverso legame giuridico della madre uterina con il nato. La sociologa Chiara Saraceno ha ipotizzato l'introduzione di una nuova concezione di parentela, idonea a stabilizzare i rapporti tra i soggetti⁵¹. Il Tribunale di Roma, in un caso affrontato nel lontano 2000, suggerì che le parti regolassero *ex ante* il rapporto che il figlio avrebbe avuto con la gestante⁵².

Su questi profili, la proposta di legge n. 3016 del 13 aprile 2021, recante una "*Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*", dopo aver stabilito i criteri soggettivi e oggettivi di accesso alla pratica, sia per chi intende assumere il ruolo genitoriale (in coppia o come singolo), sia per la gestante, stabilisce che quest'ultima, rigorosamente già madre naturale di almeno un figlio proprio vivente, una volta assunto l'impegno «a ospitare nel proprio utero un embrione ottenuto attraverso le tecniche di fecondazione in vitro e senza l'utilizzo dei propri gameti, a favorirne lo sviluppo fino alla fine della gravidanza e a partorire» ed espresso «il consenso al riconoscimento dei diritti genitoriali sul nascituro in favore del genitore singolo o della coppia» (art. 5, comma 1), possa revocare tale consenso solo fino al trasferimento in utero dell'embrione, momento che segna il riconoscimento del rapporto di genitorialità con il nascituro da parte dei genitori d'intenzione (art. 7, comma 9).

Successivamente, se la gravidanza è confermata, il consenso della gestante può essere revocato solo qualora decida di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza (art. 7, comma 7), mentre se la stessa viene portata a termine si esclude l'instaurazione di una relazione giuridica, economica e sociale della partoriente con il nato (art. 5, comma 7). È fatta salva un'ulteriore ipotesi del tutto eccezionale: qualora sorga una controversia tra le parti in merito al riconoscimento del rapporto di genitorialità con i nati, il Tribunale competente può decidere di riconoscere la genitorialità in favore della gestante (art. 5, comma 7). I dati di cui disponiamo a livello mondiale testimoniano, peraltro, un bassissimo indice di conflittualità nella gestazione in sostituzione solidale.

Nel disegno legislativo, volto ad ammettere alla pratica sia le donne che non possono condurre una gravidanza «per ragioni medico-fisiologiche», sia coloro per i quali l'impedimento discenda da «situazioni personali, di carattere psicologico o sociali, oggettivamente valutabili», i donatori di gameti, ove vi si ricorra, non acquisiscono invece alcuna relazione giuridica parentale, né alcun diritto nei confronti dei nati, analogamente a quanto già previsto dalla l. n. 40/2004 per la fecondazione eterologa (art. 1 lett. g della proposta).

Per contro, chi ha prestato il consenso come genitore non può revocarlo a partire dal trasferimento in utero dell'embrione e «non può esercitare alcuna azione di disconoscimento o di negazione del rapporto di filiazione» (art. 7, comma 6). Si impegna, inoltre, «ad assumere la piena custodia e

⁵¹ C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017. Al di là dei legami giuridici, lo spontaneo instaurarsi, nella maggior parte dei casi, di profondi legami affettivi tra le madri surrogate e le famiglie che accolgono i nati è testimoniata nelle storie raccontate da S. MARCHI, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017.

⁵² Trib. Roma, 17 febbraio 2000, ord., in *Foro it.*, I, 2000, 972.

responsabilità dei nati, acquisendo la responsabilità genitoriale, a prescindere dalle caratteristiche fisiche degli stessi o dall'eventuale presenza di malattie, anche genetiche» (art. 5, comma 9).

Una disciplina così costruita, oltre a rispondere al problema della infertilità femminile, consoliderebbe una genitorialità basata su una consapevole e volontaria assunzione di responsabilità, allargando l'accesso alle tecniche procreative alle coppie maschili *same sex* e, addirittura, al genitore singolo.

La realtà dei lavori parlamentari, tuttavia, è molto distante da questa prospettiva. Le ultime iniziative guardano, difatti, nella direzione esattamente opposta, mosse dall'intento di rafforzare la logica repressiva mediante l'estensione dell'ambito territoriale di punibilità del reato alle condotte tenute all'estero da cittadini italiani⁵³. Si tratta di un'opzione giuridicamente dubbia, che tuttavia dà la misura di quanto il futuro della legge n. 40/2004 sia di là da venire.

⁵³ V. le Proposte di legge abbinata Carfagna n. 2599 del 20 luglio 2020 e Meloni n. 306 del 23 marzo 2018, quest'ultima ora adottata come testo base dalla commissione Giustizia della Camera dei Deputati (21 aprile 2022). Per un giudizio critico sulla vocazione panpenalista delle proposte, M. PELLISERO, *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.

Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?

*Matteo Caldironi **

SURROGACY AND PUBLIC ORDER LIMITS: TOWARD A CHANGE OF COURSE?

ABSTRACT: The essay analyzes the recent decision January 21st, 2022, n. 1842 with which the Court of Cassation (I Sez.) proposes a revision of the scope of application of the limit of public order constituted by the prohibition of surrogacy. In particular, the intervention focuses on the identification of the legal assets protected by the criminal law, focusing on the dignity of the pregnant woman and how this can be protected even in legal systems where surrogacy is allowed, provided that certain minimum elements are respected.

KEYWORDS: medically assisted reproduction; surrogacy; intentional parenthood; public order limits; best interests of the child

ABSTRACT: Il contributo analizza la recente pronuncia 21 gennaio 2022, n. 1842 con la quale la Prima Sezione della Corte di Cassazione propone una revisione del perimetro applicativo del limite di ordine pubblico costituito dal divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità. In particolare, l'intervento si concentra sull'individuazione dei beni giuridici tutelati dalla norma penale, focalizzando l'attenzione sulla dignità della gestante e di come questa possa essere tutelata anche negli ordinamenti giuridici dove la surrogazione è permessa, a patto che siano rispettati alcuni elementi minimi.

PAROLE CHIAVE: procreazione medicalmente assistita; maternità surrogata; genitorialità intenzionale; ordine pubblico; miglior interesse del minore

SOMMARIO: 1. La Corte di Cassazione torna sull'inadeguatezza del riconoscimento del rapporto di filiazione – 2. Le soluzioni interpretative proposte – 3. Alcune considerazioni

1. La Corte di Cassazione torna sull'inadeguatezza del riconoscimento del rapporto di filiazione

Con l'ordinanza interlocutoria 21 gennaio 2022, n. 1842, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione si è interrogata sulla necessità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite a seguito della sentenza 9 marzo 2021, n. 33 della Corte costituzionale, essendo venuto meno

* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale all'interno del progetto finanziato dalla Commissione europea (Justice Programme 2021-2027) JUST-PARENT (n. 101046382), Università di Modena e Reggio Emilia. Mail: matteo.caldironi@unimore.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

quel punto di equilibrio trovato dal diritto vivente¹ tra la tutela del minore e i limiti di ordine pubblico nel riconoscimento dei rapporti di filiazione con il c.d. genitore di intenzione con particolare riguardo alla c.d. surrogazione di maternità². Per arrivare a questa conclusione, la Corte di Cassazione ha dettagliatamente ricostruito le vicende che hanno portato alla pronuncia del Giudice delle leggi. Per chiarezza, lo stesso verrà fatto anche qui, seppur in sintesi e nei limiti della loro utilità per le riflessioni che s'intendono sviluppare³.

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40)⁴ è espressione di una particolare concezione delle pma, viste innanzitutto come strumento "terapeutico" per «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana»⁵. Non è un caso, infatti, che il legislatore vi riservi l'accesso soltanto a coppie «maggioresse di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»⁶. E questo è confermato anche dal fatto che dal punto di vista soggettivo queste pratiche – ma la questione rileva tipicamente nello specifico caso della fecondazione eterologa⁷ – sono state ritenute inammissibili per le coppie di donne

¹ Cassazione a Sezioni Unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

² Più precisamente, secondo la prospettazione della Prima Sezione della Cassazione, l'intervento delle Sezioni Unite sarebbe necessario per una questione che potremmo definire di "opportunità". Infatti, dal punto di vista strettamente formale, la semplice declaratoria di inammissibilità pronunciata dalla Corte costituzionale non impone un vincolo giuridico al superamento della non trascrivibilità. Nondimeno, dal punto di vista sostanziale, detta pronuncia finisce comunque per assumere una certa rilevanza. La Corte, invero, nelle sue motivazioni ha condiviso integralmente le obiezioni dell'ordinanza di rimessione sull'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, ha accolto tutti i profili di incostituzionalità con riferimento alla lesione dei diritti fondamentali del minore relativi alla sua identità personale e alla sua vita privata e familiare e ha ritenuto pienamente consonante con i principi costituzionali l'indicazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla necessità di un riconoscimento pieno e tempestivo della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. Pertanto, una nuova interpretazione del sistema normativo alla luce del "monito" del Giudice delle leggi sarebbe quantomeno auspicabile, al di là dell'efficacia vincolante dello stesso (vuoi per il giudice, vuoi per il legislatore).

³ Per una ricostruzione più dettagliata della questione si consenta di rimandare a M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Consulta Online*, 3, 2021, spec. 1052-1058 e per un commento dettagliato delle diverse tematiche affrontate dalla Corte v. almeno l'approfondimento sul 3, 2021 di *BioLaw Journal (Focus on, 7-199)*.

⁴ La Corte costituzionale si è pronunciata più volte sulla legge n. 40/2004, dichiarandone l'illegittimità costituzionale nei seguenti punti: laddove imponeva la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto; nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna (Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151); nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia quale causa di sterilità o infertilità assoluta e irreversibile (Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162); nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (Corte cost., sent. 5 giugno 2015, n. 96); nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche quando essa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili (Corte cost., sent. n. 11 novembre, n. 229).

⁵ Art. 1 legge n. 40/2004 (*Finalità*).

⁶ Art. 5 legge n. 40/2004 (*Requisiti soggettivi*).

⁷ La fecondazione eterologa è una tecnica di procreazione medicalmente assistita che consiste nell'impianto nell'utero della madre biologica (che coincide con quella sociale) di uno o più embrioni formati da gameti, in parte o in tutto, estranei alla coppia committente. Nel primo caso avremo una fecondazione eterologa parziale in quanto uno dei due gameti (maschile o femminile) apparterrà alla coppia committente mentre l'altro provverrà da un terzo donatore estraneo ad essa. Nel secondo avremo invece una fecondazione eterologa totale in quanto

omosessuali, distinguendo così l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale dall'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive (allo stesso modo dell'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata). Anche secondo la Corte costituzionale, infatti, «[s]i tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla pma delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»⁸ ma, come detto, di una scelta volta a riconoscere alla pma una finalità prettamente ed esclusivamente terapeutica. Diverso, invece, il caso della surrogazione di maternità⁹, vietata – e penalmente sanzionata – dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004. Nelle dichiarate intenzioni del legislatore del 2004, infatti, il ricorso alle pratiche di procreazione deve rispettare condizioni e modalità che assicurino «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Dello stesso avviso anche il Giudice costituzionale che, seppur in un *obiter dictum*¹⁰, nella sent. 18 dicembre 2017, n. 272 ha definito la pratica dell'"utero in affitto", nel suo prevedere la gestazione e la conseguente cessione per contratto del nato alla coppia committente, un'offesa «intollerabile» della dignità della donna che «mina nel profondo le relazioni umane». Mentre con la già menzionata sentenza n. 221/2019 si è limitato a ricordare come tale divieto sia considerato dalla giurisprudenza espressivo di un principio di ordine pubblico. Secondo questa interpretazione, non è ammissibile che una donna si presti a intraprendere e a portare a termine una gravidanza per conto di altri: viene infatti in rilievo in questo caso, come si chiarirà a breve, l'esigenza di garantire e proteggere la dignità della donna. La problematica principale è rappresentata però dalla liceità di questa pratica in altri Paesi dove spesso coppie si recano per realizzare il proprio sogno di genitorialità, con la conseguenza che spesso ci si è interrogati sulla trascrivibilità in Italia dei provvedimenti amministrativi o giurisdizionali stranieri che riconoscono la genitorialità del genitore *solo* di intenzione. Proprio questo è stato il problema che ha recentemente impegnato tanto la Corte di Cassazione quanto la Corte costituzionale in una vicenda di surrogazione di maternità. In breve, il caso riguardava un bambino nato in Canada da una donna nella quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana unito in matrimonio in Canada – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana, con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale. Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano formato un atto di nascita che indicava come genitore solo il primo, mentre non erano stati menzionati né il c.d. genitore di intenzione né la madre surrogata che aveva partorito il bambino (né la donatrice dell'ovocita). In seguito, la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, e aveva disposto

entrambi i gameti che formano l'embrione da impiantare nell'utero della gestante provverranno da donatori terzi alla coppia.

⁸ Corte cost., sent. 23 ottobre, 2019, n. 221, § 12 *Considerato in diritto*.

⁹ Per surrogazione di maternità (o "utero in affitto") si intendono tutti quei casi in cui una donna porta a termine una gravidanza indotta artificialmente per conto di un'altra, la quale, dopo la nascita, assumerà il ruolo giuridico (e naturalmente sociale) di madre, con conseguente scissione tra maternità e gestazione.

¹⁰ Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272, relativa ad un caso di surrogazione di maternità effettuata da una coppia eterosessuale all'estero, nel quale la madre intenzionale aveva riconosciuto la figlia come propria e il PM aveva impugnato il riconoscimento (art. 263 c.c.) perché non veritiero (di qui la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.).

la corrispondente rettifica dell'atto di nascita in Canada. I due uomini avevano quindi chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l'atto di nascita del bambino in Italia, sulla base del provvedimento della Corte Suprema della British Columbia. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, essi avevano chiesto alla Corte d'appello di Venezia il riconoscimento del provvedimento canadese in Italia ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995. Nel 2018 la Corte d'appello di Venezia aveva accolto il ricorso, riconoscendo l'efficacia in Italia del provvedimento. L'Avvocatura dello Stato aveva tuttavia interposto ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore.

Come ricorda la Prima Sezione, la Corte costituzionale riconosce che il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità è stato qualificato dalla giurisprudenza di legittimità come principio di ordine pubblico¹¹ (e quindi ostativo del riconoscimento del provvedimento straniero nell'ordinamento interno), in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante. Inoltre, gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero 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. Pur riconoscendo tutto ciò, il Giudice delle leggi nelle sue argomentazioni valorizza l'importanza degli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, con particolare riferimento ai suoi rapporti con la coppia che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento. Il principio valorizzato dal Giudice costituzionale è che in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei "migliori interessi" o dell'"interesse superiore"¹² del minore¹³. E non v'è dubbio che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia e sono parte integrante della sua stessa identità¹⁴. E

¹¹ Sul punto sia consentito rimandare ai riferimenti riportati in M. CALDIRONI, *op. cit.*, nt. 19.

¹² Critiche rispetto a questa traduzione (seppur ormai consolidata): C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 129-130; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, *ivi*, 87; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss.

¹³ Corte cost., sentenza n. 102/2020.

¹⁴ Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, *Menesson contro Francia*, paragrafo 96.

Contr. v. però C. TRIPODINA: «Di solito, e particolarmente nei casi di maternità surrogata, il migliore interesse del bambino viene fatto coincidere con il migliore interesse dei genitori: con la continuità delle relazioni affettive e la preservazione dei vincoli giuridici già instaurati, soprattutto quando la valutazione avviene a cose fatte, col "bimbo in braccio". Cosa che in concreto fa sì che, anche se un bambino viene ottenuto in violazione della legge, basta avere trascorso con lui in intimità familiare un certo periodo per poterlo "usucapire". Ma forse occorrerebbe considerare anche altri profili del *best interests of the child*: se corrisponda al miglior interesse del minore l'interruzione *a brupto*, immediatamente dopo il parto, del profondissimo legame simbiotico che si instaura tra lui e la madre biologica nell'arco dei nove mesi della gestazione, il fatto di non potere mai più avere con lei relazioni, di non potere neppure sapere chi sia; se corrisponda al suo miglior interesse trascorrere il resto della

ciò anche laddove tale nucleo di affetti sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento in cui l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale¹⁵. Analogamente a quanto affermato dalla Corte EDU¹⁶, essa ribadisce la necessità che i nati mediante maternità surrogata ottengano un riconoscimento giuridico effettivo e celere del "legame di filiazione" con entrambi i componenti della coppia. La Corte costituzionale osserva che un tale riconoscimento al momento non esiste nel nostro ordinamento, in quanto l'unica ipotesi ritenuta praticabile dalle Sezioni Unite per l'esistenza di limiti di ordine pubblico (rappresentati dal divieto penalmente sanzionato della surrogazione di maternità) sarebbe la soluzione offerta dall'istituto di cui all'art. 44 lett. d) della legge 4 maggio 1983, n. 184 ("Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori"), ossia la c.d. adozione in casi particolari; che tuttavia risulta inadeguata ad assicurare una tutela piena del minore. Infatti, sia la dottrina sia la giurisprudenza dubitano che tale adozione possa considerarsi una "adozione piena"¹⁷, che conferisca anche la formazione di diritti successori. Ma la vera criticità sarebbe costituita dal necessario assenso all'adozione del genitore biologico, assenso che in caso di crisi della coppia potrebbe essere negato¹⁸. Secondo la Prima Sezione la «lettura della clausola di ordine pubblico come preconstituita da una valutazione generale e

vita con chi ha violato la legge per averlo; se corrisponda al suo miglior interesse la frantumazione e destrutturazione dei legami genitoriali a cui viene esposto» (*C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 130).

Per approfondire il tema del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, escludendo quindi l'anonimato ma garantendo la conoscibilità della madre surrogata, si rimanda tra i tanti a: B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 341-345; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1, 2018, 9-12; L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *Genus*, 2016, 45; D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 211 ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. di dir. internazionale*, 2014, 1123 ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per nascita"*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 135 ss.; C. CIRAIOLO, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari nella procreazione medicalmente assistita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, 812 ss.; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, 1-18. Nella giurisprudenza costituzionale vedi almeno Corte cost., sentenza 22 novembre 2013, n. 278 e Corte cost., sentenza 10 giugno 2014, n. 162. I riferimenti giurisprudenziali e dottrinali qui riportati non (sempre) riguardano esplicitamente la surrogazione di maternità, ma sembrano adattarsi anche a questo caso, almeno al fine di indagare la portata del diritto a conoscere le proprie origini.

¹⁵ Così Corte cost., sent. n. 221/2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601.

¹⁶ *Menesson v. Francia*, paragrafo 100; sentenza *D. v. Francia*, paragrafo 64.

¹⁷ E questo, nonostante recentemente la Corte costituzionale abbia stabilito che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante discrimina, in violazione dell'art. 3 Cost., il bambino adottato "in casi particolari" rispetto agli altri figli e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli artt. 31, comma 2, e 117, comma 1, della Cost. in relazione all'articolo 8 della CEDU (dal dispositivo della sentenza 28 marzo 2022, n. 79: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante»).

¹⁸ Sul punto v. da ultimo Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32.

aprioristica del legislatore che comporti la prevalenza della finalità antielusiva sull'interesse del minore e che conduca necessariamente al diniego del riconoscimento dello *status filiationis* non ha più alcun fondamento coerente nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale¹⁹. Tuttavia, quest'ultima conviene che spetti alla discrezionalità del legislatore trovare una soluzione a questo vuoto di tutele tenendo in considerazione la pluralità degli interessi in gioco, tra i quali la dignità della gestante (protetta dal divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità) e anche la preservazione dell'istituto della adozione da possibili elusioni. Nonostante l'inammissibilità, l'accertamento della incostituzionalità è però chiaramente dimostrato dal monito rivolto al legislatore²⁰.

2. Le soluzioni interpretative proposte

Per l'individuazione di possibili soluzioni adeguate a rispondere al deficit di tutele sottolineato dal Giudice costituzionale, la Prima sezione inizia il suo ragionamento concentrando l'analisi sugli istituti della delibazione delle sentenze straniere e della trascrizione degli atti di stato civile. Essa evidenzia come con la delibazione naturalmente non si recepisca nell'ordinamento interno l'accordo di maternità surrogata (e nemmeno si legittimi tale pratica in Italia) ma, piuttosto, (si recepisca) «l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione»²¹. Non è allora in discussione un preteso diritto alla genitorialità, quanto il solo interesse del minore a veder riconosciuti quel fascio di doveri in capo ad entrambi i genitori che hanno condiviso il progetto procreativo. Soltanto in questo modo, infatti, si darebbe quell'indispensabile continuità allo *status* del minore – e ai diritti connessi – già riconosciuto nell'ordinamento in cui egli è nato, senza con ciò mettere in discussione l'illiceità della pratica della surrogazione di maternità nel nostro paese. La Corte individua, tuttavia, una criticità degli strumenti esistenti per pervenire al riconoscimento della filiazione (ossia, la trascrizione e la delibazione): si tratta del carattere (tendenzialmente) automatico

¹⁹ Corte di Cassazione, Sezione I, ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842.

²⁰ *Ibidem*: «tale pronuncia rientra nell'ambito delle decisioni d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata che, parte della dottrina denomina anche come pronunce d'inammissibilità per "eccesso di fondatezza". [...] La motivazione adottata dalla Corte Costituzionale appare infatti, come si è detto, fondata chiaramente sull'accertamento dell'incostituzionalità di una lettura delle varie norme, richiamate dall'ordinanza del giudice *a quo*, che sia ostativa al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale laddove invece il giudice costituzionale ha chiaramente affermato che è attribuita alla discrezionalità del legislatore stabilire le modalità e lo strumento con cui pervenire al riconoscimento. L'accertamento della denunciata incostituzionalità è insito evidentemente nel monito rivolto al legislatore eppure non si coniuga, come avviene in altri ordinamenti e come è avvenuto in un noto precedente della stessa Corte costituzionale (ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018), con l'assegnazione di un termine al legislatore per il suo intervento, ritenuto necessario al fine di eliminare il conflitto fra il diritto esistente e i parametri costituzionali».

Il motivo per cui la Corte costituzionale abbia deciso di adottare "soltanto" una sentenza monito, invece di una pronuncia di incostituzionalità sospesa (nonostante la primaria rilevanza degli interessi in gioco) potrebbe ravvisarsi nel ritenere possibile una "concretizzazione" costituzionalmente conforme del limite dell'ordine pubblico da parte della Cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica. In altri termini, l'intervento del legislatore non sarebbe l'unico ammissibile per ovviare alla incostituzionalità della normativa impugnata – seppur il più appropriato, anche solo per il rispetto del riparto delle competenze tra i vari poteri dello Stato –, ma vi sarebbe anche una soluzione giurisprudenziale (anche se, naturalmente, non invocabile esplicitamente).

²¹ Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

che tali strumenti hanno progressivamente acquisito «per effetto di una maggiore internazionalizzazione dei rapporti sia economici che personali e per l'accresciuta mutualità del riconoscimento che gli ordinamenti statali vanno via via incrementando»²², mentre un materia sensibile come quella in esame richiederebbe una valutazione ponderata “caso per caso”. La valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico deve allora essere compiuta non in astratto, ma – sia pure alla luce di criteri generali – con riferimento ai singoli casi concreti. Valutazione che dovrà essere guidata dai criteri di ragionevolezza e proporzionalità tra i valori costituzionali in potenziale conflitto, senza che vi sia una aprioristica definizione di prevalenza di un interesse sull'altro (pur «non disattendendo il principio ribadito dalla Corte Costituzionale della preminenza degli interessi del minore declinato nella direzione della costante ricerca della soluzione ottimale in concreto da privilegiare»²³).

I valori tutelati dal divieto penale di surrogazione di maternità individuati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sono essenzialmente due: la dignità della gestante e la preservazione dell'istituto dell'adozione. Nell'analisi che segue ci soffermeremo principalmente sul primo (ossia la tutela della dignità della donna), proprio considerando la sua importanza e centralità che si desume anche dalle stesse riflessioni svolte nell'ordinanza in esame.

In primo luogo, è quantomeno plausibile che la donna che accetta di portare a termine una gravidanza per altri si trovi in una condizione di soggezione e che la sua dignità non risulti lesa soltanto a condizione che tale scelta sia stata libera, consapevole, revocabile fino alla nascita del bambino e indipendente da controprestazioni economiche. Nel caso di mancanza di tali garanzie nel paese in cui avviene la surrogazione di maternità è verosimile pensare (e in questo senso, giuridicamente, anche presumere) che non sia rispettata la dignità della donna, e che quindi la tutela di tale valore nel nostro ordinamento impedisca la delibazione e la trascrizione dell'atto di riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione, naturalmente in un'ottica di valutazione delle specificità di ciascun caso, individuando sempre una soluzione che rispetti l'interesse del minore. Se invece queste condizioni fossero presenti sembrerebbe illegittimo un aprioristico diniego del riconoscimento del provvedimento straniero attestante lo *status filiationis*, in quanto non è necessario per la tutela della dignità della gestante già garantita dall'ordinamento straniero. Una valutazione come quella prospettata dalla Prima Sezione manterrebbe senz'altro una «indiretta ma ampia efficacia dissuasiva», mentre, una soluzione – come quella oggi prevista dal diritto positivo – che non dovesse offrire alcuna possibilità di riconoscimento, nemmeno qualora fosse garantita la donna e fosse verificato in concreto dal giudice l'interesse del minore a tale riconoscimento, «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»²⁴.

In estrema sintesi, la Prima Sezione si interroga se sia possibile affidare al singolo giudice investito della richiesta di delibazione la valutazione del conflitto fra l'interesse al riconoscimento del rapporto di filiazione e i limiti di ordine pubblico internazionale, basando tale valutazione sui criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza affermati dalla Corte costituzionale nella ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore. Più nello specifico, si chiede se i criteri dell'adesione libera e consapevole, non determinata da ragioni economiche della donna, la revocabilità del consenso fino

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

alla nascita del bambino, oltre che la necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori²⁵, possano considerarsi direttive valide per la decisione del giudice nei casi sottoposti al suo esame²⁶.

3. Alcune considerazioni

La “revisione” della portata del limite di ordine pubblico (costituito dal divieto penale di surrogazione di maternità) proposta, fa leva su alcune precedenti argomentazioni delle stesse Sezioni Unite del 2019²⁷ che, almeno da una prima analisi, parrebbero presentare profili di contraddittorietà, o che comunque non sembrano convincere pienamente.

In primo luogo, il limite di ordine pubblico – almeno nell’interpretazione data dalle Sezioni Unite – sembra colpire maggiormente determinati soggetti rispetto ad altri senza che siano chiariti dettagliatamente i motivi. Infatti, si deve considerare che la condotta illecita riguarda entrambi i genitori allo stesso modo, anche solo per il contributo che entrambi danno nell’avviamento della procedura. Tuttavia, la pratica vietata risulterebbe operativa e “valida” per il genitore biologico che attivamente avrebbe partecipato al procedimento procreativo fornendo i propri gameti, mentre la “sanzione” opererebbe per il solo genitore di intenzione che avrebbe come unica “colpa” quella di essersi assunto intenzionalmente tutte le responsabilità connesse allo *status* di genitore, pur non avendo avuto alcun ruolo efficiente nella procreazione. Ci si potrebbe quindi chiedere, prendendo in prestito le categorie proprie del diritto penale, quale delle due condotte dimostri una maggiore offensività²⁸, e se quindi sia ragionevole un tale distinguo dal punto di vista degli effetti (per di più elaborato giurisprudenzialmente). La prima sensazione è che la persona che fornisce i gameti necessari all’impianto sia quella che tiene la condotta più rilevante nei confronti della donna, partecipando materialmente alla surrogazione (dopo, s’intende, la condotta del sanitario che infatti la dottrina maggioritaria individua come l’unica penalmente rilevante). Mentre al genitore d’intenzione non sembrerebbe possibile rimproverare altro se non la condivisione del progetto procreativo (illecito)²⁹.

L’impressione è allora che il limite di ordine pubblico valga soltanto per ostacolare l’ingresso nel nostro ordinamento di determinati rapporti genitoriali, e non di altri, indipendentemente dal divieto che lo fonderebbe e che richiederebbe un’efficacia almeno equivalente³⁰. Infatti, il divieto di surrogazione di

²⁵ Per evitare così possibili elusioni dell’istituto dell’adozione.

²⁶ Per completezza si ricorda che la Corte di Cassazione si chiede anche se «derivi anche dal diritto dell’Unione Europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo *status filiationis* acquisito all’estero da un minore cittadino italiano nato dalla gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura i cui tale disconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell’Unione» (Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022).

²⁷ Cass. Sez. Un., sent. n. 12193/2019.

²⁸ Almeno rispetto alla gestante.

²⁹ Che naturalmente, per sua natura (considerata la *condivisione*), sarebbe addebitabile ad entrambi i genitori in egual misura.

³⁰ V. anche G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 69, secondo la quale: «Le Sezioni Unite [...] paiono concepire l’ordine pubblico internazionale alla stregua di un “arsenale” di principi non strutturati al quale attingere, pressoché liberamente, per impedire l’accesso ad atti e provvedimenti stranieri che potrebbero minare la “coerenza interna” dell’ordinamento giuridico».

maternità, per come strutturato, dovrebbe operare per tutti i rapporti genitoriali nello stesso modo, quindi: o per tutti i rapporti genitoriali derivanti da un comportamento vietato (ed a maggior ragione per chi abbia partecipato attivamente al procedimento procreativo) oppure per nessuno di questi. Non si rinvergono elementi nell'ordinamento che avvalorino la distinzione fatta dalle Sezioni Unite. Solo il principio del *favor veritatis* potrebbe forse dare un sostegno a questa tesi, anche se dalla stessa giurisprudenza di legittimità, ma soprattutto dal dato normativo³¹ si palesa il suo valore del tutto marginale nel nostro ordinamento.

La presunta assolutezza del divieto di ordine pubblico in ragione del presidio penale cede di fronte alla relazione biologica con un genitore, così ponendo la discendenza genetica in una posizione evidentemente sovraordinata allo stesso limite di ordine pubblico³²; tanto che, questa argomentazione ha spinto parte della dottrina ad interrogarsi se in caso di maternità surrogata realizzata interamente con materiale genetico della coppia committente, la derivazione biologica prevarrebbe sull'ordine pubblico salvando il rapporto con entrambi i genitori³³.

In altri termini, sembra che la Cassazione faccia propria una nozione di ordine pubblico differenziata, bilanciabile con altri elementi considerati rilevanti dall'ordinamento come la derivazione genetica.

«[L']ordine pubblico, quindi, appare prevalere solo se manca la derivazione biologica, la quale, da un lato, salva il legame con il padre genetico (come già avvenuto in caso di legami costituiti in coppie lesbiche) anche a fronte di un divieto reputato assoluto; dall'altro, ove assente, fa prevalere la clausola dell'ordine pubblico»³⁴.

Come detto in apertura, tuttavia, il divieto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico si giustifica soltanto alla luce del bene giuridico che il divieto penale è volto a tutelare: la dignità della gestante. È questo allora il criterio che deve guidare la definizione della portata dei limiti suesposti, al fine di non negare i presupposti che giustificano la loro stessa esistenza.

Sorge allora spontaneo chiedersi se la dignità della donna risulti sempre violata in tutti i casi di surrogazione di maternità. Sono infatti molto diverse fra loro le realtà nelle quali essa è consentita, e pur semplificando la questione, sembra evidente che non possano considerarsi allo stesso modo procedure gratuite e onerose³⁵, così come normative nelle quali la gestante può revocare il suo consenso

³¹ Se consideriamo anche solo l'istituto della adozione e la disciplina delle pma (con particolare riferimento alla fecondazione eterologa).

³² A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 17.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ivi*, 18.

³⁵ Il che, naturalmente, non esime dalla necessità di argomentare in modo convincente la violazione (o meno) della dignità della donna a seconda dello specifico caso e, in questo senso, si sono registrate voci critiche rispetto alla ricostruzione secondo la quale la dignità della donna venga violata soltanto nei casi di surrogazione c.d. commerciale. Secondo tali diverse ricostruzioni deve escludersi «che, quando non è previsto l'esborso di denaro o gli accordi riproduttivi rimangono in un ambiente familiare, la pressione sulla madre surrogata venga per ciò stesso meno. Al contrario, l'esistenza di una relazione affettiva con i genitori intenzionali può rendere la madre surrogata ancora più vulnerabile alle pressioni emotive e alle coercizioni concernenti la gestazione e il parto» (Così E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 23, richiamando in nota J.G. RAYMOND, *Reproductive Gifts and Gift Giving: The Altruistic Woman*, in *The Hastings Center Report*, 6, 1990, 9; U. NARAYAN, *Family Ties. Rethinking*

fino al momento del parto e altre che prevedono (o anche solo permettono) forti penali volte a impedire o limitare una piena libertà di scelta della donna.

In conclusione, la proposta che la Prima Sezione sottopone al vaglio delle Sezioni Unite mira ad una reinterpretazione del limite dell'ordine pubblico in modo che si ponga ad effettiva tutela della dignità della donna. Ma non una tutela generale e astratta di una pratica che potenzialmente possa ledere la dignità della gestante intesa, come è stato detto³⁶, in senso oggettivo³⁷; bensì che tuteli la "dignità soggettiva" della donna. Secondo questa prospettazione il limite di ordine pubblico non dovrebbe operare nei casi in cui la madre surrogata non sia in una condizione di soggezione e la sua scelta di portare avanti una gravidanza per altri sia libera e consapevole, libera da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del figlio. In questo caso infatti già l'ordinamento straniero nel quale la procedura sarebbe svolta garantirebbe la dignità soggettiva della donna, seppur da verificare caso per caso assieme a tutti gli altri interessi in discussione. Le surrogazioni di maternità non sono quindi "tutte uguali", ma vi possono essere modalità molto diverse tra loro, e a queste differenze dovrebbero corrispondere risposte giuridiche adeguate a coglierne le sfumature³⁸.

Non può considerarsi irrilevante il fatto che in taluni casi la madre gestazionale sia mossa da amicizia o affetto nei confronti della coppia "committente", e che quindi compia un atto di generosità che esprime di per sé una "solidarietà sociale" valorizzata anche dall'art. 2 della Costituzione.

Si è scritto che il legislatore potrebbe uscire «dall'arroccamento» e adeguarsi alle legislazioni europee più permissive consentendo così «di affrontare ciò che oggi non riesce ad arginare: l'ingresso in Italia

Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody, in U. NARAYAN, J.J. BARTKOWIAK (ed.), *Having and Raising Children. Unconventional Families, Hard Choices, and the Social Good*, University Park, 1999, 70; M. HUNTER-HENIN, *Surrogacy: Is There Room for a New Liberty between the French Prohibitive Position and the English Ambivalence?*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics. Current Legal Issues*, Oxford, 2008, 344).

Eguale, ammoniscono sulle implicazioni di tale pratica sia a titolo oneroso sia gratuito C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., spec. 132-141; A.M. GAMBINO, T. PASQUINO, *Gestazione surrogata: altruismo o costrizione? Profili giuridici*, in *L'Arco di Giano*, 88, 2016, 92; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 3, 2019, 375 s.; G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2020, 693-694, M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della coesistenza*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 54 ed esprimono preoccupazione per la dignità della donna: B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 91-118; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 191-234; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 3-28; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 78-90.

³⁶ R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 146-147.

³⁷ Così, criticamente: «Che cosa contenga la dignità umana "oggettiva" non si sa con precisione: essa, l'ordine pubblico internazionale, il buon costume, la morale corrente giocano lo stesso ruolo che la parola Tû-Tû ricopriva presso la mitologica tribù delle Noï sulle Islands descritta da Alf Ross. Chiedersi che cosa significhi Tû-Tû "is pure nonsense", e altrettanto può dirsi della "dignità oggettiva". Richiamarla serve per chiudere definitivamente il discorso ("la GPA è vietata dalla legge penale"), ma con essa non si può aprirne un altro. Che invece è necessario aprire» (ivi, 147).

³⁸ V. anche B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 112.

di bambini che sono stati legittimamente generati per GPA [gestazione per altri] in base alla legislazione del Paese in cui l'episodio si è svolto»³⁹. Infatti, «di fronte al pericolo che di uno strumento si faccia cattivo uso si possono introdurre regole che lo disciplinino, senza però sottoporlo a divieto assoluto, penalmente sanzionato»⁴⁰. Tuttavia, non sembra questa la direzione indicata dalle recenti proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati sul tema, tra cui la n. 2599 (Carfagna) e la n. 306 (Meloni)⁴¹ che estenderebbero i limiti di applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero in relazione alle fattispecie di surrogazione di maternità (e alla commercializzazione di ovuli e gameti, per quanto riguarda la proposta n. 306)⁴².

Se, quindi, al momento non pare molto probabile un'inversione di rotta rispetto al superamento del divieto penale di surrogazione di maternità, la giurisprudenza sembra almeno indicare la direzione e le possibili soluzioni per il riconoscimento dei rapporti genitoriali dei minori nati tramite queste procedure nel rispetto di tutti i principi in gioco ed in particolare della dignità della donna e della sua autodeterminazione.

³⁹ R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, cit., 149.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Si segnalano anche le proposte al Senato nn. 280 (Candiani), 519 (Gasparri) e 201 (Bertacco).

⁴² Più diffusamente sul tema 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, 1-12; e in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2021, 30-40.

La Vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

*Kostanza Tomaino **

COVID-19 COMPULSORY VACCINATION IN A PERSPECTIVE OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: Covid-19 vaccination is considered the only effective tool against the pandemic. To achieve public health goals, some countries, including ours, considered making it mandatory. However, the imposition of a mandatory vaccination represents a significant implication on the exercise of fundamental human rights. On 8 April 2021, the HUDOC ruled on the mandatory vaccination for the protection of the rights of the most vulnerable people. This work aims to give an analysis of main legal and ethical issues focused on this case that should be taken in consideration by the States before assessing the need for mandatory vaccination.

KEYWORDS: HUDOC; Covid-19; mandatory vaccination; proportionality; Right to private life.

ABSTRACT: La vaccinazione contro il Covid-19 è considerata l'unico strumento efficace contro la pandemia. Al fine di raggiungere gli obiettivi di salute pubblica alcuni paesi, compreso il nostro, hanno valutato l'ipotesi di renderla obbligatoria. Tuttavia, l'imposizione di un obbligo comporta una significativa interferenza nell'esercizio di diritti e libertà individuali. L'8 aprile 2021 la Corte Edu si è pronunciata sulla vaccinazione obbligatoria a tutela dei diritti delle persone più vulnerabili. Il presente lavoro mira a fornire un'analisi delle principali implicazioni legali ed etiche emerse in tale pronuncia che dovrebbero essere prese in considerazione dagli Stati prima di introdurre un obbligo vaccinale generalizzato.

PAROLE CHIAVE: Corte Edu; Covid-19; vaccinazione obbligatoria; proporzionalità; diritto alla vita privata.

SOMMARIO: 1. Problematiche etiche relative alla vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 – 2. Il caso *Vavříčka and others v. the Czech Republic* – 2.1. La questione giuridica sottoposta al vaglio della Corte Edu – 2.2. La soluzione adottata – 2.3. Possibili implicazioni in tema di vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 – 3. La vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 nel contesto nazionale – 4. Prospettive di legittimità dell'obbligo generalizzato alla vaccinazione contro il Covid-19.

* *Avvocato del foro di Perugia, PhD Student in Etica, Diritto e Scienza presso l'Università degli Studi di Perugia. Mail: kostanza.tomaino@studenti.unipg.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*



1. Problematiche etiche relative alla vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19

Negli ultimi due anni, l'emergenza sanitaria causata dal virus SARS-CoV-2 ha avuto importanti ripercussioni sulla salute pubblica dell'intera popolazione mondiale¹ con conseguiti ripercussioni negative non solo sulla politica economica globale e più in generale sulla vita di relazione, ma bensì anche e soprattutto sull'esercizio dei diritti e delle libertà individuali. Fin da subito, infatti, le misure restrittive adottate dai governi per far fronte alla pandemia hanno dato luogo ad un incessante e necessario bilanciamento tra esigenze volte a salvaguardare la salute pubblica e l'esercizio di diritti umani di pari rilevanza, in cui spesso questi ultimi sono stati sacrificati in nome dell'interesse della collettività².

Se, fino a due anni fa, ad interferire con le libertà individuali vi era la paura di un utilizzo sproporzionato e senza limiti di nuove tecnologie applicate alla medicina – si pensi ad esempio allo strumento tanto discusso del *contact tracing* impiegato per tracciare e gestire i contatti delle persone risultate positive³ – attualmente, con lo sviluppo dei vaccini contro il Covid-19, il diritto alla vita privata, la riservatezza dei dati personali relativi alla propria salute nonché il diritto all'autodeterminazione rischiano di essere compromessi in ragione dell'introduzione di un vero e proprio obbligo vaccinale esteso all'intera popolazione, a prescindere dall'esposizione al rischio di contagio e non solo circoscritto a specifiche categorie di soggetti.

Invero, i vaccini sono considerati, ad oggi, l'unica arma di difesa offerta dalla scienza medica per combattere la diffusione della pandemia, tanto che in diversi paesi, tra cui anche il nostro, è stata considerata la possibilità di rendere obbligatoria la vaccinazione contro il Covid-19 al fine di raggiungere la tanto ambita immunizzazione globale.

Di fronte a tale eventualità, si è assistito ad opinioni politiche contrastanti. Da un lato, infatti vi è chi nutre forti perplessità sull'esistenza di prove sufficientemente certe dell'efficacia e dell'efficienza dei vaccini sviluppati contro il Covid-19, tali da giustificare l'imposizione di un obbligo vaccinale che ostacoli l'esercizio di diritti e libertà fondamentali, propendono pertanto per una vaccinazione unicamente

¹ Per un aggiornamento in tempo reale dei casi confermati di Covid-19 inclusi decessi e dosi di vaccino somministrate a livello globale si rimanda al dashboard sull'emergenza sanitaria istituito dall'Organizzazione mondiale della sanità, consultabile in <https://covid19.who.int/> (ultima visualizzazione 25/01/2022).

² Sul tema *ex multis*, CONSIGLIO D'EUROPA, Regional online round table, *The impact of the COVID-19 pandemic on human rights and the rule of law*, Strasbourg, 28 April 2020; A. D'ALOIA, *Il parere del CNB su CoViD-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale: osservazioni a margine*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 5; C. CASONATO, *Health at the time of CoViD-19: tyrannical, denied, unequal health*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, 315; L. CASTELLI, *Pandemia e diritti costituzionalmente garantiti: alla ricerca del giusto equilibrio tra tutela della salute e libertà individuali*, in L. FERRUCCI (a cura di), *Covid-19. Tra emergenza sanitaria ed emergenza economica. Riflessioni dal mondo delle scienze sociali*, Perugia, 2020, 59 ss.; P. DĄBROWSKA-KŁOSIŃSKA, *The Protection of Human Rights in Pandemics—Reflections on the Past, Present, and Future*, in *German Law Journal*, 22, 6, 2021, 1029; V. TRSTENJAK *The Corona Crisis and Fundamental Rights from the Point of View of EU Law*, in E. HONDIUS, M. SANTOS SILVA, A. NICOLUSSI, P. SALVADOR CODERCH, C. WENDEHORST, & F. ZOLL, *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge, 2021, 3 ss.

³ Con una visione critica si veda: F.P. MICOZZI, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020 (S8) in L. BUSATTA, M. TOMASI (a cura di), *Un diritto per la pandemia*, 623 ss. Per un'analisi sui principali nodi giuridici relativi al *contact tracing* si veda: C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 704 ss.

su base volontaria. A sostegno di tali argomentazioni si evidenzia la natura stessa del vaccino contro il Covid-19 quale farmaco emergenziale, dovuta soprattutto alla particolare velocità con la quale tali vaccini sono stati sviluppati, approvati, prodotti e messi in commercio nonché al continuo susseguirsi di risultati scientifici, con specifico riferimento all'insorgenza delle molteplici varianti, che spesso presentano anche nel breve periodo dati tra di loro discordanti.

In tale contesto, l'Italia è stato il primo paese europeo ad introdurre nell'Aprile 2021 uno specifico obbligo di vaccinazione anti SARS-CoV-2 limitato a determinate categoria di soggetti: gli esercenti le professioni sanitarie e operatori di interesse sanitario, prevedendo la vaccinazione quale requisito indispensabile per l'esercizio della professione, e severe sanzioni che si ripercuotono sul godimento di diritti fondamentali in caso di violazione⁴.

Successivamente l'obbligo vaccinale è stato esteso dapprima al personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, degli organismi preposti alla difesa nazionale di cui alla legge n. 124/2007, delle strutture sanitarie e sociosanitarie e degli Istituti penitenziari,⁵ ed in seguito alla popolazione ultra cinquantenne per la quale è stata prevista una specifica sanzione pecuniaria di cento euro, nonché al personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori⁶.

È così che, con l'entrata in vigore di tali disposizioni, è sorta l'esigenza di interrogarsi sulla legittimità di tale obbligo ed in particolare sulla sua compatibilità con la tutela del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 della nostra Carta fondamentale e con i limiti imposti dal rispetto della persona umana a cui la stessa legge, anche in ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio, non può in ogni caso derogare.

A fare da cornice a questo acceso dibattito, l'8 aprile 2021 è intervenuta un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo⁷ relativa alla vaccinazione infantile obbligatoria in cui è stato statuito che la legge nazionale che impone un obbligo vaccinale alla popolazione pediatrica non rappresenta una violazione della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo⁸.

A ben vedere, sebbene tale pronuncia non entri nel merito della vaccinazione anti Covid-19, sulla scorta dei principi in essa enunciati, per molti essa ha rappresentato una fonte di legittimazione per gli

⁴ Art. 4 Decreto Legge 1° aprile 2021, n. 44 coordinato con la legge di conversione 28 maggio 2021 n. 76 recante: «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici», G.U. n. 128 del 31-05-2021.

⁵ Artt. 1 e 2 Decreto Legge 26 novembre 2021, n. 172 convertito con modificazioni dalla L. 21 gennaio 2022, n. 3 «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali», G.U. n. 19 del 25-01-2022.

⁶ Artt. 1 e 2 Decreto Legge 7 gennaio 2022, n. 1 convertito con modificazioni dalla L. 4 marzo 2022, n. 18 recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore», G.U. n. 56 del 08-03-2022.

⁷ CORTE EDU, 8 Aprile 2021, Ricorso n. 47621/13 et al., *Causa Vavříčka and others v. the Czech Republic*, in <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-209039%22%5D%7D>, (ultima visualizzazione 20/10/2021).

⁸ La decisione è stata già oggetto di autorevoli commenti. In particolare si veda M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 445 ss.; M.L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2021, 272 ss.; G. GOTTI, *La necessità in una società democratica degli obblighi vaccinali per i minori (nota a margine della sentenza della Corte EDU Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 4, 2021, 356 ss.

Stati ad imporre mediante una propria legge nazionale un obbligo riferibile in generale a qualsiasi tipo di vaccinazione e, pertanto, anche a quella conto il Covid-19.

È del tutto evidente, dunque, l'importanza che tale pronuncia riveste all'interno dell'attuale dibattito sulla vaccinazione obbligatoria anti Covid-19 e sui riflessi che la stessa potrebbe avere su un'eventuale introduzione nel nostro ordinamento di un tale obbligo vaccinale esteso all'intera popolazione.

Pertanto, il presente lavoro cercherà, senza alcuna pretesa di esaustività, di fare chiarezza sull'argomento fornendo una breve analisi di tale pronuncia, con lo scopo di verificare se da essa sia davvero possibile dedurre principi di carattere generale che rendano compatibile con i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali proclamati dalla Convenzione un obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 esteso all'intera popolazione.

A tal fine sarà necessario preliminarmente inquadrare la questione giuridica sottoposta al vaglio della Corte, principiando proprio dai fatti di causa, per poi analizzare il ragionamento seguito dalla stessa per giungere alla soluzione adottata.

Nella seconda parte del lavoro, alla luce dell'analisi condotta, cercheremo di inquadrare il reale contenuto della decisione verificando eventuali profili di novità anche rispetto a precedenti casi già vagliati dalla giurisprudenza nazionale, soffermandoci, inoltre, sull'esistenza di strumenti giuridici che potrebbero in ogni caso legittimare nel nostro ordinamento l'introduzione di un obbligo vaccinale generalizzato contro il Covid-19.

Tuttavia, si ritiene doveroso precisare sin da subito che il presente contributo non intende fornire una propria posizione favorevole o contraria sull'argomento, quanto piuttosto porre l'attenzione sulle principali implicazioni etiche e giuridiche che dovrebbero essere prese in considerazione dagli Stati prima di introdurre un obbligo di vaccinazione generalizzato contro il Covid-19.

2. Il caso *Vavříčka and others v. the Czech Republic*

La causa prende origine da sei ricorsi presentati tra il 2013 e il 2015 da genitori di nazionalità ceca aventi ad oggetto l'obbligo legale di vaccinazione infantile contro una serie di malattie «ben conosciute alla scienza medica», nella specie poliomielite, tubercolosi, epatite B, tetano, morbillo, parotite e rosolia.

In particolare, secondo una legge della Repubblica Ceca⁹ queste vaccinazione rappresentano un requisito indispensabile senza il quale non è possibile accedere alle strutture prescolastiche (nido e scuola materna) se non in caso di comprovati motivi di controindicazione mediche alla vaccinazione stessa, oppure nell'ipotesi in cui venga certificato che l'immunizzazione sia stata acquisita con altri mezzi (ad esempio mediante la somministrazione di vaccini diversi da quelli coperti dall'assicurazione sanitaria purché gli stessi siano approvati dall'autorità competente).

L'inottemperanza a tale obbligo non è sanzionata con una vaccinazione coercitiva – ossia mediante la somministrazione del vaccino con l'uso della forza da parte dell'autorità statali – ma con una multa che può arrivare fino ad un massimo di quattrocento euro a carico dei genitori che, senza una valida motivazione, risultano inadempienti.

⁹ Sezione 46(1) e (4) della legge sulla salute pubblica n. 258/2000 (Zákon o ochrane veřejného zdraví).

Data la rilevanza sociale dell'argomento e le sue possibili ripercussioni sulla salute dei soggetti più vulnerabili, in conformità a quanto previsto dall'art. 44, par. 3a) del Regolamento della Corte¹⁰, al giudizio sono intervenuti in qualità di terzi diversi stati e associazioni e, nello specifico, la Germania, la Francia, la Polonia e la Svolacchia, nonché l'Associazione dei pazienti danneggiati dai vaccini (Společnost pacientů s následky po očkování, z.s.), European Centre for Law and Justice (ECLJ), ROZALIO – Rodiče za lepší informovanost a svobodnou volbu v očkování, z.s. e lo European Forum for Vaccine Vigilance. La Corte ha ritenuto di esaminare congiuntamente i sei ricorsi sottoposti al suo esame, pronunciandosi con un'unica sentenza in considerazione dell'oggetto comune degli stessi¹¹.

Analizzando le singole fattispecie se ne deduce che nel primo di tali ricorsi il rifiuto alla vaccinazione obbligatoria aveva dato luogo alla condanna del genitore al pagamento di una multa di circa centodieci euro all'epoca dei fatti¹². Negli altri casi, invece, ne è derivata la mancata ammissione agli istituti prescolastici ovvero l'intervenuta espulsione dagli stessi a seguito di successivi controlli operati dai responsabili degli asili¹³.

Ebbene, in tutti i suddetti casi, ad avviso dei ricorrenti le conseguenze derivanti dalla mancata osservanza dell'obbligo legale di vaccinazione rappresentavano una violazione dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti dagli artt. 8, 9, 2, 6, 13 e 14 della Convenzione, nonché dell'art. 2 del Protocollo addizionale, e pertanto, alla luce dei diritti invocati, le stesse dovevano considerarsi arbitrariamente inflitte.

A sostegno delle proprie ragioni i ricorrenti affermavano che la normativa nazionale interferiva con l'esercizio della propria genitorialità, impedendo agli stessi di prendersi cura dei figli nel pieno rispetto della propria obiezione di coscienza fondata su convinzioni etiche, morali e religiose ed in evidente contrasto con la loro libertà di opinione. Essi, infatti, soffermandosi sugli effettivi e potenziali effetti collaterali dei vaccini, consideravano l'obbligo imposto dallo Stato una sperimentazione irresponsabile sulla salute dei propri figli.

Oltre a ciò i ricorrenti contestavano la base giuridica dell'obbligo di vaccinazione in questione.

¹⁰ Art. 44 Regolamento della Corte Edu, Titolo II - Procedura, Capitolo I – Regole generali - Intervento di terzi «3.a) Dopo che il ricorso è portato a conoscenza della Parte contraente convenuta in virtù dell'articolo 51 § 1 o dell'articolo 54 § 2 b) del presente regolamento, il presidente della camera può, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, come previsto dall'articolo 36 § 2 della Convenzione, invitare o autorizzare qualsiasi Parte contraente che non sia parte nella procedura o qualsiasi persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni scritte o, in circostanze eccezionali, a prendere parte all'udienza. b) Le richieste di autorizzazione a tal fine devono essere debitamente motivate e presentate per iscritto in una delle lingue ufficiali, come richiesto dall'articolo 34 § 4 del presente regolamento, entro dodici settimane dalla data in cui il ricorso è stato portato a conoscenza della Parte contraente convenuta. Il presidente della camera può, in via eccezionale, fissare un altro termine», così come modificato dalla Corte il 7 luglio 2003, il 13 novembre 2006 e il 19 settembre 2016.

¹¹ Cfr. Art. 42 Regolamento della Corte Edu, Titolo II - Procedura, Capitolo I – Regole generali - Riunione e esame contestuale di ricorsi «1. La camera può, su istanza delle parti o d'ufficio, ordinare la riunione di due o più ricorsi. 2. Il presidente della camera può, dopo avere consultato le parti, ordinare che si proceda contestualmente all'istruzione di ricorsi assegnati alla stessa camera, senza che ciò pregiudichi la decisione della camera sulla riunione dei ricorsi».

¹² Ricorso Vavříčka, no. 47621/13 (par. 22-31).

¹³ Ricorsi Novotná, no. 3867/14, Hornych, no. 73094/14, Brožík and Dubský, nos. 19298/15 e 19306/15, Roleček, no. 43883/15 (par. 32-64).

In particolare, sostenevano che lo stesso fosse stato introdotto nell'ordinamento interno mediante una fonte secondaria, un decreto ministeriale¹⁴, in palese violazione della riserva di legge in vigore nell'ordinamento costituzionale ceco per la prescrizione di doveri e limitazioni dei diritti e libertà fondamentali.

Con ulteriore argomentazione addotta a fondamento delle proprie domande, essi rappresentavano che il diniego di accesso alla scuola materna costituiva un impedimento al pieno sviluppo della personalità dei fanciulli. Al riguardo, evidenziavano che la tutela dell'interesse superiore del minore al pieno sviluppo della propria personalità spettava *in primis* a scelte educative dei loro genitori e, al contrario, l'ingerenza dello Stato era consentita solo in circostanze determinate, non configurabili nella specie. Lamentavano poi l'assenza di un adeguato dibattito pubblico che giustificasse la necessità di effettuare tali vaccinazioni e che mettesse in luce l'iter logico argomentativo mediante il quale lo Stato era giunto alla definizione del calendario vaccinale.

Da ultimo, con specifico riferimento al principio di proporzionalità, i ricorrenti, pur riconoscendo che la vaccinazione obbligatoria infantile rifletta i propri effetti sull'interesse generale alla salute pubblica e al dovere di solidarietà sociale, ritenevano che le misure in concreto adottate dallo Stato non fossero adeguate soprattutto nei casi di vaccinazioni prescritte per malattie non trasmissibili tra gli esseri umani come il tetano.

A loro avviso, infatti, l'interesse generale di proteggere la salute degli altri bambini poteva essere salvaguardato mediante l'adozione di misure meno invasive le quali, anziché negare l'accesso agli asili nido in modo generalizzato, limitassero la frequenza dei bambini non vaccinati nei soli casi in cui vi fosse una concreta minaccia di contagio o l'effettiva insorgenza di una pandemia legata alla diffusione di una delle malattie per le quali erano previste le vaccinazioni obbligatorie.

Per questi motivi, ritenevano che un modello di vaccinazione su base volontaria, fondato su una valutazione positiva che avesse garantito l'esercizio della responsabilità genitoriale, sarebbe stato maggiormente proporzionale al raggiungimento degli obiettivi di salute pubblica e, in quanto tale, da preferire rispetto al modello di vaccinazione infantile obbligatoria basato sull'imposizione di un trattamento sanitario adottato dalla Repubblica Ceca.

2.1. La questione giuridica sottoposta al vaglio della Corte Edu

La principale questione giuridica sottoposta all'esame della Corte attiene alla compatibilità dell'obbligo di vaccinazione infantile e delle varie conseguenze derivanti dall'inosservanza dello stesso con il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione nella parte in cui prevede che *«Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata [...]. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui»*.

¹⁴ Vyhláška o očkování proti infekčním nemocem, Decreto Ministeriale sulla vaccinazione contro le malattie infettive no. 439/2000, in vigore dal 1 gennaio 2001 fino al 31 dicembre 2006, e il successivo Decreto Ministeriale no. 537/2006 in vigore dal 1 gennaio 2007.

Benché, infatti, alcuni dei ricorrenti nell'invocare le disposizioni di cui all'art. 8 avessero fatto riferimento anche al rispetto della vita familiare, la Corte sin da subito ha chiarito di non ritenere necessario esaminare le doglianze dei genitori anche sotto tale ulteriore prospettiva, bensì di soffermarsi unicamente sulle presunte violazioni del diritto al rispetto dell'integrità fisica della persona quale componente della sua vita privata che, nella sua accezione più ampia, comprende anche il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con gli altri¹⁵.

Oltre a ciò, vi sono poi ulteriori questioni giuridiche che hanno assunto, nel giudizio in esame, carattere secondario e che nello specifico concernono:

(i) violazione della libertà di pensiero, di coscienza e di religione di cui all'art. 9 della Convenzione a mente del quale «*Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui*».

Nello specifico i ricorrenti hanno invocato la violazione di tale diritto ritenendo che le vaccinazioni provocassero danni irreversibili alla salute dei figli, e pertanto, nell'esercizio della propria libertà di pensiero, la loro coscienza non gli avrebbe consentito di adempiere all'obbligo prescritto dal programma di vaccinazione imposto dallo Stato¹⁶.

In altre parole, la motivazione principale dell'inosservanza di tale obbligo era da ricercarsi proprio nella necessità di proteggere la salute stessa dei propri figli.

(ii) violazione del diritto alla vita, ad un equo processo, ad un ricorso effettivo e al divieto di discriminazione, di cui rispettivamente agli artt. 2, 6, 13 e 14 della Convenzione.

Tuttavia, riguardo a tali doglianze, alla luce della documentazione in esame, la Corte non ha ritenuto di pronunciarsi nel merito dichiarando le relative domande irricevibili per l'assenza di qualsivoglia attinenza tra l'oggetto del giudizio ed i diritti invocati.

(iii) violazione del diritto all'istruzione di cui all'art. 2 del Protocollo addizionale in relazione alla mancata ammissione dei bambini non vaccinati alla scuola materna.

Considerato che tale questione era stata sollevata separatamente da alcuni minori, senza che fossero però state esaurite tutte le vie di ricorso interno, e che inoltre lo Stato della Repubblica Ceca ha solle-

¹⁵ Sul punto la stessa Corte richiama suoi precedenti giurisprudenziali e nello specifico, *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, § 159, 24 gennaio 2017; con specifico riferimento alla vaccinazione, *Boffa e Others v. San Marino* (no. 26536/95, Decisione del 15 gennaio 1998, Decisioni e reports, no. 92-B, p. 27, and *Baytüre e Others v. Turkey* (dec.), no. 3270/09, 12 marzo 2013.

¹⁶ Sul tema, già prima delle questioni legate all'obbligo vaccinale contro il Covid-19, si veda M.L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7, 2020, 41 ss. in cui si è sottolineato come l'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie non trovi margini di apprezzabilità sia nell'ordinamento italiano che europeo, in relazione al quale vengono richiamati precedenti della Corte Edu, tra cui anche il caso Vavricka et al.

vato l'eccezione secondo cui il diritto garantito dall'art. 2 del Protocollo addizionale non trovasse applicazione nel caso di istruzione prescolare, la Corte ha ritenuto di esaminare tale aspetto unitamente ai motivi di doglianza relativi all'art. 8 della Convenzione.

2.2. La soluzione adottata

Con specifico riferimento alla decisione assunta, la Corte ha ritenuto doveroso chiarire in via preliminare che la vaccinazione obbligatoria, per la sua stessa natura di trattamento medico involontario, interferisce nell'esercizio dei diritti della personalità. Invero, in merito al caso sottoposto al suo esame, è stato rilevato che sebbene le vaccinazioni infantili contestate non fossero state di fatto eseguite con la forza, anche il mero obbligo delle stesse quandanche non coercitivo rappresenta una limitazione del diritto al rispetto alla vita privata. Inoltre, le conseguenze derivanti dall'inosservanza dell'obbligo appaiono pregiudizievoli sia per i genitori inadempienti, che vengono multati, sia per i figli interessati a cui viene negato l'accesso alle scuole dell'infanzia (par. 263).

Ciononostante, nel campo di applicazione dell'art. 8 della Convenzione, tale limitazione è legittima in quanto necessaria e proporzionata rispetto all'esigenze di tutela collettiva perseguite in una «*società democratica*» (par. 312).

Ed infatti, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, lo strumento della vaccinazione obbligatoria era stato introdotto nell'ordinamento ceco tramite disposizione di legge in conformità a quanto previsto dell'art. 8 par. 2 della Convenzione, rimandando al decreto ministeriale unicamente l'individuazione della tipologia di vaccini che garantissero la più ampia protezione della salute pubblica.

In particolare, ad avviso della Corte, le misure interne adottate dallo Stato sono giustificate dal lecito scopo di salvaguardare i diritti altrui e l'interesse generale alla salute pubblica collettiva.

A sostegno della propria decisione la Grande Camera, richiamando anche propri precedenti in materia¹⁷ ha chiarito che la necessità delle vaccinazioni obbligatorie in una società democratica debba essere determinata sulla base del cosiddetto «*margin di apprezzamento di cui godono gli Stati*» (par. 274).

Nel valutare tale margine di apprezzamento la Corte ha considerato il consenso di diversi paesi appartenenti al Consiglio¹⁸ e di vari organismi internazionali, ad avviso dei quali le vaccinazioni assumono un'enorme rilevanza in quanto interventi sanitari efficaci ed economici affinché ogni Stato raggiunga il più alto livello possibile di immunizzazione, con la diretta conseguenza che non è possibile individuare un modello di vaccinazione infantile preferenziale da cui lo Stato ceco si è discostato.

Inoltre, è stato affermato che nella Repubblica ceca l'obbligo di vaccinazione è stato fortemente sostenuto dalle autorità mediche competenti.

Ulteriori argomenti a sostegno della necessaria ingerenza dello Stato nell'esercizio dei diritti individuali sono stati ravvisati nel dovere di solidarietà sociale di proteggere tutti i membri della società contro determinate malattie, ed in particolare i soggetti più vulnerabili quali i bambini, per conto dei quali è

¹⁷ *Ivi*, 6.

¹⁸ Per un'analisi sui sistemi vaccinali adottati in Europa si veda M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2017, 455 ss.

stato chiesto al resto della popolazione di assumere un rischio minimo sotto forma di vaccinazione (par. 279).

Sul punto, la Corte ha sottolineato che gli Stati hanno il dovere di adottare tutte le misure idonee a proteggere la vita e la salute di tutti i propri cittadini.

In detti termini, pertanto, Essa ha ritenuto che la vaccinazione obbligatoria infantile ha rappresentato la risposta della Repubblica Ceca alla pressante necessità sociale di proteggere la salute individuale e pubblica contro l'insorgenza delle malattie per le quali la vaccinazione è prescritta come obbligo, nonché di prevenire una tendenza alla riduzione del tasso di vaccinazione tra i bambini.

Nella specie, l'obbligo di vaccinazione ha quale obiettivo primario l'interesse superiore di proteggere la salute di tutti i bambini, sia che gli stessi siano vaccinati sia che non lo siano. E ciò in quanto, a giudizio della Corte, la vaccinazione protegge non solo i bambini sottoposti a vaccinazione ma anche coloro che per ragioni di salute non possono esserlo, mediante il raggiungimento di un alto livello di immunizzazione.

Quanto poi alla proporzionalità dell'ingerenza nell'esercizio dei diritti individuali rispetto allo scopo di solidarietà perseguito, la Corte ha sostenuto la liceità dell'obbligo vaccinale sulla base del fatto che lo stesso riguarda solo nove malattie «*ben conosciute dalla scienza medica*» (a cui se ne aggiunge un'ulteriore che viene somministrata soltanto a bambini destinatari di particolari indicazioni sanitarie), rispetto alle quali i vaccini somministrati sono considerati sicuri ed efficaci.

Inoltre tale obbligo non è assoluto in quanto la legislazione nazionale prevede espresse deroghe in presenza di controindicazioni mediche o di obiezione di coscienza, nonché una specifica fattispecie di risarcimento del danno in caso di lesioni causate dalla somministrazione del vaccino.

Oltre a ciò, particolare rilevanza ha assunto il carattere non coercitivo della somministrazione dei vaccini. Ed infatti, nonostante l'esistenza dell'obbligo, le vaccinazioni non vengono somministrate con la forza e contro la volontà dei propri genitori.

Piuttosto, tale obbligo viene imposto in maniera solo indiretta mediante l'irrogazione di una sanzione pecuniaria di modesta entità nei confronti dei genitori che, analogamente alla mancata ammissione dei bambini non vaccinati alla scuola materna, non ha una funzione punitiva bensì protettiva, la cui ratio risiede nella salvaguardia della salute dei più piccoli dal pericolo di eventuali contagi.

In particolare, benché l'esclusione dei bambini non vaccinati dalla scuola materna rappresenti una limitazione allo sviluppo della loro personalità, essa non appare sproporzionata poiché tale limitazione è solo temporanea e circoscritta alla frequenza degli istituti prescolastici.

Di contro, l'obbligo di vaccinazione infantile non si ripercuote sul diritto all'istruzione del minore, che anche se non vaccinato potrà accedere alla scuola primaria.

Da ultimo, ad ulteriore garanzia della proporzionalità dell'obbligo prescritto, è stato evidenziato che le autorità nazionali hanno adottato misure precauzionali atte a garantire l'efficacia dei vaccini in uso, mediante il monitoraggio continuo della loro sicurezza e la valutazione di eventuali controindicazioni caso per caso.

In conclusione la Corte ritenendo che, «*the issue to be determined is not whether a different, less prescriptive policy might have been adopted, as has been done in some other European States. Rather, it is whether, in striking the particular balance that they did, the Czech authority remained within their*

wide margin of appreciation in this area» ha definitivamente chiarito che l'invocato margine di apprezzamento di cui godono gli Stati non è stato superato nel caso di specie, con la diretta conseguenza che le misure della mancata ammissione alla scuola materna e della multa nei confronti dei genitori inadempienti appaiono «*necessary in a democratic society*» (par. 310-311).

Pertanto, alla luce di tali considerazioni nella fattispecie sottoposta al suo esame non vi è stata alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Diversamente, per quanto attiene alle doglianze relative alla presunta interferenza della vaccinazione obbligatoria con la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la Corte ha rilevato come non tutte le opinioni e le convinzioni possono trovare tutela nelle disposizioni dell'art. 9 della Convenzione¹⁹.

In particolare, ha messo in evidenza che nel caso in esame le opinioni filosofiche, religiose e le obiezioni di coscienza dei ricorrenti contro l'obbligo di vaccinazione non fossero coerenti con le argomentazioni sostenute nei procedimenti interni.

In altre parole, la Corte ha ritenuto che i genitori non siano riusciti a dimostrare che la loro posizione critica nei confronti del vaccino fosse di tale «*cogenza, serietà, coesione ed importanza*» da trovare riconoscimento nelle garanzie di cui all'art. 9 della Convenzione, dichiarandone pertanto l'inammissibilità delle relative domande (par. 332).

2.3. Possibili implicazioni in tema di vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19

La decisione in commento non ha lasciato spazio a generalizzazione²⁰. Infatti, come abbiamo avuto modo di esaminare, essa non si esprime in merito alla vaccinazione contro il Covid-19, tanto che tale malattia non viene neppure menzionata. Né quanto meno dal punto di vista temporale sarebbe potuto essere diversamente, posto che le domande che hanno dato impulso alla pronuncia della Corte di Strasburgo sono state presentate tra il 2013 e il 2015, quanto l'emergenza pandemica causata dal Coronavirus era ancora ben lontana.

Allo stesso tempo, però, la stessa, per il particolare periodo storico in cui è intervenuta, animato dal dibattito sulla vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19, potrebbe avere possibili riflessi in termini di legittimazione per gli Stati ad introdurre un obbligo generalizzato anche contro il Covid-19²¹.

Tuttavia, a ben vedere, la pronuncia in esame si riferisce alla vaccinazione infantile standard e di routine contro malattie che la stessa Corte classifica come «*ben note alla scienza medica*» in cui il grado

¹⁹ Cfr. M.L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavrička ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, cit., 284, estende le medesime considerazioni alla campagna vaccinale contro il Covid-19.

²⁰ In senso conforme, G. GOTTI, *op. cit.*, 372.

²¹ Sulle implicazioni in materia di vaccinazione contro il Covid-19 si veda: C. BERTOLINO, *Vaccinazioni obbligatorie nei confronti di minori quale «misura necessaria in una società democratica»*. *Pronuncia della Corte europea sul caso della Repubblica ceca. Riflessi possibili sulla campagna vaccinale contro il Covid-19?*, in *Diritti Comparati*, 2021 consultabile in <https://www.diritticomparati.it/>, (ultima visualizzazione 10/01/2022); V. ZUZANA, *Is Compulsory Vaccination Compulsory?*, in *Verfassungsblog*, 2021, consultabile in <https://verfassungsblog.de/is-compulsory-vaccination-compulsory/> (ultima visualizzazione 10/01/2022); S. KATSONI, *What Does the Vavrička Judgment Tell Us About the Compatibility of Compulsory COVID-19 Vaccinations with the ECHR?*, consultabile in https://voelkerrechtsblog.org/what-does-the-vavricka-judgement-tell-us-about-the-compatibility-of-compulsory-covid-19-vaccinations-with-the-echr, (ultima visualizzazione 10/01/2022).

di efficacia ed efficienza dei vaccini è da tempo consolidato e può contare sul consenso unanime dei risultati positivi di innumerevoli studi scientifici²².

Al contrario, lo stato di emergenza in cui versiamo da ormai più di due anni, il verificarsi di casi in cui anche i soggetti vaccinati contraggono la malattia, il tasso di diffusione della stessa che, benché in diminuzione, continua ad essere rilevante, sono tutti fattori che dimostrano che, diversamente dalle malattie interessate nel caso esaminato dalla Corte (poliomielite, tubercolosi, epatite B, tetano, morbillo, parotite e rosolia), del nuovo virus Covi-19 non abbiamo una conoscenza completa.

E ciò è tanto vero se solo si considera che la scienza medica, ad oggi, non è riuscita a fornire risultati univoci in merito ai motivi legati agli eventi avversi che si sono registrati in diversi casi successivamente alla somministrazione dei vaccini, né tanto meno sulla sicura efficacia degli stessi contro la malattia e contro le sue continue varianti²³.

Al riguardo, è doveroso sottolineare che l'Unione Europea, nel documento sulla strategia dell'Unione per i vaccini contro il Covi-19²⁴, sebbene abbia condiviso la circostanza che generalmente lo sviluppo di un vaccino sicuro ed efficace richiede un processo altamente complesso di circa più di 10 anni, e, che nella maggior parte dei casi, lo stesso non supera neanche la prima fase di sperimentazione clinica, per la ricerca di un vaccino contro il Covid-19 è stato necessario procedere con una procedura d'urgenza²⁵.

Ed infatti, l'emergenza sanitaria ed economica conseguente all'inarrestabile diffusione della pandemia ha richiesto l'adozione di una strategia per accelerare lo sviluppo, la fabbricazione, l'autorizzazione e la diffusione di vaccini contro il Covid-19, anche in deroga alle procedure ordinarie, sulla base della cosiddetta flessibilità normativa (*regulatory flexibility*).

A tal fine la produzione dei vaccini in questione è avvenuta mediante accordi preliminari di acquisto, (APAs), con i produttori di vaccini tramite lo strumento per il sostegno di emergenza di cui al Regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016 sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, come modificato in considerazione dell'epidemia da Covid-19²⁶.

Sulla base di tali accordi, la Commissione si è impegnata a finanziare una parte dei costi iniziali sostenuti dalle imprese farmaceutiche nella fase di sviluppo e produzione dei vaccini, a fronte del diritto di

²² Nonostante l'assenza di connessione giuridica con l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19, la pronuncia porta con sé un significato politico forte, così anche M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, cit., 448.

²³ Tra i tanti: H. WANG ET AL. *Estimating excess mortality due to the COVID-19 pandemic: a systematic analysis of COVID-19-related mortality, 2020–21*, in *Lancet*, 399, 10334, 2022, 1513 ss; A. BARBARI, *Mandatory Sanitary Pass: Is it Justified?*, in *Exp Clin Transplant.*, 4, 2022, 342 ss.; M. NETRAVATHI, K. DHAMIJA, M. GUPTA, A. TAMBORSKA, A. NALINI, VV. HOLLA, LK. NITISH, D. MENON, PK PAL, V. SEENA, R. YADAV, M. RAVINDRANADH, A. FAHEEM, J. SAINI J, A. MAHADEVAN, T. SOLOMON, B. SINGH, *COVID-19 vaccine associated demyelination & its association with MOG antibody*, in *Mult Scler Relat Disord.*, 60, 2022, 103739.

²⁴ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio e alla Banca Europea per gli Investimenti, *Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro la Covid-19*, COM(2020) 245 final, Brussels, 17.6.2020.

²⁵ COMMISSIONE EUROPEA, cit., 1.

²⁶ REGOLAMENTO (UE) 2020/521 del 14 aprile 2020 che attiva il sostegno di emergenza a norma del Regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio del 15 marzo 2016 sulla *fornitura di sostegno di emergenza e che ne modifica disposizioni in considerazione dell'epidemia di Covid-19*, (GU L 117/3, 15.4.2020).

acquistare un determinato numero di dosi di vaccino in un periodo prestabilito e ad un prezzo univoco per tutti gli Stati membri, mediante una procedura d'appalto centralizzata.

Sul merito di tale procedura la stessa Commissione la qualifica come «una polizza assicurativa che trasferisce parte del rischio dall'industria alle autorità pubbliche in cambio della garanzia per gli Stati membri di un accesso equo e a un prezzo abbordabile al vaccino, una volta disponibile»²⁷.

A fronte di ciò, nonostante le innumerevoli richieste da parte dei membri del parlamento europeo²⁸, ad oggi, la Commissione non ha ancora reso pubblico il contenuto integrale dei suddetti accordi, adducendo a tal fine la necessità di essere vincolata al rispetto di clausole di riservatezza intervenute con i produttori dei vaccini.

Quanto invece alla procedura di autorizzazione per l'immissione in commercio dei vaccini, in considerazione dei tempi ridotti di svolgimento delle sperimentazioni cliniche e della conseguente limitazione dei dati disponibili per l'esame della domanda di autorizzazione, si è fatto ricorso a un sistema di autorizzazione condizionata. Nella specie, essa prevede il rilascio di un'autorizzazione preliminare sulla base di dati meno completi di quelli normalmente richiesti, in virtù della quale il vaccino viene distribuito come *farmaco emergenziale*, con l'obbligo per i titolari delle autorizzazioni all'immissione in commercio di completare tali dati in una fase successiva, a cui seguirà a tutti gli effetti la dichiarazione del vaccino come *farmaco ordinario*.

Inoltre, vi è la possibilità per gli Stati membri di fornire l'accesso a tali vaccini in tempi anche più brevi sulla base di un'autonoma valutazione del rischio.

È del tutto evidente, dunque, che sebbene giustificati da ragioni di urgenza e dalla necessità di giungere nel minor tempo possibile ad una potenziale soluzione permanente alla diffusione della pandemia, i vaccini attualmente in uso contro il Covid-19 non possono essere considerati alla stregua di tutti gli altri vaccini fino ad ora somministrati, soprattutto in età pediatrica, per prevenire l'insorgenza di malattie che la medicina è in grado di combattere da anni.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, la pronuncia della CEDU sul caso Vavříčka et al., già solo per tali considerazioni, non può essere considerata come *tertium comparationis* per legittimare la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19.

Tuttavia dalla stessa è possibile desumere dei principi di carattere generale che devono essere considerati prima di valutare la necessità di imporre con un obbligo di legge un qualsiasi tipo di vaccino e, pertanto, *mutatis mutandis*, riferibili anche all'ipotesi di vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19, anche perché, come noto, nel nostro ordinamento una tale eventualità è astrattamente ipotizzabile.

Invero, l'art. 32 della Costituzione tutela il diritto alla salute sia quale diritto fondamentale dell'individuo sia quale dovere di solidarietà a garanzia dell'interesse della collettività, prevedendo una deroga al divieto di trattamenti sanitari obbligatori nell'ipotesi in cui gli stessi siano disposti dalla legge²⁹.

²⁷ COMMISSIONE EUROPEA, cit., 5.

²⁸ Si vedano le interrogazioni con richiesta di risposta scritta alla Commissione: L. REGIMENTI E-000724/2021, *Assenza di obbligo vaccinale e divieto di discriminazione per chi non intende vaccinarsi*, 5 febbraio 2021, Ultimo aggiornamento: 29 maggio 2021, J. FERREIRA, E-000552/2021, *EU vaccination plan and state of play in Member States*, 28 gennaio 2021, Ultimo aggiornamento: 29 giugno 2021, consultabili in <https://www.europarl.europa.eu/plenary/it/parliamentary-questions.html> (ultima visualizzazione 26/10/2021).

²⁹ In merito al duplice ruolo dell'art. 32 Cost come espressione della libertà di autodeterminazione e dovere di solidarietà sociale tra la vasta mole di letteratura si veda L. MONTUSCHI, *Rapporti etico-sociali. Sub art. 32 Cost.*, in

Ed infatti, al secondo periodo stabilisce che «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Sulla base di tale disposizione, in Italia, è stato possibile introdurre nel corso degli anni diverse forme di vaccinazione obbligatoria. Si pensi alla vaccinazione obbligatoria contro la poliomielite,³⁰ il tetano³¹ e l'epatite B³² o ancora all'obbligo, attualmente in vigore, di vaccinazione infantile di cui al decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, coordinato con la legge di conversione 31 luglio 2017, n. 119 che ha aumentato il numero di vaccinazioni obbligatorie nel nostro Paese da quattro a dieci.

Nello specifico, detta legge prevede per i minori di età compresa tra 0 e 16 anni e per i minori stranieri non accompagnati la vaccinazione obbligatoria anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse anti-Haemophilus influenzae tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite ed anti-varicella, con riserva di revisione triennale dell'obbligatorietà per le ultime quattro sulla base dei dati epidemiologici e delle coperture vaccinali raggiunte.

Alla stregua della legge ceca, l'obbligo vaccinale rappresenta un requisito per l'ammissione all'asilo nido e alle scuole dell'infanzia mentre dalla scuola primaria in poi, benché i bambini possano accedervi, oltre all'imposizione di una sanzione pecuniaria, è fatta salva la possibilità di adottare da parte dell'autorità sanitaria un percorso in via d'urgenza di recupero della vaccinazione³³.

Parimenti, anche la normativa italiana prevede l'esonero dall'obbligo di vaccinazione nel caso in cui sia stata raggiunta l'immunizzazione a seguito di comprovata malattia naturale ovvero nelle ipotesi in cui vi siano specifiche condizioni cliniche che rappresentano una controindicazione alle vaccinazioni, nonché, ai sensi dell'art. 4 della suddetta legge, la comminazione di una sanzione amministrativa, da un minimo di cento ad un massimo di cinquecento euro, nei confronti dei genitori, tutori o comunque soggetti affidatari inadempienti.

A bene vedere, dunque, anche alla luce delle medesime disposizioni interne rispetto alla contestata legislazione della Repubblica Ceca, i chiarimenti offerti dalla Corte di Strasburgo, almeno per quanto attiene la legittimità delle vaccinazioni obbligatorie infantili supportate da ragioni di necessità e proporzionalità, non apportano un approccio davvero così innovativo.

G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna–Roma, 1976, 146 ss.; P. PERLINGIERI, P. PISACANE, *Sub art. 32 Cost.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 202 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *La salute come interesse della collettività Sub art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO; A. CELOTTO; M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 606 ss.; D. MORANA *La salute nella costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002; con specifico riferimento al trattamento sanitario della vaccinazione: A. SIMONCINI, E. LONGO, *Le vaccinazioni obbligatorie Sub art. 32 Cost.*, cit. 609 ss.

³⁰ Legge 4 febbraio 1966, n. 51, *Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica*, G.U. n. 44 del 19-02-1966.

³¹ Legge 5 marzo 1963, n. 292, *Vaccinazione antitetanica obbligatoria*, G.U. n. 83 del 27-03-1963, successivamente modificata dalla Legge 20 marzo 1968, n. 419, *Modificazioni alla legge 5 marzo 1963, n. 292, recante provvedimenti per la vaccinazione antitetanica obbligatoria*, G.U. n.100 del 19-04-1968.

³² Legge 27 maggio 1991, n. 165, *Obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite virale B*, G.U. n. 127 del 1-06-1991.

³³ Si veda l'analisi critica relativa al differente regime sanzionatorio previsto in caso di inadempimento degli obblighi vaccinali a seconda che si tratti di accedere alla scuola primaria ovvero alla scuola dell'infanzia di B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 123.

Invero, come osservato da autorevole dottrina, «nel ragionamento della Corte si rinvergono elementi ormai consolidati nelle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza costituzionale in Italia e in altri ordinamenti»³⁴.

Al riguardo, infatti, già la Corte Costituzionale nel giudizio di legittimità, richiamato dalla stessa Corte di Strasburgo³⁵ a sostegno della propria decisione, relativo alle disposizioni che regolamentano la vaccinazione obbligatoria infantile, ha avuto modo di chiarire che «*Il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica, deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale. Tale principio vale non solo per le scelte dirette a limitare o vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l'imposizione di altre. Se è vero che il confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato — ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. — il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili*» (Corte Costituzionale, 18 Gennaio 2018, n. 5).

Per quanto qui di interesse, nella caso specifico la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Regione Veneto, anche in relazione agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, al fine di valutare la conformità della legge statale con i principi costituzionali di libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie, tutela della salute individuale e collettiva, interesse del minore.

Sul punto, analogamente alle argomentazioni espresse dalla CEDU, la Corte Costituzionale ha ritenuto che «*il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore*

³⁴ M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, cit., 446.

³⁵ Per i precedenti costituzionali citati nella sentenza della Corte Edu si vedano: sulla legittimità delle misure adottate dallo Stato in materia di vaccinazione infantile obbligatoria dei bambini: Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 5 con nota di C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2018, 100; per un'analisi sistematica che tiene conto dell'importante valore della scienza nel diritto si rimanda a L. SCAFFARDI, G. FORMICI, *Vaccini obbligatori e ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 379 ss.; sulla mancata previsione normativa del risarcimento del danno per invalidità derivante da vaccinazione: Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268, con nota di L. PRINCIPATO *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2018, 374; G. MARINO, *Vaccino antinfluenzale: il mancato riconoscimento dell'indennizzo viola la Costituzione?*, in *Diritto & Giustizia*, 203, 2017, 13. Sul punto si veda anche M. TOMASI, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza e cultura*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2017, 903 ss.; Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 118, con nota di G. PONZANELLI, *Pochi, ma da sempre: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità* in *Foro Italiano.*, 1, 1996, 2326 ss.; F. CASSELLA, *Illegittimi i limiti temporali all'indennizzo a titolo di solidarietà in assenza di responsabilità* in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1996, 582 ss.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, 3209 ss. Sul potere dello Stato di imporre un obbligo vaccinale: Corte Cost., 22 giugno 1990 n. 307, in *CED Cassazione*, 1990, Pluris.

nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia».

Del resto, con tale pronuncia il Giudice delle leggi ha confermato il proprio orientamento in tema di vaccinazione obbligatoria in continuità con i principi espressi nei propri precedenti arresti in materia³⁶. Tuttavia, accanto all'imprescindibile garanzia di riserva di legge di cui all'art. 32 della Costituzione, come è anche emerso dalla pronuncia in commento, l'obbligo di vaccinazione comporta di per sé una serie di implicazioni etiche e giuridiche che attengono al necessario bilanciamento tra l'interesse generale alla salvaguardia della salute pubblica e la limitazioni di diritti fondamentali che ben potrebbero riguardare, come di fatto sta accadendo attualmente nel nostro paese, oltre che il rispetto dell'integrità fisica, della libertà individuale di autodeterminazione, anche l'esercizio di altri diritti personalissimi, quali il diritto al lavoro ed ad un'equa retribuzione³⁷.

Dette implicazioni rivestono una particolare rilevanza sociale, soprattutto per le eventuali forme di disparità di trattamento che un sistema di vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 esteso alla generalità della popolazione potrebbe generare nei confronti delle persone non vaccinate. Tutto ciò, in palese violazione del divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU nonché dei principi di salvaguardia della dignità e dell'integrità dell'essere umano sanciti dalla Convenzione di Oviedo che, nello specifico, a garanzia della libertà di autodeterminazione degli individui nelle scelte legate alla propria salute, ai sensi dell'art. 5, vieta qualsiasi tipo di intervento medico in assenza del consenso libero ed informato dell'interessato³⁸.

Ecco perché a sostegno di un modello di vaccinazione lasciato alla libera scelta degli individui è intervenuto anche il Consiglio d'Europa. In particolare con una risoluzione dell'assemblea parlamentare in

³⁶ Sull'illegittimità delle norme che non prevedono forme di risarcimento del danno da invalidità a seguito di trasfusioni ed emoderivati: Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27 con nota di O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 1998, 1170; R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato in Responsabilità Civile e Previdenza*, 6, 1998, 1352; sul potere dello Stato di imporre un obbligo vaccinale: Corte Cost., 02 febbraio 1988, n. 134; sull'illegittimità del mancato risarcimento per coloro che hanno subito lesioni o infermità a causa della vaccinazione contro l'epatite A: Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118, con nota di R. SAVOIA, *Esteso anche alla vaccinazione contro il virus dell'epatite A il diritto all'indennizzo*, in *Diritto & Giustizia*, 122, 2020, 5 ss.; D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2021, 233 ss.; A. PARZIALE, *Vaccinazione raccomandata anti-epatite A: il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'estensione della tutela indennitaria*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 4, 2020, 2135 ss.

³⁷ Per un esaustivo esame sul delicato bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza si rimanda a F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*, 3, 2020, 253 ss.

³⁸ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*, Oviedo, 4 aprile 1997.

merito alla paventata vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19, ha espresso considerazioni etiche, legali e pratiche sui vaccini, incoraggiando politiche di vaccinazione su base volontaria³⁹.

A tale fine, ha ritenuto necessario che i cittadini vengano informati dell'assenza di un obbligo vaccinale e che nessuno può essere sottoposto a pressioni politiche, sociali o di altro tipo per essere vaccinato se non lo desidera.

Sul tema, è stato inoltre evidenziato che deve essere garantito a ciascun individuo il divieto di subire qualsiasi forma di discriminazione legata all'assenza di vaccinazione, sia nel caso ciò sia avvenuto per motivi legati alla salute che nell'ipotesi in cui semplicemente non ci sia voluti vaccinare.

Con specifico riferimento alla vaccinazione contro il Covid-19 per i bambini è stata sottolineata l'importanza di processi di alta qualità, in conformità con gli standard e le linee guida internazionali, compresa un'attenta valutazione tra i benefici e i rischi per i bambini in età scolastica, garantendo che i desideri degli stessi siano presi in considerazione, valutando, in relazione alla loro età e al loro grado di maturità, la possibilità di esprimere il proprio consenso e, nel caso ciò non sia possibile, che lo stesso sia fornito in altre forme, ponendo particolare attenzione all'interesse superiore del bambino, in conformità ai principi sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo⁴⁰.

Per questi motivi, si ritiene che le autorità pubbliche, nell'adottare una politica di vaccinazione obbligatoria generalizzata, debbano valutare una serie di considerazioni etiche che assicurino la necessità e la proporzionalità delle misure utilizzate rispetto alle finalità di salute pubblica perseguite.

Tali considerazioni trovano conferma anche nelle recenti raccomandazioni espresse dall'organizzazione mondiale della sanità che, in merito alla vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19, pur non prendendo posizione né favorevole né contraria alla vaccinazione, non è incline all'introduzione di un obbligo a riguardo⁴¹. Al contrario, l'OMS ritiene che le istituzioni politiche dovrebbero valutare attentamente se i vaccini autorizzati per uso emergenziale o condizionato soddisfino le prove di efficacia ed efficienza al punto da imporre l'obbligatorietà della vaccinazione.

In particolare, l'introduzione di un simile obbligo troverebbe una giustificazione etica solo se l'obiettivo di salvaguardare la salute collettiva non può essere raggiunto mediante strumenti meno invasivi.

Allo stesso modo, nel caso in cui invece esso risultasse l'unico strumento possibile, le libertà individuali dovrebbero subire meno interferenze possibili e le ragioni della necessità dell'obbligo dovrebbero essere chiare e supportate da evidenti prove scientifiche, oltre che prevedere ragionevoli ipotesi di eccezione.

In particolare, dovrebbero essere forniti in modo chiaro e trasparente dati di facile comprensione che dimostriano la sicurezza, l'efficacia e l'efficienza dei vaccini sulla generalità della popolazione.

Al contrario, in assenza di tali dati non vi sarebbe garanzia che l'obbligo di vaccinazione raggiunga l'obiettivo di proteggere la salute pubblica ed esporrebbe la popolazione ad un danno ingiusto maggiore di quello a cui è esposta con il virus.

³⁹ CONSIGLIO D'EUROPA, Risoluzione n. 2361 (2021), *Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations*, Strasburgo 27 gennaio 2021.

⁴⁰ ONU Assemblea Generale, *Convenzione sui diritti del fanciullo*, New York 20 Novembre 1989.

⁴¹ OMS, Policy brief, *COVID-19 and mandatory vaccination: Ethical considerations and caveats*, 13 April 2021, consultabile in <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2021.1> (ultima visualizzazione 17/01/2022).

Oltre a ciò, anche nel caso in cui i vaccini siano sufficientemente sicuri, in ogni caso dovrebbe essere prevista una forma di responsabilità oggettiva per il risarcimento di qualsiasi danno derivante dalla somministrazione del vaccino.

Sul tale aspetto la stessa Corte di Strasburgo, discostandosi dai propri precedenti giurisprudenziali in cui riteneva che l'onere della prova dei problemi alla salute causati dal vaccino ricadesse sul ricorrente che lamentava il danno⁴², nella pronuncia in esame ha sostenuto, al contrario, che sono le autorità pubbliche che devono assumersi la responsabilità di assicurare l'idoneità dei vaccini in uso e di verificare in ogni singolo caso eventuali controindicazioni (par. 301).

Altro importato requisito affinché un obbligo di vaccinazione possa essere preso in considerazione riguarda la sufficiente fornitura dei vaccini autorizzati, tale da garantire un accesso gratuito a tutti coloro i quali la somministrazione viene imposta, evitando ogni possibile forma di disuguaglianza.

In aggiunta, devono considerarsi le conseguenze che genera nella fiducia pubblica verso le istituzioni e verso la stessa comunità scientifica l'introduzione di obbligo vaccinale esteso a tutta la popolazione genera. Nello specifico, se vi è il rischio che la vaccinazione obbligatoria venga percepita come una forma di ingiustizia e di oppressione nella sfera privata, dovrebbero essere favorite politiche di vaccinazione su base volontaria, soprattutto per salvaguardare le popolazioni più vulnerabili o emarginate da possibili ripercussioni che un dissenso pubblico sull'utilizzo del vaccino possa generare.

Al fine di incoraggiare la fiducia pubblica verso le istruzioni, oltre ad un dialogo partecipato con i destinatari dell'obbligo vaccinale, soprattutto quelli più vulnerabili, dovrebbe essere assicurata la possibilità di astensione dall'obbligo vaccinale per ristretti motivi di coscienza, sempre che gli stessi siano supportati da rigorosi limiti posti dalla scienza. Invero, solo in questo modo si evita un uso distorto degli stessi, tali da giustificare in maniera strumentale l'inosservanza dell'obbligo.

Al riguardo la stessa pronuncia sul caso Vavříčka ha lasciato un margine di rilevanza alle possibili interferenze della vaccinazione obbligatoria sulla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, anche qui mutando il proprio orientamento secondo il quale un obbligo di vaccinazione dovesse essere rivolto a tutti, indipendentemente dalla religione o dal credo personale.

Invero pur ritenendo inammissibili le domande dei ricorrenti in relazione alla presunta violazione dell'art. 9 della CEDU, la Corte ha sostenuto che affinché un'obiezione di coscienza contro le vaccinazioni obbligatorie possa legittimare l'astensione dalle stesse, essa deve avere «*un elevato grado di coerenza, serietà, coesione e importanza*», così da non escludere in termini assoluti una possibile incompatibilità dell'obbligo vaccinale con la Convenzione (par. 334).

Poiché dunque, ad essere coinvolti vi sono diritti fondamentali costituzionali, garantiti tutti in eguale misura, in cui non è sempre di facile comprensione stabilire il sacrificio dell'uno in favore dell'altro, in merito alla possibilità di introdurre la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 all'intera popolazione, data soprattutto la dinamicità dei continui sviluppi in materia, sarà necessario procedere con estrema cautela valuta.

Probabilmente, proprio la delicatezza dell'argomento ha spinto la Corte di Strasburgo a rendere più che mai esplicita la circostanza che la sua decisione è stata assunta in merito «*alla vaccinazione standard e di routine dei bambini contro malattie ben note alla scienza medica*», quasi a voler premunirsi

⁴² Boffa e altri c. San Marino, 6.

dall'eventualità che le medesime considerazioni possano essere utilizzate per sostenere altre situazioni, come ad esempio la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 e la sua compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3. La vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 nel contesto nazionale

Allo stato attuale, nessuno Stato europeo ha adottato misure di vaccinazione obbligatoria estesa alla generalità della popolazione, e ciò anche alla luce del fatto che tale modello non è supportato dalla stessa Organizzazione mondiale della sanità che al contrario propende per politiche di vaccinazione contro il Covid-19 su base volontaria.

Ciononostante, molti paesi hanno optato per l'adozione di misure di prevenzione volte a contenere la diffusione dell'emergenza pandemica mediante l'introduzione di specifici obblighi di vaccinazione contro il Covid-19 per alcune categorie di soggetti potenzialmente più esposti al rischio di contagio e di trasmissione della malattia.

Tra questi, come anticipato in premessa, l'Italia è stato il primo Paese europeo a prevedere un obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che resterà in vigore fino alla completa attuazione del piano strategico nazionale di vaccinazione, la cui disciplina specifica è contenuta nell'art. 4 del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 coordinato con la legge di conversione 28 maggio 2021 n. 76⁴³.

Successivamente tale obbligo è stato esteso al personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, degli organismi preposti alla difesa nazionale di cui alla legge n. 124/2007, delle strutture sanitarie e sociosanitarie e degli Istituti penitenziari, e da ultimo agli ultra cinquantenni⁴⁴.

Nello specifico, tali norme prevedono l'obbligo vaccinale, quale requisito essenziale per l'esercizio dell'attività lavorativa.

L'unica deroga contemplata concerne l'ipotesi di comprovato pericolo per la salute derivante da specifiche condizioni cliniche. In questo caso il lavoratore viene adibito a mansioni anche diverse dalle proprie senza però subire decurtazione del proprio salario.

Al contrario, per tutti gli altri lavoratori non esonerati da motivi di salute, l'inadempimento dell'obbligo vaccinale determina la sospensione dal diritto di svolgere mansioni che implicano contatti interpersonali o comunque a rischio di contagio, da cui ne derivano conseguenze rilevanti per la propria retribuzione. Infatti, se il lavoratore può essere adibito ad altre mansioni, anche inferiori alle proprie, riceverà il trattamento retributivo corrispondente a tali nuove mansioni. Di contro, nell'impossibilità di attribuire al lavoratore una diversa mansione, allo stesso non verrà corrisposta nessuna retribuzione o altro compenso per tutta la durata del periodo di sospensione.

In ordine alla necessità e alla proporzionalità delle misure adottate, la scelta del legislatore di contemplare l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 per tali categorie di soggetti è stata giustificata dalla necessità di salvaguardare la salute pubblica, limitando l'insorgere della malattia tra i soggetti poten-

⁴³ *Ivi*, 3.

⁴⁴ *Ivi*, 3.

zialmente più esposti. In tale contesto, con specifico riferimento agli ultracinquantenni è stato registrato un tasso più elevato del rischio di mortalità rispetto alla popolazione appartenente ad altre fasce di età⁴⁵.

Al momento diversi sono i lavoratori in tutto il territorio nazionale che hanno addito le autorità giudiziarie contro i provvedimenti di sospensione subiti in conseguenza dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale, con relative richieste di rimessione dinnanzi al Giudice delle leggi, al fine di valutare la legittimità costituzionale delle norme in questione.

Ad oggi però, benché le domande di annullamento continuino ad essere rigettate, la Corte costituzionale non è ancora intervenuta con un giudizio a riguardo⁴⁶.

Ad ogni buon conto, ciò non tarderà ad avvenire, posto che, di recente, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale sull'obbligo vaccinale per il personale sanitario e sulla sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie in caso di inadempimento, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione⁴⁷.

A ciò si aggiunga che, per quanto qui di interesse, è appena il caso di accennare che il medesimo atto normativo che ha introdotto l'obbligo per i professionisti sanitari e gli operatori di interesse sanitario prevede un particolare esonero di responsabilità penale nel caso di morte o lesione causate dalla somministrazione del vaccino⁴⁸ e la limitazione della responsabilità penale del personale sanitario per i delitti di omicidio colposo e lesioni personali verificatisi durante il periodo emergenziale alle sole ipotesi di colpa grave⁴⁹.

Ebbene, seppur con le dovute cautele legate alla natura stessa della pandemia e al continuo evolversi dei risultati relativi alle prove sulla sicurezza e efficacia dei vaccini in uso, possiamo ritenere discutibili la necessità e la proporzionalità delle misure adottate dal legislatore italiano nonché la loro funzione

⁴⁵ Per un'analisi sulle ragioni politiche legate alle scelte delle categorie destinatarie dell'obbligo vaccinale, con una visione particolarmente critica sull'opportunità della vaccinazione obbligatoria per gli over 50 si veda A. MOLFETTA, *L'estensione dell'obbligo vaccinale anti SARS-CoV-2 tra fissazione delle categorie prioritarie e mutamenti di prospettiva: alcune questioni costituzionalistiche a margine del decreto-legge n. 1 del 2022*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2022, 179 ss.

⁴⁶ *Ex multis*, Consiglio di Stato sez. III, 02 dicembre 2021, n. 6401 con nota di A. IVOLELLA, *Legittima la sospensione del medico no vax*, in *Diritto & Giustizia*, 233, 2021, 8 ss.; T.A.R. Lazio, sez. III, 13 gennaio 2022, n. 137 con cui è stata esclusa la sospensione cautelare dei provvedimenti del Ministero dell'Istruzione con oggetto l'obbligo di vaccinazione del personale scolastico e l'informativa sul trattamento dei dati personali degli stessi; Consiglio di Stato sez. III, 20 dicembre 2021, n. 7045, con nota di V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6, 2021, 286 ss.

⁴⁷ Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., ord. 22 marzo 2022, n. 351 con nota di S. CALVETTI, *Obbligo vaccinale per il personale sanitario: la parola passa alla Corte Costituzionale*, in *Diritto & Giustizia*, 59, 2022, 10 ss; preceduta da Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., ord. 17 gennaio 2022, n. 38, con cui è stata disposta l'istruttoria volta a verificare se l'obbligo vaccinale per il Covid-19 garantisca la non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente e il beneficio per la salute pubblica, con nota di B. BRANCATI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana pronuncia un'ordinanza istruttoria per valutare se sollevare questione di costituzionalità sull'obbligatorietà dei vaccini anti Sars-CoV-2 (Nota a Cons. giust. amm. sic. sez. giurisdiz., ord. 17 gennaio 2022, n. 38, X c. Univ. studi Palermo)*, in *Foro Italiano*, III, 2022, 170 ss.

⁴⁸ Art. 3

⁴⁹ Art. 3 bis.

protettiva limitata ad un determinato periodo di tempo. Quanto affermato vale soprattutto per le ipotesi di demansionamento, di sospensione dal lavoro e dalla percezione della retribuzione ed alla previsione dello scudo di responsabilità penale da somministrazione del vaccino⁵⁰.

In particolare, la stessa funzione delle sanzioni conseguenti all'inadempimento dell'obbligo vaccinale, ancorché lo stesso legislatore ritenga che siano rivolte al fine di salvaguardare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, sembrerebbe avere dei risvolti punitivi diretti a generare una pressione sociale tale da estorcere, entro un ristretto limite temporale, ad oggi esteso sino al prossimo 15 giugno, la vaccinazione contro il Covid-19 anche nei confronti di chi è contrario alla stessa, al solo fine di evitare di subire il contenimento dell'esercizio dei propri diritti fondamentali. E ciò, quasi a voler significare che oltre tale data il virus nella migliore delle ipotesi scomparirà e, con esso, verrà meno anche lo scopo protettivo dell'obbligo. A ciò si aggiunga, che durante la fase esponenziale dell'emergenza sanitaria, nelle strutture ospedaliere di tutto il territorio nazionale, impreparate a dover gestire una così rilevante mole di lavoro, si è assistito ad una grave carenza di personale. Infatti, per fronteggiare tale problematica vi è stata una ricerca costante di operatori sanitari, tanto che, in molti casi, si è fatto ricorso, oltre che ad assunzioni temporanee, al richiamo di figure professionali in quiescenza. Ebbene, la scelta del legislatore di sospendere dal servizio operatori sanitari non vaccinati, sacrificando dunque una forza lavoro utile e necessaria nella lotta contro il virus, mal si concilia con l'esigenza di salvaguardare la salute pubblica. Invero, quegli stessi lavoratori, seppur con le opportune cautele, eventualmente anche ulteriori rispetto ai colleghi vaccinati, avrebbero potuto continuare ad esercitare la propria attività, prestando il proprio contributo alla gestione della pandemia nell'interesse della collettività.

Da tali considerazioni ne deriva che le previsioni normative sopra menzionate appaiono, *prima facie*, quanto meno opinabili dal punto di vista della particolare interferenza nell'esercizio dei diritti fondamentali degli interessati, con la diretta conseguenza che presentano profili di incompatibilità con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in particolar modo nella sentenza analizzata.

4. Prospettive di legittimità dell'obbligo generalizzato alla vaccinazione contro il Covid-19

Sulla base dell'analisi sin qui condotta e delle linee guida fornite dalla sentenza Vavříčka, si può concludere che la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 appare compatibile con la CEDU, nella misura in cui essa:

- (i) sia considerata sicura dalla comunità scientifica;
- (ii) sia imposta solo indirettamente attraverso sanzioni di carattere protettivo;
- (iii) vengano prese in considerazione ipotesi derogatorie che tengano conto di particolari motivi di salute e coscienza;
- (iv) si adottino le necessarie precauzioni, valutando preventivamente le potenziali controindicazioni, ed in ogni caso monitorando costantemente i vaccini in uso;

⁵⁰ Sugli effetti derivanti dal rifiuto di sottoporsi a vaccinazione nel rapporto di lavoro sia pubblico che privato si veda M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021, 57 ss.

(v) venga prevista una disposizione specifica volta a riconoscere il risarcimento del danno in ipotesi di lesioni causate dal vaccino.

Allo stesso modo, risulta evidente che l'introduzione di un obbligo vaccinale generalizzato contro il Covid-19, è giuridicamente ipotizzabile nella misura in cui tale vaccino venga considerato non più farmaco emergenziale ma ordinario, a seguito di dichiarazioni ufficiali da parte dell'autorità regolatoria dell'Agenzia europea del farmaco nonché a livello nazionale dall'Agenzia italiana del farmaco.

Con specifico riferimento al nostro panorama interno, è stato poi osservato che esistono strumenti normativi per l'introduzione di tale obbligo vaccinale esteso alla generalità dei consociati che trovano giustificazione proprio nella garanzia costituzione della tutela del diritto alla salute quale interesse della collettività.

Parimenti si è visto che forme di "vaccinazione obbligatoria" comportano una serie di implicazioni etiche che si ripercuotono in limitazioni dell'esercizio dei diritti individuali di pari rilevanza costituzionale. Oltre a ciò, è emerso che, per quanto attiene al nostro ordinamento, l'attuale obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 imposto a determinate categorie di lavoratori prevede un numero limitato di eccezione in deroga nonché specifiche clausole di salvaguardia in caso di morte o lesione personali derivanti dalla stessa somministrazione.

Vero è che nonostante il suo nome, la vaccinazione obbligatoria non è veramente tale, nel senso che, per coloro i quali rifiutano di sottoporsi alla vaccinazione il relativo obbligo non viene eseguito mediante una somministrazione coercitiva del vaccino, ossia con l'uso della forza fisica da parte dell'autorità pubblica.

Quanto poi alla pronuncia esaminata, abbiamo visto che, ad oggi, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non si è ancora pronunciata nel merito della compatibilità dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19 con i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione.

Tuttavia, per dovere di completezza è appena il caso di specificare che una decisione sul punto potrebbe non tardare più di tanto ad intervenire.

Ed infatti, tra i ricorsi pendenti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo relativi all'emergenza sanitaria da Covid-19⁵¹, risultano avanzate diverse richieste di intervento proprio in materia di vaccinazione obbligatoria che, attualmente, sono ancora allo stadio della comunicazione allo Stato controinteressato⁵².

Ci si riferisce, in particolare al caso *Thevenon v. France*⁵³ e ai ricorsi pendenti contro la Grecia proposti dai ricorrenti *Kakaletri and Others*⁵⁴ e *Theofanopoulou and Others*⁵⁵.

⁵¹ Cfr. Corte Edu, Prees Unit Factsheets *COVID-19 health crisis*, consultabile in <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=> (ultima visualizzazione 10/02/2022).

⁵² Si veda sullo stesso tema S.R. VINCETI *COVID-19 Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights in Acta Biomedica Atenei Parmensis*, 92, S6, 2021, 1 ss.

⁵³ Corte Edu, Communicated Case 27 settembre 2021, Application no. 46061/21) *Thevenon v. France*, consultabile in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212466>, (ultima visualizzazione 10/02/2022).

⁵⁴ Corte Edu, Application no. 43375/21 *Kakaletri and Others v. Greece*, consultabile in <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%5D%7D>, (ultima visualizzazione 10/02/2022).

⁵⁵ *Ibidem*.

Il primo concerne la compatibilità della vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 imposta ai vigili del fuoco dalla legge francese del 5 agosto 2021 sulla gestione dell'emergenza sanitaria con l'art. 8 della Convenzione (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), sia considerato singolarmente che in combinato disposto con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 nonché con la protezione della proprietà ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione.

Nella specie, il ricorrente contesta la legittimità delle conseguenze subite a causa del suo rifiuto di farsi vaccinare contro il Covid-19, che nello specifico hanno comportato la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale e dalla percezione totale della propria retribuzione.

Invece, nelle altre due domande contro la Grecia, 30 operatori sanitari (18 medici lavoratori autonomi e 6 dipendenti di strutture sanitarie pubbliche nel primo caso, 6 operatori sanitari tra cui medici, infermieri e personale paramedico dipendenti di strutture sanitarie pubbliche nell'altro) lamentano la liceità delle disposizioni di cui all'art. 206 della legge interna n. 4820/2021 che impone la vaccinazione obbligatoria agli operatori sanitari contro il Covid-19 come condizione per poter continuare ad esercitare la propria attività, in relazione agli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 (divieto di schiavitù e lavoro forzato), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 6 (diritto a un equo processo), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In tutti i casi citati, ad oggi, la Corte senza spingersi in una valutazione sul merito della conformità degli obblighi imposti dagli Stati con i diritti sanciti dalla Convenzione che i ricorrenti presumono essere stati violati, si è unicamente limitata a rigettare le loro richieste di misure cautelari, sulla base delle circostanze che le stesse non rientrano nelle ristrette ipotesi di applicazione dell'art. 39 del proprio Regolamento⁵⁶, riservate al solo rischio grave di pericolo per la vita e l'incolumità fisica del richiedente.

In particolare, con le domande cautelari avanzate dal Sig. Thevenon unitamente ad altri 671 vigili del fuoco⁵⁷, nonché dai sanitari nei ricorsi contro la Grecia⁵⁸, si è chiesto alla Corte di sospendere, in via di urgenza, le leggi interne che impongono agli stessi la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 ai fini dell'esercizio della loro professione.

⁵⁶ Art. 39 Regolamento della Corte Edu, Titolo II – Procedura, Capitolo I – Regole generali – Misure provvisorie «1. La camera o, se del caso, il presidente della sezione o un giudice di turno designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo, possono, su richiesta di una parte o di ogni altra persona interessata, ovvero d'ufficio, indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura. 2. All'occorrenza, il Comitato dei Ministri viene immediatamente informato delle misure adottate nell'ambito di una causa. 3. La camera o, se del caso, il presidente della sezione o un giudice di turno designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo possono invitare le parti a fornire informazioni su eventuali questioni relative all'attuazione delle misure provvisorie indicate. 4. Il presidente della Corte può designare dei vicepresidenti di sezione in qualità di giudici di turno per decidere sulle richieste di misure provvisorie», come modificato dalla Corte il 4 luglio 2005, il 16 gennaio 2012 e il 14 gennaio 2013

⁵⁷ Corte Edu, Press Release – Interim Measures, Requests for interim measures from 672 members of the French fire service concerning the Law on the management of the public health crisis Applications nos. 41950/21 Abgrall and 671 Others v. France, 25 August 2021, consultabile in <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7100478-9611768>, (ultima visualizzazione 10/02/2022).

⁵⁸ Corte Edu, Press Release – Interim Measures, Request for interim measures against Greece concerning compulsory vaccination for health staff, 7 settembre 2021, consultabile in <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7113391-9633858>, (ultima visualizzazione 10/02/2022).

Ebbene, in entrambe le richieste, la Corte ha ritenuto che dall'obbligo vaccinale imposto dagli Stati non deriva un pregiudizio grave e di irreparabile per la vita dei ricorrenti, posto che coloro che temono gli effetti avversi del vaccino possono sempre decidere di non vaccinarsi.

Tuttavia sul punto, la stessa Corte ha tenuto a specificare che tali misure provvisorie sono volte unicamente all'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti, con cui si impone allo Stato interessato un determinato obbligo al fine di salvaguardare il richiedente dal un rischio imminente di danno grave e irreparabile che, lo stesso, potrebbe subire nelle more del giudizio di merito, in assenza delle misure in questione.

Sul punto, si rende necessario specificare che tali misure hanno natura eccezionale, e, per consolidata giurisprudenza della Corte vengono applicate, senza pregiudizio alcuno sulle successive decisioni di ammissibilità o merito della causa in questione, solo in un numero limitato di settori. Nella maggior parte dei casi esse riguardano ipotesi di espulsione ed estradizione in cui vi è un imminente pericolo di salvaguardare un novero ristretto di diritti, quali il diritto alla vita del richiedente di cui all'art. 2 della Convenzione, ovvero proteggerlo dalla possibilità che lo stesso subiscano forme di tortura inumane e degradanti vietate dall'art. 3 della Convenzione. Solo in casi di particolare eccezionalità esse possono riguardare richieste concernenti presunte violazione del diritto ad un equo processo (art. 6 della Convenzione) ed al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 della Convenzione)⁵⁹.

Ciò significa che, pure a fronte del rigetto delle richieste di misure cautelari contro l'obbligo di vaccinazione imposto dagli Stati, la Corte di Strasburgo ben potrebbe giungere ad una decisione di merito in cui statuisca che la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 rappresenti una violazione dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione. In particolare, ciò potrebbe verificarsi nella misura in cui le disposizioni normative degli Stati non dovessero prevedere: deroghe specifiche in caso di controindicazioni mediche o obiezioni di coscienza; imposizione solo indiretta dell'obbligo senza possibilità alcuna di vaccinazione effettuata mediante l'utilizzo della forza fisica; sanzioni in caso di inadempimento con funzione meramente protettiva, proporzionata al raggiungimento degli obiettivi di salute pubblica; forme di risarcimento diretto in caso di danni derivanti dalla somministrazione del vaccino; informazioni chiare e trasparenti tale da favorire la fiducia dei cittadini nell'autorità pubblica; consenso unanime da parte della comunità scientifica sulla sicurezza e sugli effetti dei vaccini; adozione di necessarie precauzioni da parte delle autorità pubbliche che assicurino la valutazione preventiva delle potenziali controindicazioni ed il continuo monitoraggio dei vaccini in uso.

In conclusione, possiamo affermare che le questioni etiche legate alla vaccinazione contro il Covid-19 comportano una propensione preferenziale per politiche di vaccinazione su base volontaria, supportate da corrette campagne di informazione che alimentino la fiducia pubblica sulla sicurezza ed efficacia dei vaccini attualmente disponibili, e che salvaguardino gli stessi da forme di discriminazione e disparità di trattamento soprattutto a svantaggio dei soggetti più vulnerabili.

Allo stesso tempo, però, non escludono in termini assoluti la possibilità di un obbligo di vaccinazione generalizzato contro il Covid-19, che, in ogni caso, alla luce di tutte le considerazioni sin qui espresse,

⁵⁹ Corte Edu, Prees Unit, Factsheet *Interim measures*, consultabile in https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf, (ultima visualizzazione 10/02/2022).

deve essere considerata quale *extrema ratio* nell'eventualità in cui non sia possibile raggiungere i medesimi obiettivi di salute mediante strumenti alternativi meno invasivi e, sempre che, ne venga assicurata la necessità e la proporzionalità delle misure adottate.

Solo in questo modo, un obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 esteso alla intera popolazione può risultare conforme ai diritti dell'Uomo e alle libertà fondamentali salvaguardati dalla Convenzione di Strasburgo.

In ogni caso, per conoscere la posizione della Corte di Strasburgo sulla vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19, sarà necessario attendere l'esito dei ricorsi pendenti, con la possibilità e la sentita speranza che, considerate le tempistiche della procedura, quando ciò accadrà il Coronavirus sarà ormai un lontano ricordo.

La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP

Colpa penale sanitaria = inosservanza cautelare + deviazione rilevante dalla regola di diligenza + rischio irragionevole + esigibilità contestuale

*Andrea Perin **

THE REDEFINITION OF CRIMINAL MEDICAL NEGLIGENCE ACCORDING TO THE IAPCL DRAFT PROPOSALS:
CRIMINAL NEGLIGENCE = VIOLATION OF THE DUTY OF CARE + SIGNIFICANT DEVIATION FROM THE STANDARD OF CARE + UNREASONABLE RISK + CONCRETE POSSIBILITY TO COMPLY WITH THE STANDARD OF CARE

ABSTRACT: This paper deals with two draft articles drawn up by the Subgroup of the Italian Association of Professors of Criminal Law (IAPCL/AIPDP) in charge of writing a proposal for a new liability regime for criminal negligence of health professionals. Before turning to the analysis of the drafts, the author highlights the main reasons why the legislator should abandon the current regulatory model (art. 590-*sexies* of the Criminal code). Concluding remarks tackle the path undertaken towards the redefinition of special statutes of criminal negligence within the Italian criminal doctrine.

KEYWORDS: Italian Association of Professors of Criminal Law; Medical malpractice; Gross Negligence; Unzumutbarkeit; Penal Reform

ABSTRACT: Questo articolo esamina le due bozze di riforma elaborate dal Sottogruppo della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) incaricato di formulare una proposta per una nuova disciplina della responsabilità per colpa penale degli esercenti le professioni sanitarie. Prima di volgere all'analisi degli articolati, vengono schematizzate alcune ragioni fondamentali che evidenziano l'esigenza di superare il modello normativo attuale (art. 590-*sexies* c.p.). Riflessioni conclusive vengono quindi dedicate al cammino intrapreso verso la ridefinizione di statuti differenziati di colpa penale.

PAROLE CHIAVE: Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale; Colpa medica; Colpa grave; Inesigibilità; Riforma penale

* *Ricercatore di Diritto penale; Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia. Mail: andrea.perin@unibs.it. La prima parte di questo articolo (§§ 2-4) riflette, salvo lievi modifiche, l'intervento svolto dall'autore nel corso del seminario "La riforma dei delitti contro la persona. Reati colposi contro la persona" (1° ottobre 2021), organizzato dalla Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in collaborazione con il Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale, e coordinato dal prof. Andrea Castaldo. Gli Atti sono raccolti in un volume collettaneo a cura della AIPDP e DiLaP, in corso di pubblicazione. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le proposte della AIPDP in materia di colpa penale in ambito sanitario. – 2. L'esigenza di superare l'attuale modello di disciplina. – 3. Analisi della prima bozza di articolato. – 3.1. Primo comma: la "non punibilità" salvo colpa grave. – 3.2. Secondo comma: la colpa grave fra disvalore della condotta e disvalore di evento. – 3.3. Terzo e quarto comma: "inesigibilità contestuale" ed esclusione della colpa grave in concreto. – 4. Considerazioni di sintesi sulla prima bozza. – 5. La seconda bozza di articolato: l'ulteriore rilevanza riconosciuta alle particolarità del contesto. – 6. Scansione analitica e configurazione sistematica della colpa concretamente-grave. – 6.1. Il rapporto fra la colpa civile e la colpa penale: alcune equazioni definitorie. – 6.2. Il principio di affidamento come «pietra angolare della tipicità colposa» e il giudizio comparativo di colpa relazionale-grave. – 7. Statuti differenziati di colpa penale? Spunti di metodo e di merito.

1. Introduzione. Le proposte della AIPDP in materia di colpa penale in ambito sanitario

Questo contributo si compone di due parti. La prima (§§ 3-4) esamina la *prima bozza* di articolato elaborata dal Sottogruppo della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) incaricato di formulare una proposta di riforma del regime di responsabilità per colpa penale degli esercenti le professioni sanitarie («Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie»)¹. La seconda parte (§§ 5-6) considera invece la *seconda bozza* elaborata dal medesimo Sottogruppo, che presenta una nuova proposta di disciplina («Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»), aggiornata rispetto alla precedente tenendo conto di alcuni suggerimenti che, su iniziativa della stessa AIPDP, in collaborazione con il Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale (DiPLaP), ne hanno accompagnato la pubblicazione².

<p>Prima bozza: «Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie»</p> <p>1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-bis non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p>	<p>Seconda bozza: «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»</p> <p>1. Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-bis sono commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole cautelari è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p>
---	--

¹ La prima bozza di articolato e la *Relazione* a cura del prof. Matteo Caputo, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, sono disponibili nel sito dell'Associazione: <https://bit.ly/3lejBpc> (ultima consultazione 25/5/2022).

² Anche la seconda bozza di articolato e la nuova *Relazione*, a cura del prof. Matteo Caputo, sono pubblicate nel sito dell'Associazione: <https://bit.ly/3tYOKYP> (ultima consultazione 25/5/2022).

<p>3. Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.</p>	<p>3. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.</p>
---	--

Testo delle due bozze di articolato oggetto di analisi.

Prima di volgere all'analisi delle citate proposte, vengono schematizzate le ragioni fondamentali che, alla luce dell'esperienza applicativa e della discussione scientifica degli ultimi anni, evidenziano l'esigenza di superare il modello normativa attuale (§ 2). Riflessioni conclusive vengono quindi dedicate al cammino intrapreso verso la ridefinizione di statuti differenziati di colpa penale (§ 7).

2. L'esigenza di superare l'attuale modello di disciplina

I motivi fondamentali di ordine teorico e pratico alla base dell'esigenza di riscrivere la disciplina di cui all'art. 590-*sexies*, c.p., introdotto dalla L. 24 dell'8 marzo 2017 (cd. riforma *Gelli-Bianco*), si riflettono chiaramente nella *Relazione* che accompagna la *prima proposta* di articolato AIPDP in questa materia³. La tecnica normativa che accomuna le ultime riforme, la cd. *Balduzzi* (2012) e la vigente *Gelli Bianco* (2017), consiste nel ricorso ad elementi definitori dotati di un elevato tasso di oggettività – linee guida e buone pratiche mediche –, con un duplice obiettivo: (i) una più chiara e netta definizione (etero-integrazione) della tipicità-colposa; (ii) una sensibile riduzione dell'ambito della punibilità in ambito sanitario.

Entrambi i propositi – legati, da una parte, ad esigenze individual-garantiste di legalità e prevedibilità del diritto e, dall'altra, all'opportunità politico-criminale di ridurre il “rischio penale” che incombe sui professionisti sanitari e che può indurli a praticare una “medicina alla difensiva” –, sono oggetto di ampio consenso fra i penalisti; tuttavia, gli esiti della strategia adottata non sono stati quelli auspicati⁴.

³ Per accedervi, v. *supra*, nt. 1.

⁴ Con particolare riferimento alle criticità del modello *Gelli-Bianco* e alla soluzione interpretativa di compromesso adottata in Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, *Mariotti*, cfr., fra i tanti, anche

Fra le maggiori criticità – intimamente intrecciate – emerse dall’esperienza degli ultimi anni, possiamo schematicamente ricordare: (a) quelle di ordine epistemologico e normologico, legate alla difficoltà di dotare di un maggior grado di tassatività la fattispecie colposa ricorrendo alla individuazione/definizione di parametri di “perizia” standardizzati⁵; (b) problemi pratici di sistematizzazione, certificazione e aggiornamento delle linee-guida rilevanti⁶; (c) il rischio di indurre i giudici a sopravvalutare il potere normativo delle linee-guida e delle prassi cautelari, favorendo affermazioni automatiche di

per altri riferimenti: M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 261 ss., 344 ss., 417 ss.; A. MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 1 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 6, 53 ss.; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari». Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590-sexies c.p.*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, 24 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 5, 233 ss.; A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.; C. CUPELLI, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione «costituzionalmente conforme» dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, 246 ss.; ID., *L’anamorfose dell’art. 590-sexies c.p. L’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ e i problemi irrisolti dell’imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1969 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra «nuovi» spazi di graduazione dell’imperizia e «antiche» incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 4, 25 ss.; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 137 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, 2021, 71 ss.; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1, 28 ss., 36 ss., 49 ss.; P. PICCIALI, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in ID. (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, 139 ss.; F. BASILE, P.F. POLI, *La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 17 maggio 2022, 10 ss., 20 ss.

⁵ Coglie l’ispirazione “scienziata” delle ultime riforme (Balduzzi e Gelli-Bianco) M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in M. DONINI (dir.), *Reato colposo, Enciclopedia del diritto – I Tematici*, Milano, 2021, 160 ss., 169 ss., 175 ss. Analoga filosofia normativa appare sottesa anche alle dottrine che propongono la riconduzione del parametro oggettivo di prudenza e diligenza alla «migliore scienza ed esperienza» o la riduzione della cd. “misura oggettiva” della colpa all’inosservanza delle regole cautelari positivizzate o alle «migliori prassi consolidate». E il medesimo modello di “co-produzione” fra scienza e diritto – al netto delle differenze e del diverso perimetro applicativo (*ibidem*, 182 ss.) – si ritrova anche nello “scudo” previsto dall’art. 3 del d.l. 44/2021, convertito con modificazioni nella L. 28 maggio 2021, n. 76 («Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2»), il quale dispone che: «Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all’articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione». Cfr., al riguardo, P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell’emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, 11 ss.; C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell’emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell’art. 590-sexies c.p.*, in *disCrimen*, 28 aprile 2022, 9 ss.

⁶ Sulle difficoltà emerse già prima dell’emergenza pandemica (i lunghi, fisiologici tempi richiesti al fine di presentare, selezionare e certificare le linee-guida), aggravatesi in una situazione per forza di cose caratterizzata dalla indisponibilità di *guidelines* o pratiche cliniche oggetto di ampio consenso nella comunità degli esperti, L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020, 3 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 114 ss.

responsabilità in ipotesi di opportuna disapplicazione da parte del medico⁷; (d) e, pertanto, il correlativo rischio di spingere il sanitario ad una applicazione acritica delle *leges artis* “certificate” al solo fine – difensivista – di allontanare la minaccia di indagini, processi e sanzioni in ipotesi di evento avverso⁸. Rispetto all’ultima criticità rilevata, va sottolineato un profilo non sempre considerato nell’attuale dibattito, soprattutto dagli orientamenti che – a torto o a ragione – difendono la tecnica normativa adottata nelle ultime riforme (cioè l’ancoraggio della *non punibilità* oppure della *punibilità limitata* all’applicazione di linee guida e buone pratiche). Una standardizzazione “rigida” dell’esercizio della medicina, indotta dall’attribuzione di un valore tendenzialmente “scriminante” all’applicazione di standard predefiniti, riduce sensibilmente lo spazio di autonomia della relazione terapeutica. Inoltre, ciò si pone in contrasto con una corretta comprensione del concetto di *evidence-based medicine (EBM)*, spesso invocato a difesa del modello vigente. Infatti, detto paradigma di medicina riserva un ruolo fondamentale non solo (1) al corpo di conoscenze consolidate, oggetto di consenso ed eventualmente declinate in linee-guida, ma anche (2) alla preparazione, all’esperienza, al giudizio e quindi alla “prudenza pratica” del singolo medico (che si riflette nella libertà terapeutica)⁹, nonché (3) all’autonomia del paziente, che si esprime mediante il consenso informato¹⁰.

Dando ragione anche alle già menzionate – qui solo schematizzate – criticità, la *prima bozza* di articolato della *AIPDP* in materia di colpa penale sanitaria segna quindi una netta e – si anticipa – condivisibile inversione di rotta rispetto alle riforme degli ultimi anni.

3. Analisi della prima bozza di articolato

3.1. Primo comma: la “non punibilità” salvo colpa grave

Il testo della prima bozza di articolato stabilisce, in buona sostanza, la “non punibilità del fatto”, «sempre che la colpa non sia grave». In questo modo, abbandonando il modello della *non punibilità* – o della

⁷ Sul punto, C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 4, 216; M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 160 ss.

⁸ Specie di medicina difensiva “negativa” che concretizza il rischio di indurre acritici automatismi (atrofia di giudizio, supina obbedienza, azioni esecutive irresponsabili) o, peggio, l’adozione di pratiche astrattamente corrette (rispondenti a qualche linea-guida) ma prevedibilmente/consapevolmente inefficaci o persino dannose se applicate al caso clinico particolare: rinvio nuovamente alle considerazioni svolte in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 146-148, 198-199, 410 ss.

⁹ Sulla rilevanza della *phronesis* Aristotelica, quale “saggezza pratica” mediatrice tra la *traditio*, il bagaglio già costituito dell’esperienza, e l’*inventio*, l’attività creativa del singolo, anche nell’esercizio delle professioni sanitarie, cfr. ad es. B. SCHWARTZ, K. SHARPE, *Practical wisdom: the right way to do the right thing*, New York, 2010; E. KINSELLA, A. PITMAN (a cura di), *Phronesis as professional knowledge: Practical wisdom in the professions*, Rotterdam, 2012.

¹⁰ Cfr. in argomento, anche per altri riferimenti, D.L. SACKETT, W.M.C. ROSENBERG, J.A. MUIR GRAY, R.B. HAYNES, W.S. RICHARDSON, *Evidence based medicine: what it is and what it isn’t (it’s about integrating individual clinical expertise and the best external evidence)*, in *Brit. Med. J.*, 1996, n. 312, 71; W. ROGERS, K. HUTCHISON, *Evidence-based medicine in theory and practice: Epistemological and normative issues*, in T. SCHRAMME, S. EDWARDS (a cura di), *Handbook of the Philosophy of Medicine*, Dordrecht, 2015, 1 ss.; H. SZAJEWSKA, *Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect*, in *Ann. Nutrition and Metabolism*, 2018, 72, 13. Inoltre, fra i penalisti, A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., 1 ss.; M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 158 ss., 165 ss.; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale*, cit., 44 ss.

punibilità limitata – legato all’osservanza delle linee guida o buone pratiche, la proposta in esame rivolge un chiaro messaggio all’interprete: non c’è punibilità per colpa nei casi previsti (omicidio, lesioni e interruzione di gravidanza), di regola, a meno che, eccezionalmente, non vi sia una colpa particolarmente qualificata¹¹.

In ottica processuale, detta disposizione si mostra interpretabile nel senso di operare un ritaglio della tipicità-colposa idoneo a far ricadere sul pubblico ministero l’onere di sostenere non solo la modalità colposa oggetto di imputazione (la regola modale inosservata), ma anche il grado penalmente rilevante (ai sensi dei co. 2 e 3, come vedremo)¹².

Il modello è quindi senz’altro condivisibile alla luce delle direttrici politico-criminali di riduzione della penalità in questo settore.

Per quanto riguarda poi il riferimento allo «svolgimento di attività sanitaria» che comporti problemi di «speciale difficoltà» (ispirato dall’art. 2236 c.c.)¹³, condivisibili appaiono soprattutto due elementi della proposta: (1) l’eliminazione del riferimento ai problemi «tecnici», che consente di ovviare al problema concernente la distinzione, assai relativa, fra la “negligenza” e la “imprudenza”, da un lato, e la “impegnosità”, dall’altro¹⁴; (2) la scelta di aderire alla tradizione dottrinale e giurisprudenziale che rimarca «il valore da riconoscere al contesto nel quale è stata eseguita la prestazione [...], ai fini del giudizio di “esigibilità”»¹⁵.

Per le ragioni giustamente rimarcate anche nella *Relazione* a cura del prof. Matteo Caputo, una possibile soluzione alternativa, suggerita nell’ambito della discussione seminariale che ha fatto seguito alla pubblicazione della bozza in esame, è parsa quella di muovere il riferimento alla «speciale difficoltà» dal co. 1 al co. 3, cioè alla parte della disposizione dedicata alla rilevanza riconosciuta alle «gravi carenze dell’organizzazione». In questo modo, tutte le ragioni di *inesigibilità* idonee ad escludere la colpa grave *in concreto* verrebbero indicate all’interprete attraverso un unico comma ad esse dedicato, valorizzando, quindi, non solo le gravi carenze organizzative, ma anche altri fattori situazionali, quali

¹¹ Per rimarcare detto messaggio in modo ancor più netto ed esplicito, in sede di prima lettura sono apparse valide anche formulazioni alternative che stabiliscano la “non punibilità, salvo colpa grave”. Altrimenti: la “punibilità nei casi previsti, solo per colpa grave”.

¹² Sull’interpretazione di simili cause di “non punibilità” come ritagli della tipicità, D. MICHELETTI, *Lo scudo penale a favore dei vaccinatori nel quadro delle norme dichiarative di atipicità*, in *disCrimen*, 7 marzo 2022, 4 ss. Sull’onere di contestazione in materia colposa, in relazione al corretto esercizio del diritto di difesa, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 198 ss.; più di recente, G. VARRASO, voce *Imputazione processuale e reati colposi*, in *Reato colposo*, cit., 678 ss., 689 ss., sottolineando la «centralità dell’attenzione nella descrizione del capo di imputazione della forma e del grado della colpa» alla luce – dell’art. 590-*sexies*, c.p., ma anche – dell’art. 3-*bis*, d.l. 44/2021 (rilevante poiché tale modello ispira ora il co. 3 della *seconda bozza* di articolato AIPDP in materia sanitaria): «La fattispecie giudiziale di cui si discute [...] impone di contestare [...] nel caso previsto dall’art. 3 *bis* d.l. n. 44 del 2021 le circostanze che consentono di qualificare [...] la colpa medica come grave». Sull’eterogeneo sistema della “non punibilità” in questo settore, cfr., nello stesso volume, G. AMARELLI, voce *Non punibilità e responsabilità colposa*, 822 ss.

¹³ Sul ruolo di questa disposizione nella giurisprudenza in materia, cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 15 ss.; D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli, 2021, 65 ss.; e ulteriori riferimenti *infra*, nt. 29.

¹⁴ In questo, assumendo un insegnamento di M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 624.

¹⁵ Così, la *Relazione* alla prima bozza di articolato (*supra*, nt. 1). Per tutti, in argomento, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990. V. inoltre, *infra*, i riferimenti nelle nt. 16, 29 e 30.

condizioni emergenziali o comunque eccezionali, idonee in quanto tali a rendere *specialmente difficile* l'esecuzione prudente e diligente dell'attività e quindi scarsamente esigibile (o penalmente inesigibile) una condotta alternativa rispondente all'aspettativa cautelare rilevante.

Come vedremo, la *seconda bozza* riflette ora, con maggior chiarezza, questo profilo attinente al giudizio di colpa *grave in concreto*, cioè alla luce del *contesto*.

3.2. Secondo comma: la colpa grave fra disvalore della condotta e disvalore di evento

Il co. 2, che definisce la *colpa grave* quale eccezione alla regola della *non punibilità* (ai sensi del co. 1), presenta anch'esso elementi complessivamente condivisibili (soprattutto qualora integrati, come già accennato e come vedremo meglio *infra*, da ulteriori elementi di valutazione alla luce del *contesto* in cui si svolge l'azione). Come reso esplicito nella citata *Relazione*, tale disposizione adotta e riflette criteri di "colpa grave" oggetto di consenso all'interno di una tradizione che si è espressa, in Italia, anche nel Progetto del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (ora Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale)¹⁶.

Sul piano del *disvalore della condotta*, non ci si accontenta di un rischio "non consentito"¹⁷, ma si richiede un doppio requisito: una «deviazione particolarmente rilevante» dalla regola cautelare e che da ciò derivi la creazione di un rischio «irragionevole».

Ipoteticamente, una soluzione alternativa avrebbe potuto essere quella di richiedere un rischio "elevato", anziché "irragionevole", rilevando che l'idea di *ragionevolezza* trova idealmente corrispondenza in quella di agente-modello e potrebbe pertanto continuare a suscitare legittime perplessità¹⁸.

¹⁶ G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, 199-200. In merito agli indici di colpa grave (al di là della sua rilevanza, tradizionalmente limitata, prima delle recenti riforme, alla commisurazione della pena, o tutt'al più al piano della colpevolezza), v. anzitutto T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819, spec. 876 ss., dove si rappresenta una colpa solo apparentemente "bidimensionale" (876-877), ma in realtà ricostruita e valutata *unitariamente per fasi di giudizio* e racchiusa nella colpevolezza (879), la cui gravità è «direttamente proporzionale al grado di *esigibilità* dal singolo soggetto del comportamento conforme a diligenza ed allo scarto fra detto comportamento e il comportamento tenuto» (881); infatti, consistendo «il disvalore della colpa nella divergenza fra il comportamento esigibile e quello attuato, la misura di tale disvalore non può che essere determinata in funzione del *quantum* di *esigibilità* e del *quantum* di *divergenza*» (888 ss., 890). Inoltre, F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 299, 312-313, che presenta una classificazione di criteri normativo-oggettivi (il *quantum* di divergenza fra la condotta diligente e la condotta tenuta; il *quantum* di prevedibilità; il *quantum* di evitabilità), normativo-soggettivi (l'agire in situazioni che, pur non escludendo la *suitas* della condotta, causano particolari difficoltà nell'osservare la diligenza dovuta; il *quantum* di *esigibilità* del rispetto delle regole cautelari) e infine psicologici (il *quantum* di previsione; la maggior o minor consapevolezza di tenere una condotta pericolosa; il tipo di motivazione, quando in presenza di un conflitto di doveri). Alcuni fra i criteri di giudizio indicati in questi "classici" – sui quali, di recente, anche per altri riferimenti, P.F. POLI, voce *Colpa grave*, in *Reato colposo*, cit., 104 ss. –, si ritrovano ora nelle proposte di disciplina qui in esame.

¹⁷ Sul rapporto fra "rischio consentito" e definizione dei limiti dell'agire lecito, v. ora, per tutti ed altri riferimenti, F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo*, cit., 1102 ss.

¹⁸ Sul modello alternativo – che, allo scopo di recuperare la funzione tipizzante della colpa, fonda la sua tipicità sulla violazione di regole cautelari necessariamente precostituite, cercando quindi di superare l'indeterminatezza dell'agente-modello –, applicato al settore della responsabilità sanitaria, v. il recente studio di D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., *passim*.

Tuttavia, qualora si concordi nell'adottare una concezione normativa *moderatamente deontica* – e non rigidamente “prasseologica” – della colpa penale¹⁹, sembra preferibile il ricorso al concetto dialogante e pluralista di “ragionevolezza”; infatti, in medicina, il rischio legato all'esercizio della professione è spesso elevatissimo e, tuttavia, tale rischio può essere affrontato in modo “ragionevole”, cioè prudente e diligente; inoltre, la via corretta in questo settore non è necessariamente univoca²⁰. L'elemento determinante, quindi, non è tanto l'entità del rischio (che il medico può avere comunque il dovere di correre), ma la “ragionevolezza” (cioè l'adeguatezza o plausibilità medica) della strategia diagnostica e terapeutica adottata. Anche questa scelta operata fin dalla prima versione di articolato è quindi condivisibile.

Astrattamente, si potrebbe anche riflettere sulla possibilità di aggiungere ulteriori indici di *gravità*, come il numero di infrazioni cautelari o il carattere cosciente dell'inosservanza²¹. Una soluzione di questo tipo non sarebbe per ciò solo incoerente con l'idea, espressa tra l'altro nel *Progetto di riforma del codice penale* elaborato dalla Commissione Pisapia (2007), per cui la cd. “colpa cosciente” non è necessariamente più grave della colpa incosciente (anche se quel progetto prevedeva espressamente l'abbandono della prima come ipotesi aggravata di colpa). Tuttavia, essendo il carattere cosciente dell'infrazione spesso, in questo settore, indizio di un buon livello di professionalità (il medico si è almeno reso conto di quanto sarebbe potuto accadere...), va condivisa anche la scelta di non aggiungere alcun riferimento all'elemento psicologico come possibile indice di gravità.

Ulteriore parametro di colpa grave che potrebbe essere considerato è quello, classico, della elevata prevedibilità dell'evento per chiunque si fosse trovato nelle condizioni dell'agente (analogamente a certe declinazioni della *gross negligence* anglosassone); ma anche accogliendo questo criterio si correbbe il rischio di riaprire le porte a colpe lievi, specie in considerazione del fatto che il professionista sanitario si confronta continuamente con il pericolo di verifica di eventi altamente prevedibili (e, peraltro, se legati all'opzione terapeutica adottata, doverosamente rappresentati al paziente mediante la richiesta del consenso informato).

Sul piano del *disvalore di evento*, valorizzando un altro elemento di giudizio ormai acquisito alla nostra tradizione penalistica, il co. 2 della bozza in esame richiede espressamente che l'evento sia concretizzazione del medesimo rischio (irragionevole) generato dall'inosservanza cautelare. Questo opportuno riferimento al “nesso di rischio”, quale portato della concezione normativa della colpa e dell'imputazione oggettiva dell'evento (profilo più spesso considerato, in Italia, specie in giurisprudenza, sotto l'insegna della “causalità della colpa”)²², lascia certamente aperte questioni di una certa rilevanza,

¹⁹ La ricerca di un ragionevole compromesso fra il modello “deontico” dell'agente modello differenziato e la teoria “prasseologica” della colpa normativa, alla luce dei limiti di entrambi i modelli e, in particolare, delle criticità segnalate in sede introduttiva, è uno dei principali motivi sottostanti la riflessione svolta in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., spec. 197 ss.

²⁰ Contrariamente a quanto certe visioni scientiste indurrebbero a pensare, la *evidence-based medicine* non è affatto ridicibile alla “standardizzazione” delle pratiche mediche (*supra*, § 2, e nt. 5 e 10).

²¹ Cfr., su entrambi i possibili profili di colpa grave, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 555-560.

²² V. anzitutto M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; nella manualistica, M. PELISSERO, *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Torino, 2021, 106. Di recente, anche per altri riferimenti, A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *Reato colposo*, cit., 284 ss.; K. SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *Leg. pen.*, 11 maggio 2022.

particolarmente per quanto attiene al giudizio *ex post* relativo all'efficacia impeditiva del comportamento alternativo diligente. Tuttavia, non essendo ancora maturato in dottrina un consenso sufficiente di fronte all'alternativa teorica fra il criterio dell'evitabilità (prevalente) e quello dell'"aumento del rischio" (in ipotesi di colpa commissiva) o della "diminuzione di opportunità" (in ipotesi di omissione impropria), appare corretta, a mio giudizio, la scelta del Sottogruppo di non prendere espressamente posizione sul punto²³.

Al di là di questi profili, nel contesto del medesimo dibattito seminariale intorno alla *prima bozza* di articolato, si era sostenuta anche l'idea di inserire – magari in un ipotetico nuovo co. 3 – un più esplicito riferimento alla "colpa relazionale", in modo tale da riflettere e rappresentare al giudicante l'esigenza, sentita soprattutto in dottrina, di favorire un più coraggioso riconoscimento del "principio di affidamento", limitando la punibilità per violazione di doveri di controllo reciproco o di vigilanza sulla condotta altrui²⁴ ai soli casi di *colpa relazionale grave*.

Questo ipotetico ulteriore segmento della disposizione avrebbe potuto essere integrato da altri due elementi: (1) l'indicazione del requisito della *competenza* rispetto al tipo di rischio concretizzatosi nell'evento; (2) una specifica attenuante sul modello delle "attenuanti delle concause" già operanti ex art. 589-*bis* e 590-*bis*, co. 7, c.p., «qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole».

Il requisito della *competenza* si rivelerebbe idealmente utile ad evitare che, in contesti di interazione plurisoggettiva, la colpa del singolo si traduca in un'imputazione diffusa indiscriminata; ciò varrebbe soprattutto in ipotesi di colpa omissiva impropria "relazionale" – cioè di mancato impedimento dell'evento mediante inosservanza di un dovere di vigilanza sull'operato altrui –, poichè la selezione degli agenti astrattamente responsabili per l'evento, con contributo della vittima o di un terzo, avviene, in quelle ipotesi, senza ausilio della causalità materiale²⁵.

²³ Cfr. in argomento, anche per molti altri riferimenti, G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945, 949 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 635, 686 ss.; A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.; K. SUMMERER, *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, in *Reato colposo*, cit., 489 ss. A questo riguardo, merita un cenno l'esito giudiziale del caso "Madrid Arena", ampiamente dibattuto in Spagna, in cui il *Tribunal Supremo*, nell'accogliere la tesi minoritaria, imputa la responsabilità per morte al medico che abbandona colposamente le manovre di rianimazione in base al criterio dell'aumento del rischio (criterio che, tuttavia, in ipotesi di *omissione impropria*, come indicato nel testo, andrebbe declinato nei termini della "diminuzione di opportunità" o della "mancata diminuzione del rischio"): v. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La no disminución del riesgo en el caso "Madrid Arena": dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero*, in *InDret*, 2021, n. 2, 407 ss., 410 ss.

²⁴ Per tutti, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013.

²⁵ Sulla previa definizione dell'ambito di «competenza», cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., 27 ss., 343 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, 509, 511 ss.; A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 12, 1537, 1540 ss.; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, 354 ss.

L'*attenuante* avrebbe potuto trovare a propria volta applicazione in ipotesi di concorso di colpe nell'attività di *équipe*, laddove le colpe concorrenti possono essere autonomamente gravi *ex ante* (nel caso dei concorrenti, qualora sia dato ritenere che non vi fosse più legittimo affidamento), ma l'evento apparire concretizzazione di due o più rischi illeciti. Una simile previsione risponderebbe quindi all'opportunità di imputare il disvalore di evento *solo in parte* a ciascuno dei concorrenti; anche il "peso sanzionatorio" andrebbe pertanto distribuito²⁶.

Tuttavia, va riconosciuto che un'*attenuante* così giustificata potrebbe rilevare anche al di fuori dei casi di colpa relazionale o di cooperazione colposa, qualora, analogamente, l'evento risponda solo in parte a una certa colpa grave *ex ante*: ad es., in ipotesi di efficacia sicura ma solo (ipoteticamente) parziale del comportamento alternativo diligente. Si pensi a casi in cui l'evento sarebbe stato evitabile solo in parte dalla buona condotta del medico, ossia in cui il danno avrebbe potuto essere soltanto ridotto: in questa ipotesi, sarebbe discutibile un'assoluzione *tout court*, ma anche una condanna che rifletta proporzionalmente l'intero disvalore di evento²⁷. Se idonea a ricomprendere anche queste ipotesi, però, la disposizione che dovesse prevedere l'*attenuante* andrebbe opportunamente inserita in un comma autonomo²⁸.

3.3. Terzo e quarto comma: "inesigibilità contestuale" ed esclusione della colpa grave in concreto

Come anticipato, nell'ambito del dibattito che ha avuto luogo alla luce del testo in esame, era parso che, al condivisibile riferimento alle «gravi carenze organizzative» della *prima proposta* AIPDP, potessero aggiungersi anche ulteriori ragioni di *inesigibilità*, intese come circostanze idonee a condurre ad un giudizio di esclusione della *colpa in concreto* per una inosservanza *non sufficientemente grave ex ante*, proprio perché indotta (favorita, determinata anche) dalla *eccezionalità del contesto*.

²⁶ Ipotesi di studio avanzata in A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 305-306 e nt. 128. Si possono distinguere: (i) casi di concretizzazione solo parziale del rischio non consentito nell'evento, per cui l'evento risponde solo in parte a una certa colpa grave *ex ante*; (ii) ipotesi di evento in cui si concretizzano – interamente – rischi non consentiti concorrenti (comunque, ciascuna colpa *ex ante* si riflette solo in una parte del disvalore di evento).

²⁷ Il trattamento colposamente omissivo dal medico avrebbe consentito di evitare l'evento *hic et nunc*, ma non un evento meno grave della stessa categoria. Sussiste cioè un "quantum di inevitabilità" che, comunque, potrebbe già rilevare ai fini del "grado della colpa" come criterio di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

²⁸ L'ipotesi viene comunque accantonata dalle *Relazioni* dei Sottogruppi della AIPDP in materia di colpa datoriale (*Omicidio e lesioni sul lavoro*, a cura del prof. Giuseppe Losappio, per il caso che concausa dell'evento sia stata la condotta del lavoratore-vittima) e colpa stradale (*Omicidio e lesioni stradali*, a cura del prof. Stefano Preziosi, per i casi in cui l'evento non sia comunque esclusiva conseguenza dell'azione od omissione del colpevole e dipenda anche dal concorso della vittima).

A questo riguardo, va riconosciuto che l'adozione di una simile *attenuante* potrebbe indurre il giudice a ragionare immediatamente in termini di "nesso di rischio" e commisurazione della pena, portandolo a presunzioni di colpa (si evidenzia anche in A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 292-295, 304). Va quindi rimarcato – come colto anche dalla Cassazione, sia in materia di colpa stradale che datoriale –, che il contributo della vittima può assumere rilievo già in sede di giudizio di colpa in concreto *ex ante*, operando come regola il "principio di affidamento". Dopodiché, qualora vi sia colpa relazionale "grave" (= indiscutibile cessazione di qualunque legittimo affidamento), la pena potrebbe comunque essere diminuita, in virtù di un minore disvalore di evento, proprio perché esso, concretizzando disvalori di condotta concorrenti, è *ascrivibile solo in parte* a ciascuno di essi. Nonostante le predette perplessità, quindi, questa prospettiva potrebbe meritare ulteriori approfondimenti.

In questo modo, si riflette l'idea secondo cui il *quantum* della divergenza cautelare e la irragionevolezza del rischio creato, già richiesti dal co. 2, non bastano a fondare la gravità della colpa penale, poichè occorre anche valutare la *concreta esigibilità*, alla luce del contesto, di un comportamento rispondente all'aspettativa di prudenza o diligenza. Ragioni di non punibilità per assenza di colpa *grave in concreto* sarebbero quindi non soltanto le «gravi carenze organizzative», definite al co. 4 impiegando una tecnica normativa che richiama il modello di disciplina in materia di responsabilità degli enti (v. *infra*, § 6.1), ma anche le ulteriori circostanze concomitanti o fattori situazionali, quali condizioni emergenziali o eccezionali, idonee a rendere *specialmente difficile* l'esecuzione dell'attività (recuperando, in questo modo, il concetto ereditato dal 2236 c.c., non più indicato al co. 1, ma in questa nuova sede)²⁹.

Si tratterebbe di un esito, quello che consente di coniugare il giudizio di *colpa in concreto* alla luce del contesto – eventualmente eccezionale – e la *inesigibilità* con l'esclusione della *colpa grave*, sostanzialmente condiviso nella nostra tradizione dottrinale³⁰.

Ciò detto, si pongono almeno due questioni di ordine sistematico (ancor più rilevanti alla luce della *seconda bozza* AIPDP, che esamineremo in seguito). (i) Anzitutto, si tratta di coniugare l'esclusione della colpa penale – per assenza di colpa grave in concreto – con la permanenza di legittime istanze risarcitorie a fronte di fatti lesivi eventualmente connotati da colpe *meno gravi*. (ii) Inoltre, atteso il favore crescente per l'idea di procedere alla codificazione di colpe differenziate per settori di responsabilità³¹, viene da chiedersi come dovranno essere intese quelle discipline – *altre colpe penali* – che non dovessero richiedere, almeno espressamente, un ulteriore giudizio di esigibilità³². Sarebbero colpe

²⁹ L'omogeneità concettuale, o comunque la stretta relazione, fra la «speciale difficoltà» di cui all'art. 2236 c.c. e il giudizio di inesigibilità contestuale, ad es. in ragione di un «quadro patologico complesso» e/o di una situazione di «urgenza» o «emergenza», era già stata colta dalla giurisprudenza in materia: ad es., Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 1997, n. 1693, in *Riv. pen.*, 1998, 358, cit. da N. PISANI, *L'accertamento della colpa penale del medico. Spunti interpretativi sull'art. 3, comma 1, della legge 8 novembre 2012, n. 189*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, 817, 827. Che poi, a loro volta, simili valutazioni siano riconducibili al giudizio di colpa grave lo sostiene da tempo la dottrina: v. *supra*, i riferimenti in nt. 16, e la nt. successiva; di recente, A. DI LANDRO, *La colpa penale nel settore sanitario: criteri generali di valutazione e situazioni emergenziali*, in *PenaleDP*, 22 marzo 2021.

³⁰ Che la identifica, generalmente, con la cd. “misura soggettiva” della colpa. Per tutti, in questo senso, D. CASTRO-NUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss., spec. 599 ss., dove l'A. presenta un catalogo esemplificativo di fattori situazionali di inesigibilità potenzialmente disculpanti. Cfr., circa l'influenza degli elementi di “contesto”, G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.*, 5 febbraio 2021, 12 ss., dove la considerazione di circostanze concomitanti, se tali da generare rilevanti carenze organizzative, potrebbe incidere già – prima ancora che sulla valutazione della colpa in concreto – sul piano della posizione di garanzia, cioè sulla sfera di attribuzioni proprie del medico-garante.

³¹ Come si evince dall'esame delle proposte separate in materia di *Reati colposi contro la persona*, presentate dai Sottogruppi della AIPDP, coordinati dai proff. Andrea Castaldo e Sergio Seminara, e disponibili nel sito dell'Associazione: <https://bit.ly/3FIS7hA> (ultima consultazione: 3/6/2022).

³² Cfr., *mutatis mutandis*, le questioni poste dalla disciplina dell'art. 55, co. 2, c.p., che esclude la punibilità dell'eccesso colposo «se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito [...] in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto», ma riserva questa “causa di non punibilità” (riducendo lo spettro dell'eccesso colposo punibile) soltanto alle ipotesi di difesa contro aggressioni che avvengano all'interno del domicilio o nei luoghi ad esso equiparati: v. F. DIAMANTI, voce *Eccesso colposo*, in *Reato colposo*, cit., 451 ss., 457 ss., che, giustamente, si chiede se una più razionale disciplina, attesi gli stessi scopi politico-criminali, non avrebbe potuto invece limitare l'applicabilità dell'art. 55, co. 1, alla colpa grave (escludendo la punibilità, in virtù della «scusante», di qualunque altro eccesso colposo). Ora, qualora la soluzione

punibili ancorché meno gravi? Cioè, in ipotesi, relativamente gravi in virtù dell'entità dell'infrazione e dell'irragionevolezza del rischio, ma *a prescindere dalle particolari circostanze concomitanti* che potrebbero ridurre il livello di rimproverabilità?

4. Considerazioni di sintesi sulla prima bozza

Atteso l'obiettivo politico-criminale di ridurre sostanzialmente i margini della penalità colposa in ambito sanitario, andando quindi oltre gli scarni riferimenti dell'art. 43 c.p., la *prima bozza* di articolato proposta dal Sottogruppo della AIPDP offre già, anche a mio giudizio, soluzioni apprezzabili. Infatti, nell'abbandonare la tecnica normativa delle precedenti riforme, inadeguata per le ragioni già schematicamente ricordate (*supra*, § 2), essa disciplina e guida il giudizio di colpa grave valorizzando le fondamentali variabili in gioco: (i) la *regola cautelare* inosservata, (ii) la *qualità del rischio* che si concretizzerà nell'evento e (iii) il *condizionamento del contesto* nel quale si verifica l'inosservanza.

Condiviso quindi l'impianto normativo adottato, alcuni profili sui cui continuare a riflettere verso la redazione del futuro art. 590-*sexies* c.p. (e, forse, della colpa penale in generale), sono apparsi, prima della pubblicazione della *seconda bozza*, i seguenti:

- (1) la possibilità di accogliere, nella definizione della "colpa grave", anche indici di colpa relazionale o plurisoggettiva, per rimarcare l'importanza del principio di affidamento, quale «pietra angolare» della regola di non punibilità di cui al co. 1 (*infra*, § 6.2);
- (2) l'ipotesi, già discussa, di valorizzare espressamente la "concretizzazione del rischio", considerando anche l'adozione della "attenuante delle concause" (almeno in via esplorativa);
- (3) l'opportunità di legare la valorizzazione delle ragioni di inesigibilità "penale" (cioè di non sufficiente esigibilità ai fini della pena) alla "speciale difficoltà" dell'attività svolta in virtù del particolare contesto dell'azione, anche oltre l'opportuno riferimento alle "gravi carenze organizzative" (*infra*, §§ 5 e 6.1).

5. La seconda bozza di articolato: l'ulteriore rilevanza riconosciuta alle particolarità del contesto

Sulla scorta del dibattito promosso dalla AIPDP e da DiPLaP³³, il Sottogruppo incaricato di redigere una proposta di riforma in materia di colpa in ambito sanitario ha pubblicato una nuova bozza di articolato, intitolata «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario».

Il *punto 3* della *Relazione* che accompagna la nuova proposta sottolinea che essa si «prefigge di valorizzare l'*incidenza del contesto*, mercé un richiamo esplicito al testo dell'art. 2236 c.c., in dialogo con la dottrina e la giurisprudenza della IV sezione della Cassazione, che da tempo ha rimarcato l'importanza da annettere in via interpretativa alla regola di giudizio sottesa alla disposizione codicistica, allo

suggerita – la non punibilità dell'eccesso per colpa "lieve" – venisse applicata solo ad alcune fattispecie di difesa, si porrebbe il problema sollevato nel testo: la coesistenza di colpe *più o meno gravi*, a seconda della rilevanza riconosciuta o meno a certi fattori contestuali di inesigibilità penale. Cfr. anche D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, 253 ss., 342 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, 516 ss.

³³ In particolare, nel corso del seminario svoltosi in data 1° ottobre 2021 (*supra*, nt. preliminare).

scopo di dare spazio a valutazioni che riguardano sia la misura oggettiva sia la misura soggettiva dell'illecito colposo»³⁴.

Si aggiunge, al punto 5, che essa «apre a una più diffusa considerazione dell'impatto prodotto dall'agire od omettere delle organizzazioni complesse sulla colpa del singolo operatore». «Nel quadro di un largo consenso addensatosi intorno all'impostazione prescelta, le proposte correttive sono state per lo più indirizzate a enfatizzare la necessità che *la colpa si accerti sempre in concreto*, attraverso un'analisi approfondita del *contesto nel quale si svolge la prestazione sanitaria*, in modo da mettere in evidenza non solo le difficoltà dell'atto dell'esercente le professioni sanitarie, ma anche una serie di ulteriori *situazioni che possono incidere sul tasso di esigibilità del comportamento alternativo doveroso*» (corsivi aggiunti).

Pertanto, come pure chiarisce la *Relazione*, «l'esigenza di meglio coniugare, all'interno dell'articolato, la *concretizzazione della cautela con l'individualizzazione del giudizio* ha sospinto il sottogruppo ad accogliere una proposta di riscrittura del testo che, facendo tesoro del recente esempio incarnato dall'art. 3-bis d.l. 44/2021³⁵, aggiunge alla definizione della colpa grave (comma 2) una serie di indici sintomatici, non esaustivi, suscettibili di aiutare il giudice nella valutazione del grado della colpa (comma 3)».

In effetti, la citata disciplina "eccezionale", applicabile al contesto pandemico e all'emergenza epidemiologica³⁶, offriva già un modello definitorio alternativo a quello *Gelli-Bianco* (mantenuto invece dal "primo scudo", applicabile soltanto alle somministrazioni di vaccino nel corso della campagna vaccinale³⁷), introducendo un regime di colpa grave definito per criteri di giudizio idonei a valorizzare le circostanze particolari in cui si verifica l'inosservanza.

Quella indicata dal "secondo scudo" e accolta ora al co. 3 della *seconda bozza* del Sottogruppo dell'AIPDP è una tecnica normativa condivisibile³⁸. Infatti, eliminando il riferimento alle *best practices*,

³⁴ Al riguardo, v. *supra*, i riferimenti indicati nelle nt. 13, 29 e 30.

³⁵ «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19», aggiunto in sede di conversione dalla l. 76 del 28 maggio 2021 (causa di non punibilità della colpa grave), secondo il quale:

«1. *Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.*

2. *Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».*

³⁶ Per una più precisa definizione del campo applicativo di quel regime, M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 184 ss.; C. CUPPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 11 ss.

³⁷ V. *supra*, nt. 5. Cfr., con diversi accenti critici, A. MASSARO, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti Sars-Cov-2. Gli "anticorpi" dei principi generali in materia di colpa penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, n. 3, 683 ss., spec. 689 ss.; D. MICHELETTI, *Lo scudo penale a favore dei vaccinatori*, cit., 1 ss.

³⁸ Di questo avviso già E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e pandemia. Spunti di riflessione con particolare riferimento al contenzioso in ambito sanitario*, in *Leg. pen.*, 22 settembre 2021, 17, sottolineando come fosse auspicabile che quella riforma fosse «soprattutto l'occasione per un generale ripensamento della disciplina penale della colpa

essa evita di assolutizzarne il rilievo etero-integrativo e quindi rifugge da una rigida “standardizzazione” del giudizio legata alla nozione di “imperizia”³⁹; inoltre, offre una «definizione *orientativa* della colpa grave»⁴⁰ che, in quanto tale, indica chiaramente utili criteri a beneficio dell’interprete nell’ottica di una reale concretizzazione del giudizio di colpa penale.

6. Scansione analitica e configurazione sistematica della colpa concretamente-grave

6.1. Il rapporto fra la colpa civile e la colpa penale: alcune equazioni definitorie

Gli indici di assenza di *gravità-in-concreto* della colpa di cui al co. 3 della nuova proposta – in particolare, la rilevanza attribuita alle «condizioni di lavoro» e alle «risorse disponibili», al «tipo di rischio da gestire» e, comunque sia, alla «concreta situazione operativa» –, sono riconducibili all’idea, oggetto di ampio consenso in dottrina, secondo cui il carattere emergenziale o comunque eccezionale del contesto, ovvero la speciale difficoltà indotta dalle particolari circostanze concomitanti, rendono meno esigibile (o penalmente inesigibile) l’osservanza della regola cautelare astrattamente rispondente a diligenza, con conseguente giudizio di non rimproverabilità dell’agente⁴¹.

Da un primo punto di vista, l’aggiunta di ulteriori fattori situazionali – non tassativi – alle «gravi carenze organizzative», ai fini del giudizio di “inesigibilità”, può indurre a riflettere sull’opportunità di mantenere il co. 4 della prima bozza di articolato. Infatti, mentre nel quadro della prima versione, la disposizione di chiusura andava a specificare l’elemento normativo determinante ai fini dell’applicabilità del co. 3 (con esclusione della responsabilità individuale e rinvio a quella organizzativa), la nuova proposta consente al giudice di valutare l’esclusione della colpa penale del sanitario in virtù di qualunque fattore concomitante che appaia idoneo a ridurre drasticamente l’esigibilità di una condotta alternativa diligente. Il co. 4 finisce insomma con l’articolare soltanto una delle ragioni (meramente indicative) di “inesigibilità” del co. 3; d’altra parte, restano pur valide le ragioni di “raccordo”, coerenti sul piano del rapporto fra responsabilità *individuale* e *collettiva*, indicate ai punti IV e V della *Relazione* alla prima bozza.

Ad ogni modo, la considerazione del profilo contestuale, il quale va ad aggiungersi agli indici di gravità di cui al co. 2 (la «deviazione particolarmente rilevante» dallo standard cautelare e la «irragionevolezza del rischio» per la salute del paziente), pone ulteriori questioni attinenti alla configurazione dogmatica

medica»; e C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 17-18, nt. 23, con esplicito riferimento alla *seconda bozza* di articolato AIPDP; lo stesso A. ha poi avanzato un’ulteriore proposta di riforma che, oltre a riflettere coerentemente il favore per la richiamata tecnica normativa e l’impianto del co. 3 della bozza di articolato in esame, intende comunque recuperare il richiamo (comune alle passate riforme) al rispetto delle linee-guida e delle buone pratiche (anche se in maniera più flessibile ed ai fini del giudizio di colpa grave): C. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590-sexies c.p.)*, in *Sist. pen.*, 20 giugno 2022.

³⁹ Esprime analoga sensibilità, nell’accogliere con favore l’allontanamento dal modello “Gelli-Bianco” nell’art. 3-bis del d.l. 44/2021, M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., spec. 167 ss., 183-184.

⁴⁰ Così, C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2021, par. 6, ripreso nuovamente da M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 169, e M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 186 ss., 189.

⁴¹ Su quei criteri indicativi, già con riferimento all’art. 3-bis del d.l. 44/2021, cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 167-173; C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 14 ss.

e sistematica della colpa penale in ambito sanitario, quale modello ipoteticamente idoneo a suggerire una nuova fisionomia della colpa penale in generale.

Anzitutto, come anticipato, ci si deve chiedere come poter coniugare l'esclusione della colpa penale (per assenza di colpa *grave in concreto*, in base ai commi 2 e 3) con la permanenza di legittime istanze risarcitorie a fronte di fatti lesivi eventualmente connotati da *colpe non penalmente-gravi* ma rilevanti sul piano civilistico.

Seguendo il tracciato indicato dalla disciplina in esame, la colpa grave andrebbe esclusa, a seconda dei casi: (i) in ipotesi di deviazioni dalle regole cautelari *non così rilevanti*, (ii) in caso di eventi che concretizzino *rischi non irragionevoli* (gravità della colpa esclusa ai sensi del co. 2), (iii) oppure al cospetto di deviazioni cautelari importanti che abbiano creato rischi irragionevoli, ma nondimeno determinate da un contesto che, per le ragioni indicate o altre analoghe, conduce ad un giudizio di *inesigibilità* (gravità esclusa ex co. 3).

Tradizionalmente, adottando una concezione bidimensionale della colpa, identificando quindi l'assenza di "misura soggettiva" con il giudizio scusante di *inesigibilità*, si rileva che, ancorché venga perciò preclusa l'affermazione di colpevolezza colposa, resterebbe ferma la connotazione del fatto tipico-colposo, con la conseguenza di lasciare tendenzialmente intatte le obbligazioni risarcitorie o indennitarie nascenti da reato ai sensi degli art. 185 c.p. e 2043 c.c.⁴²

Applicando questo schema alla disciplina in esame – l'ideale bipartizione fra co. 2, "misura oggettiva", e co. 3, "misura soggettiva" – potremmo essere indotti a ritenere che, mentre l'entità della deviazione dalla regola cautelare e l'irragionevolezza del rischio rileverebbero anche ai fini risarcitori (perché da tali elementi dipenderebbe l'esistenza del fatto-tipico e quindi dell'illecito), la valutazione in ordine all'eccezionalità delle circostanze concomitanti sarebbe penalmente dirimente ma civilmente irrilevante. Solo dal secondo punto di vista valutativo, mancando la colpevolezza, il fatto *non costituirebbe reato*, senza precludere il risarcimento del danno; mentre sul primo versante, *non sussistendo neppure il fatto*, verrebbe – tendenzialmente – meno anche l'illecito risarcibile⁴³.

Semplificando, l'equazione risultante dalla suddetta interpretazione sarebbe: *colpa penale = illecito colposo grave ex co. 2 (colpa civile) + esigibilità (colpevolezza penale ex co. 3)*.

Tuttavia, questa impostazione, ipoteticamente valida qualora l'inesigibilità fosse il parametro differenziale di rilevanza penale dell'inosservanza cautelare rispetto alla colpa civile⁴⁴, non appare congeniale

⁴² In argomento, M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, 183 ss.; P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza*, cit., 14, con riferimento al "secondo scudo" ex art. 3-bis, d.l. 44/2021, aggiunto in sede di conversione (l. 28 maggio 2021, n. 76).

⁴³ Sui discussi confini della preclusione al risarcimento del danno in ipotesi di assoluzione con "formula piena" (ex artt. 530 e 652 c.p.p.), cfr. ad es. Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2006 (dep. 20 settembre 2006), n. 20325; Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2019 (dep. 10 settembre 2019), n. 22520; nonché *infra*, puntualizzazioni e ulteriori riferimenti in nt. 50. Sui limiti del potere del giudice penale di decidere sulle restituzioni e il risarcimento del danno (art. 538 c.p.p.), di recente, Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio 2019 (dep. 7 febbraio 2019), n. 5892.

⁴⁴ V. ancora P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza*, cit., 14, con riferimento al "secondo scudo". Cfr. quanto stabilisce il legislatore all'art. 2044, co. 3, c.c., ai sensi del quale, nel caso di cui all'art. 55, co. 2, c.p., mentre la responsabilità penale per eccesso colposo è esclusa in virtù di una causa *lato sensu* "scusante" (*supra*, nt. 32), «al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in

alla definizione in esame, poichè potrebbe condizionare anche il risarcimento del danno all'accertamento degli elementi di gravità penale del co. 2 (invece che alla valorizzazione della «speciale difficoltà» tecnica o contestuale, come suggerisce l'art. 2236 c.c.).

Altra soluzione ricostruttiva, coerente con la tesi secondo cui la colpa penale andrebbe integralmente ricondotta al piano della colpevolezza⁴⁵, sarebbe quella di inserire gli elementi differenziali di gravità nella dimensione soggettiva del reato, adottando la seguente equazione: *colpa penale = violazione della regola cautelare (misura oggettiva = colpa civile) + quid pluris di gravità penale (deviazione rilevante dalla regola cautelare + rischio irragionevole + esigibilità contestuale)*, ex co. 2 e 3.

Nondimeno, questa seconda soluzione induce a considerare profili di valutazione attinenti al *disvalore della condotta* (la deviazione rilevante dalla regola cautelare) e, di riflesso, riguardanti anche il *disvalore di evento* (l'irragionevolezza del rischio per la salute, che poi si concretizza nel risultato tipico) – quindi anche elementi “oggettivi” –, all'interno dell'elemento soggettivo del reato, invece che sul piano dell'illecito, strutturalmente più adatto ad ospitare le categorie inerenti al disvalore della condotta e ai suoi legami materiali (nesso di causalità) e normativi (nesso di rischio) con l'evento tipico.

Pertanto, al fine di evitare gli esiti delle due soluzioni alternative appena illustrate, resterebbe la possibilità di operare la distinzione fra illecito civile e illecito penale già all'interno della nozione sostanziale di *fatto-tipico*: elemento che può contenere il fatto-lesivo meramente colposo, tendenzialmente rilevante sul piano riparatorio (la materialità del fatto, comprensivo del nesso di causalità e la violazione della regola cautelare), ma anche gli ulteriori elementi normativi idonei a renderlo, eventualmente, penalmente rilevante (gli indici di gravità della colpa *ex ante*).

D'altronde, neppure l'esigenza di assicurare le istanze risarcitorie rispetto a colpe lesive *non gravi* impedisce che la colpa penale-grave sia *tutta tipica e unidimensionale*. In altri termini: che anche il *giudizio di inesigibilità-contestuale* venga attratto, assieme agli altri elementi di gravità, dalla tipicità-colposa ai fini della qualificazione dell'illecito.

In base a questa impostazione, l'*esigibilità* risponderebbe, come altri profili di valutazione, ad un'istanza di *concretizzazione* di un giudizio comunque *generalizzante* sul piano del parametro normativo. In questa fase rilevano infatti le caratteristiche del contesto (eventualmente eccezionali, emergenziali, inficiate da gravi carenze organizzative), non quelle dell'agente, poichè il parametro di valutazione non può coincidere con l'oggetto del giudizio, pena la dissoluzione della possibilità stessa, sul piano logico, di muovere un rimprovero⁴⁶. Anche il condivisibile inserimento, fra i parametri di giudizio

essere dal danneggiato». Si tenga conto, inoltre, dell'art. 2236 c.c., qualora ritenuto operante proprio in situazioni omogenee alla inesigibilità contestuale (*supra*, nt. 29).

⁴⁵ G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 13 ss.; e, di recente, anche per altri riferimenti, G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., 1, 4, 7.

⁴⁶ Tesi critica nei confronti della dottrina della “doppia misura” presentata in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 341 ss., spec. 347, 366-367, 374 ss.; in direzione analoga, L. CONTRERAS CHAIMOVICH, *El injusto de comportamiento en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Al mismo tiempo una crítica a la teoría de la doble posición*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 219 ss. Sul punto si sofferma anche M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *Criminalia*, 2021, 2 ss., il quale, riflettendo sulla relatività della distinzione fra “misura oggettiva” e “misura soggettiva” della colpa, in maniera del tutto coerente alle proposte di riforma in esame, riporta l'attenzione sulla definizione del “grado” idoneo a segnare la rilevanza penale dell'inosservanza. Cfr. in termini per certi versi analoghi, nonostante la collocazione della colpa nella colpevolezza, lo studio di T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 876 ss.

di cui al co. 3, del «livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute» non si riferisce, in realtà, all'autore del fatto inteso come agente concreto – non definisce cioè una vera e propria misura personalizzata –, bensì ad un agente modello-differenziato (ad es., lo specializzando, il medico specialista ipoteticamente impiegato, per ragioni di emergenza, in altro reparto, ecc.).

Ciò nonostante, sia che si preferisca accogliere l'impostazione della “doppia misura”, sia che si prediliga una concezione “unidimensionale” della colpa scandita da fasi di giudizio (come appena sostenuto), si può convergere sulla funzione da assegnare ai criteri di cui al co. 3 della proposta in esame, ed al giudizio di esigibilità del rispetto della regola cautelare in contesto colposo in generale, che è quella di rivolgere un chiaro messaggio all'interprete: *concretizza il giudizio, cala la regola nel contesto e chiediti se era ragionevolmente applicabile da un agente simile a quello concreto*⁴⁷.

Pertanto:

Colpa penale (tipicità-soggettiva del fatto) = violazione della regola cautelare + quid pluris di gravità penale (deviazione rilevante dalla regola cautelare + rischio irragionevole + esigibilità contestuale)

L'impostazione che riconduce la colpa-grave alla *tipicità-soggettiva* dell'illecito appare coerente sotto il profilo della demarcazione fra la dimensione *generalizzante*, ancorché soggettiva, e quella

⁴⁷ Cfr. S. BONINI, *Colpa sportiva*, in *Reato colposo*, cit., spec. 276 ss. e nt. 70, il quale osserva come appaia «fecondo [...] il mantenimento dell'idea di una doppia misura: sia su un piano analitico, sia sul piano del “dialogo fra formanti”». È da tempo ormai che la dottrina “suggerisce” alla giurisprudenza la visuale della doppia misura, e proporre un abbandono potrebbe risultare controproducente». Il monito dell'A., che invita a prestare attenzione più alla “bontà” dei risultati che alle etichette, è condivisibile; in questo senso, però, proprio per le ragioni schematicamente indicate nel testo, tendo comunque a ritenere che migliori soluzioni potrebbero scaturire dall'adozione di una grammatica unidimensionale che, in quanto tale, non “discrimini” fra elementi di gravità comunque basati su parametri generalizzanti, ancorché contestuali (fra quelli del co. 2 e quelli del co. 3 della *seconda bozza* in esame).

Sia inoltre consentito evidenziare che, anche all'interno dell'eterogeneo orientamento dottrinale che sostiene il modello della “doppia misura”, non v'è accordo su quali giudizi vadano inseriti nel fatto-tipico e quali nella colpevolezza. Elementi di valutazione come *l'homo eiusdem condicionis et professionis*, la riconoscibilità dell'*Anlass* e il “principio di affidamento” si ritrovano sia nella “misura oggettiva” che all'interno della colpevolezza colposa. Cfr. ad es. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 334, spec. nt. 34; M. GROTTO, voce *Scusanti della colpa*, in *Reato colposo*, cit., 1153, 1169 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., 21, sulla riconducibilità della virtù disculpante dell'affidamento (ragionevolmente riposto nella condotta del terzo o nella validità/efficacia della *lex artis* adottata, a seconda dei casi) al campo delle “scusanti”; e D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 145 ss., il quale, identificando il giudizio sulla riconoscibilità dell'*Anlass* con la condizione di «sussistenza di una responsabilità autenticamente personale ex art. 27 Cost.», richiede che la «*situazione tipica dell'uso*» della regola modale sia «*vista o ignorata per colpa dal soggetto agente*», e non già meramente «*pre-vista o esplorata*» come viene sostenuto dalla dottrina tradizionale in chiave “deontica”; si richiede quindi un elemento cosciente, se l'*Anlass* deve essere *vista*, oppure un giudizio di colpa normativa – per essersi posto l'agente «colpevolmente nelle condizioni di non poter avvistare» la situazione tipica di rischio – basato su di una precedente violazione cautelare, se l'*Anlass* può essere anche *ignorata per colpa* (eventualità rispetto alla quale, però, mi sembra, si potrebbero porre nuovamente le medesime questioni rispetto alla regola precedentemente violata: la visione dell'*Anlass* o un'altra precedente violazione cautelare, e così potenzialmente all'infinito); comunque sia, nella tesi dell'A. tale profilo lega direttamente il «primo elemento di tipicità» (*op. ult. cit.*, 148) alla «misura soggettiva»: «La *magna pars* della rimproverabilità e il tasso di autentico personalismo nella colpa si rinvengono [...] nel rapporto tra il soggetto agente e la specifica *Anlass* che gli si poneva di fronte» (153-154).

personalizzante, focalizzata sull'individuo, del processo di imputazione di responsabilità⁴⁸; inoltre, con essa si ottiene una caratterizzazione della "fattispecie giudiziale" tale per cui, non solo la modalità colposa rilevante (la regola cautelare inosservata), ma anche tutti gli elementi di rilevanza penale del fatto antigiuridico dovranno essere indicati in sede di contestazione, a tutto vantaggio del corretto esercizio del diritto di difesa.

Tuttavia, anche questa soluzione imporrebbe di regolare il raccordo fra la formula assolutoria impiegata e la permanenza o meno dell'istanza risarcitoria⁴⁹. In questo senso, *de iure condendo* potrebbe essere auspicabile la predisposizione di una disciplina esplicitamente idonea a far sì che, per mancanza di qualunque elemento di colpa grave (deviazione rilevante dalla regola cautelare, irragionevolezza del rischio, esigibilità contestuale), sia consentito pronunciare sentenza di assoluzione perché il "fatto non sussiste" – laddove per "fatto" si intenderebbe "fatto tipico-colposo" –, senza che ciò di per sé pregiudichi il risarcimento del danno, qualora ne sussistano i requisiti. E ciò resterebbe possibile qualora le motivazioni indicassero che il fatto tipico-colposo "non sussiste" (a) per mancanza di *elementi qualificanti il grado della colpa penale* e, quindi, la *tipicità soggettiva* qualificata su quei *tre piani di valutazione ex ante* (ferma restando, in ipotesi, una colpa non-grave rilevante a fini risarcitori, sempre che non si ritenga applicabile l'art. 2236 c.c. in virtù della «speciale difficoltà» *tecnica* contestuale, riferibile ad un sottoinsieme di casi riconducibili alla più ampia inesigibilità *ex co.* 3 della seconda bozza), oppure (b) per il mancato accertamento di elementi della *tipicità oggettiva* tendenzialmente comuni all'illecito civile, rispetto ai quali potrebbe però rilevare, oltre al criterio sostanziale di imputazione causale od "oggettiva" (normativa), anche la diversa regola di giudizio⁵⁰.

6.2. Il principio di affidamento come «pietra angolare della tipicità colposa» e il giudizio comparativo di colpa relazionale-grave

In conclusione, la *Relazione* alla seconda bozza di articolato dà conto anche della proposta, avanzata in sede di dibattito sulla prima versione, di valorizzare il profilo relazionale della colpa penale (*supra*, § 3.2). A questo riguardo, leggiamo che, «pur apparendo stimolante la prospettiva di dedicare un'apposita previsione alle prestazioni plurisoggettive, rimarcando il ruolo fondamentale giocato dal principio

⁴⁸ Le caratteristiche dell'autore e la sua eventuale inidoneità (fisica, intellettuale, psicologica, ecc.) a rispondere a determinate aspettative di prudenza e diligenza potrebbero rilevare, non già in sede di "misura soggettiva" della colpa, bensì di imputabilità (A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 374 ss.).

⁴⁹ Cfr. *supra*, nt. 42-43.

⁵⁰ Gli elementi di *tipicità oggettiva* dati dal nesso di causalità e dal "nesso di rischio" (comprensivo di tutti i criteri di imputazione oggettiva dell'evento *ex post*, quindi anche la cd. "causalità omissiva") potrebbero non sussistere sul piano *sostanziale* del *criterio valutativo* prescelto (ad es., l'evitabilità dell'evento, ritenuta generalmente imprescindibile in sede penale, in luogo del mero "aumento del rischio" o della "mancata diminuzione del rischio", criteri attualmente accantonati dalla dottrina prevalente – cfr. però, al riguardo, i riferimenti nelle nt. 22-23 –); oppure, in virtù di un "ragionevole dubbio" *probatorio*, dirimente sul piano della responsabilità penale e più stringente del canone civilistico del "più probabile che non". Circa le interpretazioni discordanti delle sezioni penali e civili della Cassazione a proposito delle regole di giudizio applicabili, in particolare, alla fase del rinvio *ex art.* 622 c.p.p. per l'accertamento del danno da reato (di recente, Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2019 (dep. 12 giugno 2019), n. 15859, spec. §§ 21 ss.), cfr. criticamente G. CANZIO, G. IADECOLA, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2020; nonché i riferimenti *supra*, in nt. 43.

di affidamento, il sottogruppo ha concluso che siffatto principio dispieghi una valenza non settoriale, che merita di essere esplicitata in una norma di parte generale».

Questa considerazione consente di riflettere sul rilievo e la portata del cd. “principio di affidamento”⁵¹, il quale può assumere un ruolo generale, fondante e strutturale, nella disciplina del giudizio di colpa penale-grave. Il meccanismo normativo sotteso al funzionamento del criterio di giudizio dell’affidamento, infatti, appare idoneo a riflettere la medesima dinamica *regola/eccezione* sottesa all’attuale proposta di disciplina: la *non punibilità*, salvo *colpa grave*.

L’affidamento legittimamente riposto sia nella condotta diligente degli altri consociati con cui si interagisce, sia nella validità delle cautele “predefinite” poste a presidio di una determinata attività (ad es. i protocolli), indica la regola della “non punibilità”, a seconda dei casi, per la negligenza altrui o per l’evento causato o non evitato adottando una regola modale predeterminata (cioè l’esclusione della colpa generica cd. “residuale”). Tuttavia, in ipotesi concretamente qualificate, in questo senso eccezionali, tale affidamento può cedere il passo alla configurazione di doveri di diligenza o prudenza “residuali” e “relazionali”, cioè aventi ad oggetto la condotta di terzi interagenti⁵².

Da questo punto di vista, una *colpa grave* sarebbe configurabile non solo in ipotesi di rilevante deviazione da una regola cautelare preesistente (in base ai criteri dei commi 2 e 3 della bozza in esame), ma anche qualora l’osservanza di un’aspettativa non altrimenti predefinita, ma formulata *ad hoc* (idealmente) in sede di contestazione, qual è ad es. il dovere di vigilanza sull’attività del terzo interagente, sia sorretta dai medesimi parametri di esigibilità.

Questo ragionamento, che esprime il medesimo rapporto *non punibilità vs. colpa grave* sul piano plurisoggettivo, mostra la virtù normologica del principio di affidamento e come esso possa candidarsi ad assumere, anche nella prassi, il ruolo e la funzione di «pietra angolare della tipicità colposa»⁵³, dando ragione alla scelta del Sottogruppo di non inserirlo nell’articolato in materia di colpa sanitaria e all’auspicio, espresso nella *Relazione*, che possa essere riconosciuto in una norma generale.

Il principio di affidamento è *fondante e giustificante* perché definisce i “blocchi di partenza” delle interazioni rischiose (= dalle quali potrebbero scaturire eventi lesivi). Esso attribuisce validità normativa a quelle pretese o aspettative di prudenza, diligenza e perizia (regole cautelari) che, essendo prestabilite (e quindi «tipiche»), cioè riconosciute e radicate nel tessuto sociale/professionale di riferimento, è lecito attendersi dagli altri nella vita di relazione⁵⁴.

Questa dinamica relazionale generale mostra i due volti del principio di affidamento: quello “deontico” e quello “liberale”. Il primo fonda un regime di convivenza basato sull’attribuzione di doveri di diligenza (limiti alla libertà di azione), in virtù del tipo di attività svolta da ciascuno nel relazionarsi con gli altri; il

⁵¹ Ora, per tutti e gli opportuni riferimenti, M. MANTOVANI, *Principio di affidamento*, in *Reato colposo*, cit., 1 ss.

⁵² Colgono l’efficacia (relativamente) “discolpante” dell’affidamento ragionevolmente risposto nella validità delle regole cautelari prestabilite (linee-guida determinate o protocolli), al di là di talune diverse sfumature apprezzabili sul piano sistematico, A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica*, cit., 13 ss., 24 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., 21.

⁵³ L’espressione citata, che meglio di ogni altra è in grado di riflettere il ruolo centrale dell’affidamento nella colpa in generale (non solo in quella “relazionale”), è di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 282.

⁵⁴ Chiunque attraverso un incrocio, si attende legittimamente che – e agisce in base all’aspettativa secondo cui – sia rispettato il diritto di precedenza; il chirurgo in sala operatoria agisce sulla scorta di quanto è lecito attendersi dall’anestesista; il datore di lavoro si attende che i lavoratori formati e informati rispetteranno le istruzioni impartite; ecc. V. già G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 198-199.

secondo, quello liberale, condiziona l'insorgenza di doveri ulteriori, ad es. di controllo reciproco, ad una *riconoscibilità qualificata del pericolo* dato dalla convergente inosservanza del terzo, nel qual caso l'affidamento cessa di essere legittimo e possono sorgere doveri di intervento orientati ad evitare gli eventi lesivi che possano scaturire dall'interazione con il terzo.

Ma come si qualifica detta *riconoscibilità*, che schiude le porte alla cd. colpa generica "residuale"? Premesso che, da un lato, *la regola dell'affidamento legittimo assicura la vigenza della regola della "non punibilità"* e, dall'altro, *l'assenza di affidamento legittimo consentirebbe la punibilità del sanitario, ma solo per colpa relazionale grave*, la riconoscibilità idonea a far scattare l'eccezione della punibilità andrebbe valutata, nel quadro normativo in esame, proprio alla stregua dei criteri di colpa grave della proposta AIPDP: in particolare, la irragionevolezza del rischio (co. 2) e l'esigibilità contestuale dell'osservanza (co. 3).

Quei medesimi parametri potrebbero essere quindi declinati tenendo conto di un ulteriore criterio di gravità "comparativa", proposto, già in altra sede, allo scopo di equiparare il giudizio di *colpa per inosservanza di regole prestabilite* a quello di *colpa per inosservanza di aspettative di formulazione giudiziale* (ad es., per inosservanza di un dovere "relazionale" di vigilanza, quale eccezione al legittimo affidamento). Secondo questo criterio, l'inosservanza di un'aspettativa di prudenza e diligenza non standardizzata («atipica») potrà essere ritenuta *così grave* da meritare la stessa rilevanza assegnata alla violazione delle regole modali predefinite («tipiche») solo qualora l'adeguamento ad essa possa ritenersi *altrettanto esigibile*⁵⁵

Concretizzando il ragionamento – e provando a coniugare detto criterio comparativo con gli indici di colpa grave della proposta AIPDP, – compito dell'interprete sarebbe quello di ricavare da quei *tre parametri* (il discostamento rilevante dallo standard cautelare, l'irragionevolezza del rischio creato e l'esigibilità contestuale dell'osservanza) un *coefficiente generale di "esigibilità oggettiva"*, utile a valutare quando l'inosservanza di un'aspettativa di prudenza e diligenza "nuova" (non predefinita, «atipica»: ad es., il mancato riconoscimento del convergente errore altrui) possa essere ritenuta *altrettanto grave* e quindi penalmente rilevante.

Ad esempio, può darsi l'ipotesi di un medico legittimato a fare affidamento sulla correttezza del precedente esame diagnostico del collega di altra specialità. In casi simili, soltanto l'esistenza di evidenti segnali di un errore grossolano, immediatamente riconoscibili da qualunque specialista, tali per cui sarebbe irragionevole il rischio assunto qualora il secondo specialista non richiedesse un ulteriore controllo, e sempre che non sussistano ragioni circostanziali tali da rendere scarsamente esigibile lo svolgimento di una ulteriore indagine sul paziente, sarebbe ipotizzabile la sua colpa relazionale grave (in ipotesi di mancato secondo controllo con esito lesivo)⁵⁶.

⁵⁵ A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 225 ss. (sulla distinzione fra regole «tipiche» e aspettative di prudenza «atipiche»), 233 ss., spec. 315 ss. (sulla valenza normologica strutturale del principio di affidamento in materia di colpa), 348 ss., 386-738, spec. 394 (sul criterio comparativo di colpa grave). Su questa proposta, cfr. M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 193 ss., spec. 198-199.

⁵⁶ Il medesimo schema sarebbe applicabile anche all'interazione responsabile del medico con i sistemi diagnostici di Intelligenza Artificiale: legittimando l'aspettativa del primo nei confronti del corretto responso della seconda, fino a quando sia possibile sostenere la riconoscibilità qualificata (dall'inequivocabile evidenza dei segnali, dalla irragionevolezza del rischio rappresentabile e stante l'esigibilità contestuale) della necessità di disattendere l'indicazione che porterebbe ad un esito prevedibilmente dannoso del trattamento; rispondendo per l'evento,

7. Statuti differenziati di colpa penale? Spunti di metodo e di merito

Quanto appena osservato circa il valore fondante attribuibile al “principio di affidamento”⁵⁷, però, ripropone una questione dirimente nel dibattito attuale: quali, fra i profili di *colpa penale-grave* considerati, non sarebbero invece rilevanti in ottica generale, cioè al di là della colpa in ambito sanitario? Così come appare ingiustificata la marginalizzazione dell’affidamento in altri settori di responsabilità (come la colpa stradale e quella datoriale⁵⁸), lo stesso vale per altri elementi strutturali della colpa, quali la concretizzazione del “nesso di rischio” e l’esigibilità della condotta diligente alla luce del contesto.

Se non v’è motivo che tali elementi valgano solo per alcuni settori e non per altri, l’unico profilo idoneo, eventualmente, a qualificare regimi particolari di colpa penale per settori di responsabilità potrebbe essere quello del grado della colpa *ex ante*, sul piano della deviazione dalla regola e/o della irragionevolezza del rischio. Per ragioni di opportunità politico-criminale, si potrebbe scegliere di non alzare la soglia di rilevanza penale dell’errore con esito lesivo in contesti nei quali, al contrario, si ritenga che debbano prevalere esigenze di controllo repressivo, di general-prevenzione o, semplicemente, di simbolismo punitivo. Ad esempio, si condivide o meno, si potrebbe ritenere che il numero drammatico di morti sul lavoro e la percezione del fenomeno nell’opinione pubblica non consentano, in termini di opportunità, di “scriminare” inosservanze commesse da soggetti apicali che, ancorché lievi sul piano del disvalore della condotta *ex ante*, abbiano condotto ad un esito mortale e risultino quindi inaccettabili *ex post*.

Tuttavia, sul piano del dialogo tra formanti, occorre anche chiedersi: (i) se/come l’identità concettuale della colpa penale come categoria unitaria (per tutti gli altri profili “genetici” della stessa, escluso il grado di disvalore *ex ante* richiesto) possa essere proficuamente espressa da definizioni strutturalmente divergenti di *colpe penali differenziate*; (ii) inoltre, memori dell’esperienza degli ultimi anni proprio in materia di colpa medica, fino a che punto sia lecito attendersi, realisticamente, che la giurisprudenza sia in grado di “assimilare” diversi e concorrenti modelli di disciplina.

Per quanto concerne il primo aspetto, il Sottogruppo AIPDP dedito alla elaborazione della proposta per la colpa sanitaria, come visto, compie – fra le altre – due scelte strategiche fondamentali (entrambe condivise): (1) l’abbandono della tecnica normativa adottata nelle riforme *Balduzzi* e *Gelli-Bianco*⁵⁹; (2) la valorizzazione del contesto ai fini del giudizio di inesigibilità. Pertanto, come si anticipava, l’ulteriore questione che ci si deve porre è come potremo ricostruire ed interpretare le altre *colpe penali* che

qualora il medico non se ne sia reso conto, soltanto in ipotesi di colpa grave. In argomento, anche per altri riferimenti e sviluppi, sia consentito richiamare M. VERDICCHIO, A. PERIN, *When Doctors and AI Interact: on Human Responsibility for Artificial Risks*, in *Philos. & Technol.*, vol. 35(11), 2022, § 5.2 ss. <https://doi.org/10.1007/s13347-022-00506-6>.

⁵⁷ Ciò che rende legittimo parlare di “principio”, non solo di “criterio”: dal primo punto di vista esso assume una funzione normologica generale; dal secondo quella di strumento di giudizio d’imputazione per colpa.

⁵⁸ Sia consentito, al riguardo, anche per altri riferimenti, rinviare ad A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 253 ss., 275 ss.

⁵⁹ Cioè il congedo «dal riferimento alle linee guida, in ragione degli scarsi risultati prodotti dall’ingresso dei saperi codificati nell’art. 590-sexies c.p. e nell’interpretazione giurisprudenziale, che ha coltivato l’artificiosa distinzione tra errori nella fase di individuazione e nella fase di applicazione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, conducendo a una sterilizzazione applicativa della causa di non punibilità» (*punto 4 della Relazione*).

dovessero adottare il modello delle linee-guida (foriero di così tante difficoltà interpretative) e che, d'altro canto, non dovessero richiedere – almeno espressamente – un ulteriore giudizio di esigibilità in concreto⁶⁰

Dal secondo punto di vista – chiaramente legato al precedente –, il timore che si intende esprimere è che l'elaborazione di statuti di colpe differenziate, oltre a generare potenziali asimmetrie (eventualmente difficili da giustificare in ottica di sistema, al di là delle cennate valutazioni di opportunità), possa comportare anche il rischio di rendere ancor più complesso il lavoro degli interpreti. A questo riguardo, sarebbe forse utile riconoscere che il fallimento delle riforme *Balduzzi* e *Gelli-Bianco* è stato anzitutto il fallimento di modelli di difficile interpretazione. Basti a testimoniarlo la eccezionale densità del dibattito scientifico che ne è scaturito, anche in seguito alla sintomatica – e assai discutibile – soluzione di compromesso adottata dalle Sez. un. *Mariotti*⁶¹. In questo senso, quel medesimo scenario di eccessiva complessità interpretativa – che si intenderebbe ridurre o superare – potrebbe invece espandersi e moltiplicarsi, a discapito della prevedibilità del diritto e del principio di uguaglianza.

Pertanto, benché appaia proficuo esplorare la possibilità di prevedere profili di disciplina differenziati (sul piano del grado di colpa richiesto, o eventualmente su quello delle circostanze), sembra opportuno non perdere di vista la prospettiva generale: la *colpa penale (grave)*⁶².

Si intende esprimere, in questo modo, anche una prudente fiducia nei riguardi del *dialogo evolutivo fra dottrina e giurisprudenza*⁶³, un dialogo che – seppur lentamente, seppur in maniera talvolta ondivaga –, grazie alla lucidità di alcune espressioni della magistratura, sta dando i suoi frutti: nel riconoscimento sempre più coraggioso dell'affidamento come criterio di giudizio della colpa *ex ante*, nella concretizzazione del giudizio alla luce del contesto, nell'accertamento della concretizzazione del “nesso di rischio”⁶⁴.

Suscita perplessità analoghe a quelle legate alla previsione di statuti di colpe differenziate anche il ricorso agli “scudi”: non soltanto in ragione delle medesime prevedibili difficoltà applicative⁶⁵, ma

⁶⁰ Cfr. *supra*, nt. 32.

⁶¹ Cfr., fra i tanti, i riferimenti indicati *supra*, in nt. 4.

⁶² Pur mostrandosi favorevole alla considerazione *differenziata* della colpa penale, avverte i rischi della previsione di discipline differenti per comparti disciplinari, tra gli altri, D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Reato colposo*, cit., 205-206 («Gli esiti di differenziazione non vanno [...] esasperati, per non disperdere lo schema imputativo di riferimento»). Cfr. inoltre, nello stesso volume, M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 189, il quale osserva che «il laboratorio della colpa medica non vanta certo l'“esclusiva”, ma si muove a mò di battistrada e sprona a un riesame complessivo della disciplina del reato colposo di evento, con l'introduzione della gravità della colpa quale limite della rilevanza penale del fatto per tutte le attività che si caratterizzano per la speciale difficoltà della prestazione in ragione del contesto nella quale viene eseguita [...]»; nonché G. AMARELLI, voce *Non punibilità*, cit., 837, circa l'ipotesi di *generalizzare* la regola della punibilità solo per colpa grave oltre l'ambito sanitario, «evitando [...] la creazione di discipline differenziate per comparti disciplinari, produttive di inevitabili asimmetrie non sempre del tutto ragionevoli come, ad esempio, quelle attualmente venutesi a creare tra la colpa medica e gli infortuni sul lavoro».

⁶³ Cfr. M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 189-190, sulla «sfiducia nella responsabilità individuale» (del medico e del giudice) che caratterizza l'intera vicenda della colpa medica.

⁶⁴ Si rinvia al riguardo ad A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 288 ss.

⁶⁵ Sul punto, C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 16.

anche perché l'adozione di regimi eccezionali⁶⁶ sottende l'idea che sia consentito manipolare le categorie generali in funzione di determinate situazioni contingenti, invece di predisporre quelle categorie per far fronte adeguatamente anche alle situazioni di emergenza.

Una corretta definizione del criterio d'imputazione in esame dovrebbe invece consentire di escludere qualunque "rischio penale" *a meno che*, oltre alle ulteriori valutazioni selettive esaminate, l'osservanza dell'aspettativa di prudenza e diligenza astrattamente rilevante sia concretamente esigibile in ragione del contesto⁶⁷. La virtù della disciplina esaminata (specialmente la seconda proposta), se compresa nella sua *ratio* fondamentale e presa sul serio dagli interpreti, starebbe quindi anche nel fatto di rendere idealmente superfluo qualunque regime differenziato per situazioni emergenziali⁶⁸.

⁶⁶ Cfr., anche per altri riferimenti a questo specifico dibattito e alle proposte di introduzione di apposite discipline volte ad ampliare l'area di esonero da responsabilità colposa del sanitario e plasmate sulle peculiarità della medicina dell'emergenza pandemica, E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sist. pen.*, 15 febbraio 2021, 12 ss.

⁶⁷ Idea espressa con chiarezza da R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 7, 85 ss., 100, secondo il quale «la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari»; cfr. però D. MICHELETTI, *Lo scudo penale a favore dei vaccinatori*, cit., 7 ss., il quale sostiene che un'interpretazione garantista della colpa – già riflessa da alcune recenti espressioni della Corte di Cassazione – non riesce comunque a scongiurare l'avvio di indagini arbitrarie, «velleitarie intraprendenze della magistratura requirente nonché la formazione di una giurisprudenza di merito quanto mai approssimativa, volubile e severa»; il che spiegherebbe la funzioni attribuibile agli "scudi". Su questo dibattito, anche per altri riferimenti, E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e pandemia*, cit., 12 ss.

⁶⁸ L'accoglimento di questi modelli definitivi si rivelerebbe quindi di scarsa utilità senza una rinnovata sensibilità (interpretativa-applicativa) circa la necessità di concretizzare il giudizio di attribuzione, tenendo conto delle circostanze – eventualmente, emergenziali ed eccezionali – in cui l'agente si trovi ad operare ed escludendo così la punibilità di colpe non gravi. In questo senso anche L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, cit., 9, la quale, oltre a sostenere, in via generale, la soluzione della colpa grave, sottolinea che essa, tuttavia, «resterà poca cosa» se non sarà accompagnata da una «nuova idea corale della responsabilità medica come responsabilità da rischio lecito» e, soprattutto, con riferimento ai profili organizzativi a monte (cfr. il co. 4 delle proposte di riforma), da «una rivalutazione assiologica e finanziaria della sanità come ganglio cruciale del *welfare*»; conclusioni analoghe in E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento*, cit., 23-24.

Riflessioni sulla titolarità del consenso nella donazione di staminali del cordone ombelicale

*Stefania Flore**

REFLECTIONS ON CONSENT IN CORD BLOOD STEM CELL DONATION

ABSTRACT: After a rapid examination of practical profiles of the cord blood stem cell donation, the article analyses the Italian discipline, which in 2015 gave both parents the right to donate cord blood and placenta, deviating from the previously paradigm that designated the woman as the only one entitled to express the consent. Moreover, the paper will delve into an analysis that aim to identify the arguments for and against both theses on the ownership of consent, through a reflection that will go hand in hand with the identification of the title that legitimizes the subject to dispose of cord blood.

KEYWORDS: Ownership of umbilical cord blood; stem cells; consent; body parts; operating room waste

ABSTRACT: Dopo un breve esame dei profili pratici della donazione di sangue cordonale, il saggio analizza la disciplina italiana, che nel 2015 ha riservato a entrambi i genitori il diritto di donare il sangue del cordone ombelicale e della placenta, disattendendo il paradigma precedentemente adottato, che designava la donna quale unico soggetto legittimato ad esprimere il consenso. Si sofferma poi sugli argomenti a favore e contro le tesi sulla titolarità del consenso alla donazione, mediante una riflessione che va di pari passo con l'individuazione del titolo che legittima il soggetto a disporre del sangue cordonale.

PAROLE CHIAVE: Titolarità del sangue del cordone ombelicale; cellule staminali; consenso; parti del corpo; scarti operatori

SOMMARIO: 1. La donazione di sangue del cordone ombelicale e della placenta – 2. La normativa italiana e il recente sovvertimento del paradigma del consenso della madre: l'introduzione dell'obbligo di firma di entrambi i genitori (D.M. 2 novembre 2015) – 3. Concezioni proprietarie e personalistiche sulla parte staccata del corpo e consenso dei genitori – 4. Ricerca di soluzioni alternative e possibilità di evitare il doppio consenso – 5. Conclusioni: necessità di modificare la normativa e di promuovere la raccolta di staminali cordonali.

**Dottoressa di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Cagliari. Avvocato. Mail: stefania.flore.le-gale@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. La donazione di sangue del cordone ombelicale e della placenta

Le cellule staminali emopoietiche sono ben note per il loro prezioso impiego nelle terapie di trapianto di midollo osseo, il quale generalmente si ottiene mediante prelievo dalle creste iliache o tramite aferesi, una sorta di prelievo del sangue che avviene previa assunzione di farmaci volti a stimolare la crescita delle staminali. Si tratta di terapie necessarie per curare gravissime malattie del sangue, come talassemia e leucemia; le cellule staminali emopoietiche hanno infatti la capacità di riprodurre qualsiasi cellula ematica: piastrine, globuli rossi e globuli bianchi.

Quando un paziente ha necessità di un trapianto di midollo osseo notoriamente occorrono da tre a sei mesi per reperire un donatore; nel periodo precedente al trapianto, il malato subisce una terapia cosiddetta di condizionamento, ossia una chemioterapia o radioterapia; generalmente si tratta di una chemioterapia mieloablattiva ad alto dosaggio, volta a provocare un rapido calo delle cellule del sangue, che verranno poi ricostituite grazie alla donazione di midollo¹.

È meno noto, invece, l'altro – e ad oggi unico – metodo alternativo per rigenerare il midollo osseo e curare le malattie del sangue: si tratta del prelievo di staminali emopoietiche dal sangue del cordone ombelicale (anche detto SCO).

Questo metodo, benché meno noto, presenta innumerevoli vantaggi.

In primo luogo, il sangue cordonale viene prelevato da un materiale comunemente considerato come scarto operatorio, ossia il cordone ombelicale e, soprattutto, la placenta, per cui non è richiesto nessun rilevante sacrificio da parte del donatore². In secondo luogo, le staminali cordonali possono essere utilizzate con successo per un trapianto anche se non vi è una perfetta compatibilità tra donatore e ricevente, perché c'è un minor rischio di sviluppare reazioni avverse successivamente³.

L'uso delle staminali cordonali nella terapia per le malattie del sangue è una scoperta recente, risalente agli anni Ottanta. Nel 1988 sono state utilizzate con successo per la prima volta, nell'ambito di un trapianto in un bambino affetto da anemia di Fanconi. Bisogna sottolineare che dalla placenta non si può estrarre tantissimo sangue, e che generalmente le staminali estratte dal sangue cordonale permettono

¹ Sulla procedura per il trapianto si veda A. GROSSI, D. RONDELLI, *Cellula staminale emopoietica e trapianto di midollo osseo*, in G. P. BAGNARA, *Cellule staminali*, Milano, 2016, 35 ss. e *Midollo osseo, trapianto* (voce), in L. VELLA (a cura di) *Enciclopedia medica italiana*, II, Torino, 2007, 3686-3698.

² Si ricordi che il prelievo di midollo osseo da uomo adulto può avvenire in due modi, entrambi invasivi: o con prelievo dalle creste iliache posteriori, previa anestesia generale o locale, con durata di circa un'ora e 24-36 ore di sorveglianza prima della dimissione; oppure con prelievo del sangue con aferesi, un'operazione che ha approssimativamente la stessa durata ed è volta a selezionare e dividere le varie parti del sangue, trattenendo il materiale da cui estrarre le staminali e rimettendo in circolo le altre cellule, previa assunzione di farmaci per la crescita delle staminali per 3-4 giorni. Per approfondimenti si veda la sezione "domande frequenti" sul sito www.admo.it, (ultima consultazione 24/05/2022)

³ Sui vantaggi delle staminali cordonali si veda il dossier del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, *Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale. Elementi informativi essenziali*, pubblicato nel 2009 ed ancora consultabile sul sito ministeriale (ultima consultazione 24/05/2022). In particolare, mentre il trapianto di midollo osseo, in assenza di donatori totalmente compatibili, può essere effettuato con un donatore incompatibile per un antigene HLA, nel caso di trapianto di staminali da cordone ombelicale è possibile eseguire l'operazione nonostante l'incompatibilità di fino a 3 antigeni HLA. Si veda A. GROSSI, D. RONDELLI, *op. cit.*, 43.

di trattare un individuo del peso di 30-40 kg; la terapia da staminali cordonali viene adoperata, pertanto, generalmente a beneficio dei bambini⁴.

Il prelievo del sangue cordonale prevede un preciso *iter* volto a garantire la qualità del materiale raccolto. La fase preliminare prevede, oltre alla consegna dell'informativa sul prelievo e al recepimento del consenso informato per iscritto, la compilazione di un questionario anamnestico, molto dettagliato, finalizzato a scongiurare eventuali rischi di trasmissione di malattie ereditarie al ricevente. Il questionario riguarda entrambi i rami parentali, giacché il DNA contenuto nel sangue cordonale appartiene non alla madre, bensì esclusivamente al neonato.

È importante sottolineare che le donazioni di sangue cordonale non possono avvenire in tutti gli ospedali o cliniche private, ma soltanto nei punti nascita afferenti alle banche di stoccaggio e lavorazione di SCO, e che per la raccolta è necessaria la presenza, in sala parto, di personale appositamente formato. Ancora, non tutte le partorienti possono donare, poiché vi sono alcune controindicazioni, fra le quali la più rilevante è che la durata della gravidanza non sia inferiore alle 37 settimane⁵. È necessario, inoltre, che la madre – e lei sola – si sottoponga a un prelievo ematico poco prima del parto, per effettuare sul campione di sangue le analisi volte a verificare la presenza di condizioni ostative alla donazione.

Verificata la sussistenza di tutti i presupposti, la raccolta del sangue cordonale avviene secondo due modalità. Specificamente, il prelievo può avvenire immediatamente dopo il parto e il taglio del cordone, cosiddetto clampaggio; in questo caso il sangue verrà prelevato direttamente dalla placenta, ancora aderente alle pareti dell'utero materno. Un'altra modalità consiste nell'attendere l'espulsione dell'intera placenta, cosiddetto secondamento, ed effettuare il prelievo dalla sacca placentare estratta; in questo caso l'operazione non coinvolge in alcun modo la madre. Il metodo preferibile e di gran lunga più utilizzato è il primo, in quanto il volume ematico medio raccolto con la modalità *in utero* è significativamente superiore rispetto alla modalità *ex utero*⁶. In ogni caso il prelievo non coinvolge il neonato, né rischia di pregiudicare la sua salute.

Infine, sei mesi dopo il parto, la madre dovrà sottoporsi a un secondo prelievo di sangue per ripetere gli esami già effettuati col prelievo ematico al momento del parto. Il sangue che, per caratteristiche

⁴ Lo evidenzia C. PETRINI, *Problemi di etica nell'utilizzo a fini di ricerca delle cellule staminali del sangue cordonale conservato nelle banche biologiche italiane*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 273 ss. Viene talvolta applicato anche un protocollo che consente l'utilizzo di fino a tre concentrati di staminali da cordone ombelicale ottenuti da soggetti diversi, impiegandoli a beneficio di un soggetto adulto; si veda il *dossier* della Pontificia Accademia pro Vita, *Le banche di cordone ombelicale*, Roma, 2013, 19.

⁵ Per tutte le controindicazioni si veda il Decreto del Ministero della Salute del 2 novembre 2015, Disposizioni relative ai requisiti di qualità e sicurezza del sangue e degli emocomponenti. È altresì preferibile che la donazione avvenga nell'ambito di un parto naturale, poiché col taglio cesareo si riduce spesso la concentrazione di sangue nella placenta. Tuttavia, è possibile donare anche in caso di parto effettuato con quest'ultima modalità.

⁶ Si vedano le raccomandazioni della Commissione europea, Gruppo europeo sull'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie, *Opinion on the ethical aspects of umbilical cord blood banking: opinion N° 19*, Publications Office, 2004, del 16 marzo 2004, e le *Raccomandazioni italiane per la gestione del clampaggio ed il milking del cordone ombelicale nel neonato a termine e pretermine*, 2017. Queste ultime raccomandano che il cordone ombelicale venga clampato, ossia tagliato, dopo 60 secondi, perché il clampaggio tardivo riduce le concentrazioni di sangue nella placenta. Pertanto, in entrambe le modalità la raccolta di SCO non pregiudica in alcun modo la salute del neonato.

proprie o per l'esigua quantità prelevata, dovesse rivelarsi inidoneo al trapianto potrà essere utilizzato per finalità di ricerca scientifica. I campioni idonei al trapianto verranno invece congelati, tipizzati, ossia individuate le caratteristiche per valutare la compatibilità coi riceventi, e successivamente i dati saranno inviati al registro nazionale ed internazionale di donatori di midollo osseo, così da essere localizzabili e disponibili ove un malato ne abbia necessità.

La normativa italiana consente, ad oggi, tre utilizzi delle staminali cordonali, accomunati dal principio della gratuità⁷; il campione può essere conservato solo in biobanche pubbliche, per ovvie ragioni legate al loro impiego a fini terapeutici, per cui l'intero processo avviene senza oneri per i richiedenti.

L'uso allogeneico/solidaristico è quello preferibile: il campione biologico è messo a disposizione di tutti i malati, in maniera anonima. Vi è poi la possibilità di destinare il campione ad uso dedicato, ossia per un consanguineo con una patologia in atto. Infine, il sangue cordonale può essere conservato nelle biobanche italiane per un consanguineo a rischio, ossia nei casi di famiglie a rischio di avere figli che possono sviluppare patologie per le quali risulti scientificamente provata l'utilità della terapia con staminali⁸. È invece vietato conservare in Italia il campione di SCO nell'eventualità che le cellule staminali ivi contenute possano essere utilizzate in futuro per la propria famiglia, a scopo puramente preventivo e senza alcun rischio di insorgenza di patologie che necessitino di una terapia con staminali⁹. Le ragioni del divieto sono molteplici, legate per lo più all'assenza di evidenze scientifiche sull'utilità di tale pratica e all'indiretto danno che la stessa creerebbe in caso di una sua diffusione, causando una frattura nella logica universalistica e solidaristica della donazione¹⁰. Infatti, se gran parte della popolazione

⁷ Per i tre utilizzi si rimanda al Decreto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali del 18 novembre 2009, tutt'ora vigente (seppur da ultimo un suo allegato è stato aggiornato dal Decreto del Ministero della Salute del 22 aprile 2014), contenente Disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo-dedicato. Il decreto, che sancisce anche il divieto di conservazione di SCO per uso autologo, segue varie ordinanze del ministro Sirchia e un'ordinanza del ministro Turco che avevano la funzione di stabilire, in via provvisoria e anno dopo anno, le possibilità di utilizzo legale del sangue cordonale. Ci si riferisce all'ordinanza Sirchia dell'11 gennaio 2002, rinnovata il 25 febbraio 2004, il 7 aprile 2005, il 13 aprile 2006 e all'ordinanza Turco del 29 aprile 2008.

⁸ Le due tipologie di utilizzo dedicato costituiscono un'eccezione al principio della donazione anonima, tant'è che richiedono un particolare controllo: è necessaria, oltre alla richiesta del donatore, la presentazione di opportuna documentazione clinico sanitaria motivata e le malattie dei consanguinei devono rientrare in quelle elencate nell'allegato allo stesso Decreto del Ministero della Salute del 18 novembre 2009; oppure, in casi eccezionali, possono esulare da queste ove risultino comprovate evidenze scientifiche dell'utilità della terapia con staminali. In ogni caso, la conservazione del campione ad uso dedicato deve essere autorizzata con provvedimento del responsabile della biobanca, con controlli più pregnanti ove la malattia non risulti nell'allegato al D.M.

⁹ Il divieto trova la prima chiara formulazione nel Decreto del Ministero della Salute del 18 novembre 2009. Questo decreto segue una serie di ordinanze che vietavano l'istituzione di banche private per la conservazione di SCO in via provvisoria, nell'attesa di indagini approfondite circa la sussistenza di un'utilità scientifica della conservazione ad uso personale in assenza di patologie o rischi di svilupparle. Recepisce, inoltre, le conclusioni della ricerca commissionata dal ministro Turco con ordinanza del 4 maggio 2007, sfociate nel dossier *Uso appropriato delle cellule staminali del sangue del cordone ombelicale. Elementi informativi essenziali*, cit. L'allegato al decreto del 2009, contenente le patologie per la cura delle quali è indicata la terapia con staminali cordonali, è stato aggiornato dal Decreto del Ministero della Salute del 22 aprile 2014, recante disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo-dedicato, che ha inserito, tra le altre, la Sindrome di Down.

¹⁰ Sulle ragioni del divieto si veda, oltre al dossier citato in nota precedente, P. ROSSI FERRINI, R. MORDACCI, G. VETTORI, *Può un donatore di cellule staminali «predeterminare» il ricevente?*, in P. FUNGHI, F. GIUNTA, C. PAONESSA (a

conservasse il sangue cordonale in biobanche private, si sacrificerebbe la possibilità di fruire di una preziosa terapia salvavita senza alcuna apprezzabile contropartita, con grave pregiudizio della tutela della salute collettiva. La legge italiana consente però di conservare il sangue cordonale ad uso autologo in biobanche private estere, con costi ad esclusivo carico del richiedente. Il divieto di conservazione del sangue cordonale a uso autologo in Italia è una scelta che, nonostante il fondamento scientifico, è stata oggetto di talune aspre critiche; chi scrive la ritiene condivisibile¹¹.

Il problema dell'assoluta libertà di scelta sulla destinazione del sangue cordonale, anche a costo di farsi carico delle spese, è legato alla titolarità di diritti sul campione. Vi si tornerà più avanti.

2. La normativa italiana e il recente sovvertimento del paradigma del consenso della madre: l'introduzione dell'obbligo di firma di entrambi i genitori (D.M. 2 novembre 2015)

Sebbene l'utilità dell'impiego delle staminali cordonali nella terapia delle malattie del sangue sia stata scoperta nei tardi anni Ottanta, la legislazione italiana non si è interessata subito alla regolamentazione della donazione di SCO e, quando l'ha fatto, se ne è occupata in maniera approssimativa e prevalentemente mediante fonti secondarie.

cura di), *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, Pisa, 2012, 65 ss. Riguardo i problemi etici, il dossier sottolinea l'urgenza di rappresentare a coloro che decidono di destinare il sangue cordonale del neonato a una biobanca privata estera, che ove il minore avesse necessità di staminali emopoietiche queste sarebbero rese disponibili grazie a soggetti che hanno compiuto una scelta diversa dalla loro.

¹¹ Sostiene l'illegittimità del divieto di conservazione del campione per uso autologo, anche se a carico del richiedente, E. STEFANINI, *Le banche cordonali e l'inadeguatezza del quadro regolatorio italiano*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, cit. 315. In senso critico anche P. FRATI, *I diritti sulle cellule staminali del cordone ombelicale: note critiche sulla disciplina restrittiva in materia di conservazione autologa*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2, 2011, 111-136. In particolare, a pag. 131 ss., l'A. sostiene che la disponibilità dei campioni biologici sia diretta espressione del diritto all'identità personale e, pertanto, auspica l'introduzione della possibilità di destinare il sangue cordonale ad uso autologo in biobanche private italiane. L'attuale disciplina creerebbe una disparità, conclude l'A., rispetto alla normativa sulla donazione di organi, la quale non prevede alcun pregiudizio economico per chi rifiuta l'espianto degli organi del cadavere. A parere di chi scrive, quanto riportato non considera che un corretto paragone postulerebbe la possibilità, per i parenti che negano il consenso alla donazione di organi, di espantarli per conservarli in vista di un eventuale uso futuro personale, a carico proprio o dello Stato; una possibilità che naturalmente non sussiste, dovendo lo Stato promuovere la solidarietà tra i consociati e l'accesso alle cure migliori a tutti a pari condizioni. Potrebbe dare adito a dubbi, invece, la possibilità di provvedere alla conservazione di SCO ad uso autologo all'estero. La scelta normativa italiana è dovuta, verosimilmente, da una parte a un meccanismo di dissuasione nei confronti di una pratica che, non avendo basi scientifiche, vuole sostanzialmente far breccia sulla sensibilità delle persone, e, dall'altra, della presa d'atto dell'impossibilità di proibire agli italiani di ricorrere a pratiche che sono legali all'estero. Il divieto di istituire biobanche private per la conservazione di SCO per uso autologo è stato avallato da T.A.R. Lazio, 16 dicembre 2002, n. 12384, in *Ragiusan*, 2003, 229/230, 318 ss., su cui si veda anche P. ROSSI FERRINI, R. MORDACCI, G. VETTORI, *op. cit.*, 62 ss. Interessante, infine, anche la riflessione sul tema della solidarietà imposta in D. PARIS, *La disciplina del prelievo e dell'uso del cordone ombelicale al vaglio del Conseil constitutionnel. Brevi osservazioni a margine della décision n. 2012-249 qpc*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, resa relativamente alla sentenza della Corte costituzionale francese che ha avallato la disciplina che, nel 2011, ha introdotto il divieto di conservare le staminali cordonali per trapianti nell'ambito della famiglia in assenza di comprovate necessità terapeutiche.

La normativa ha da sempre inteso conferire alla partoriente la legittimazione a prestare il consenso informato alla donazione del sangue del cordone ombelicale e della placenta.

Il primo riferimento alle staminali cordonali si trova nell'art. 10 del D.M. 26 gennaio 2001¹², il quale dispone che la donazione di SCO avvenga previo recepimento del consenso informato della madre, unitamente al consenso della stessa alla rinuncia alla conservazione del sangue cordonale ad esclusivo beneficio del neonato. L'art. 14, dedicato esclusivamente alla donazione di SCO, illustra la procedura da seguire e prevede, in particolare, l'obbligo di effettuare l'anamnesi familiare di entrambi i genitori del neonato, nonché una serie di esami del sangue da effettuare alla madre prima e dopo il parto. Appena un anno dopo, dal 2002, il Ministero della Salute italiano inizia ad interrogarsi sull'opportunità di porre dei limiti alla possibilità di conservare il sangue cordonale per scopi che non abbiano fondamento scientifico. Verranno così promulgate una serie di ordinanze, provvisorie e prorogate di anno in anno, fino alla regolamentazione definitiva, con D.M. del 18 novembre 2009, sui tre usi di cui si è detto¹³.

Con D.P.C.M. del 29 novembre 2001 l'attività di prelievo, conservazione e distribuzione dei tessuti viene inclusa nei LEA (Livelli Essenziali di Assistenza).

Ancora, con la Conferenza Stato Regioni del 10 luglio 2003 vengono approvate le "Linee-guida in tema di raccolta, manipolazione e impiego clinico delle cellule staminali emopoietiche (CSE)". Al punto 4 delle linee guida, relativo specificamente alle staminali cordonali, si legge che «il consenso informato deve essere ottenuto dalla madre prima del parto». Inoltre, si prevede la possibilità di destinare il campione alla ricerca scientifica. Pochi anni dopo, il D.M. 3 marzo 2005, riguardo al consenso alla donazione di SCO conferma l'impostazione del precedente D.M. 26 gennaio 2001 e la legittimazione della madre ad esprimere il consenso alla donazione¹⁴.

La prima e unica legge sulla materia è la l. 21 ottobre 2005, n. 219, "Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati". All'art. 3 disciplina la donazione di staminali emopoietiche; riguardo alla donazione di SCO, prevede che «la donazione della placenta e del sangue da cordone ombelicale è un gesto volontario e gratuito al quale ogni donna può dare il proprio assenso informato al momento del parto». Sembra che il termine "assenso" sia utilizzato in senso atecnico. Per tale conclusione fa propendere sia la lettura dei lavori preparatori, nei quali si menziona spesso la necessità del "consenso informato" della madre, sia l'inadeguatezza della stessa disciplina dell'assenso¹⁵.

¹² Decreto del Ministero della Sanità del 26 gennaio 2001, *Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue e di emocomponenti*. Il contestuale Decreto del Ministero della Sanità del 25 gennaio 2001 su *Caratteristiche e modalità per la donazione di sangue e di emocomponenti*, non aggiunge molto rispetto alla disciplina già delineata, rinviando per la procedura alla discrezionalità del medico responsabile della struttura di raccolta, in accordo con il responsabile della struttura di ostetricia. Specifica, inoltre, che «Le cellule staminali da cordone ombelicale vengono raccolte dalla placenta attraverso le vene del cordone ombelicale».

¹³ Il riferimento è alle ordinanze Sirchia e Turco di cui in nota 7.

¹⁴ Decreto del Ministero della Salute del 3 marzo 2005, sui *Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue e di emocomponenti*.

¹⁵ Quest'ultimo, i cui effetti non sono espressamente delineati, è presente ad esempio nella legge 194/78, nella parte in cui si richiede l'assenso dei tutori per la richiesta di interruzione di gravidanza della minorenne, e nella legge 184/83, nella parte in cui si richiede l'assenso dei genitori o del tutore per l'affidamento familiare o l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando. Ancora, è presente negli artt. 291 c.c. (assenso del coniuge o dei

È importante notare che la legge delega molti aspetti della regolamentazione a decreti ministeriali, ad esempio relativamente ai protocolli per l'accertamento dell'idoneità fisica del donatore e alle modalità della donazione; tuttavia, si preoccupa di disciplinare la legittimazione ad esprimere il consenso informato. Altra notazione riguarda la donazione di SCO da parte della minorenni. Sebbene il principio generale enunciato dalla medesima legge all'art. 3, comma 2, preveda che per i donatori minorenni il consenso sia rilasciato dagli esercenti la responsabilità genitoriale, per il sangue cordonale si prevede che la partoriente possa esprimere direttamente il proprio consenso informato.

La prima frattura del principio del consenso materno è segnata dall'ordinanza Turco del 4 maggio 2007 che, nel consentire provvisoriamente la conservazione di SCO ad uso autologo in biobanche estere predispose, a tal fine, un modulo per la richiesta di esportazione del campione nel quale si legge che la volontà deve provenire da entrambi i genitori.

Prosegue sulla stessa linea l'accordo reso in sede di Conferenza Stato-Regioni il 29 ottobre 2009 sui "Requisiti organizzativi, strutturali e tecnologici minimi per l'esercizio delle attività sanitarie delle banche di sangue da cordone ombelicale". Per la prima volta il testo prevede la possibilità di recepire il consenso informato di entrambi i genitori alla donazione di SCO, specificando, però, che ove ciò non sia possibile si proceda col solo consenso della madre. Riguardo la revocabilità del consenso, si prevede che «entrambi i genitori possono esercitare la facoltà di ritirare il consenso alla donazione fino al momento della raccolta, fermo restando che in caso di disaccordo la decisione finale spetta alla madre». Non è dato comprendere se questa soluzione privilegi il consenso della donna sulla base del fatto che la stessa è l'unica a subire un coinvolgimento fisico nella pratica di donazione (che normalmente avviene *in utero* e in ogni caso richiede due prelievi di sangue della medesima) o se si basi sulla circostanza che i tessuti, essendo stati creati nel corpo della madre, possono *lato sensu* considerarsi appartenenti alla medesima. Ad ogni modo, il modello del consenso di entrambi "se possibile" viene ripreso nell'accordo reso in sede di Conferenza Stato-Regioni del 29 aprile 2010.

Il principio del consenso della madre risulta definitivamente accantonato con la recente e tutt'ora vigente disciplina contenuta nel decreto del 2 novembre 2015 del Ministero della Salute, contenente "Disposizioni relative ai requisiti di qualità e sicurezza del sangue e degli emocomponenti". Questo provvedimento costituisce la più completa e specifica normativa di riferimento sulla donazione di sangue, ivi compresa la donazione finalizzata alla raccolta di cellule staminali emopoietiche. Il documento prevede, infatti, una dettagliata procedura per la donazione di sangue intero, di staminali tramite aferesi e di staminali tramite donazione di SCO, predisponendo anche i moduli per l'acquisizione del consenso informato e per l'anamnesi. Detti documenti, allegati al D.M., hanno sostituito i vecchi moduli predisposti dalle singole biobanche per la donazione di SCO, nell'intento di imporre una procedura e una modulistica uniforme a livello nazionale.

L'art. 9 del decreto dispone che la donazione di SCO sia subordinata alla sottoscrizione di due moduli da parte di entrambi i genitori: il modulo relativo al consenso al trattamento dei dati (all. II, parte H) e

genitori nell'adozione del maggiorenne) e 250 c.c. (assenso del minore ultra-sedicenne all'atto unilaterale di riconoscimento del genitore naturale). Dall'insieme di queste norme sull'assenso si deduce, infatti, che dello stesso si possa anche fare a meno, potendo ugualmente proseguire il procedimento in caso di comprovata impossibilità di riceverlo, nonché sembra che spesso acceda come elemento collaterale a una volontà principale e possa essere espresso anche da un rappresentante o da un delegato. Sulla differenza tra consenso e assenso si veda F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, 784.

quello relativo all'autorizzazione alla donazione (all. II, parte I), il quale ultimo deve essere sottoscritto previa visione del materiale informativo (all. II, parte G); infine, sempre entrambi i genitori possono sottoscrivere, all'interno degli stessi moduli indicati, il consenso informato per destinare il campione di SCO, ove idoneo al trapianto, alla ricerca scientifica¹⁶.

Sembra che si possa prescindere dall'indispensabilità del consenso di entrambi solo facendo perno sull'interpretazione dell'inciso contenuto nella Parte G dell'all. II, ossia il modulo contenente la mera informativa sulla donazione, che dispone che quest'ultima sia subordinata alla «sottoscrizione, da parte Sua e del Suo partner, ove possibile, di un consenso informato»; altresì è previsto che al colloquio per l'anamnesi familiare dovranno presenziare entrambi solo se possibile¹⁷. Ebbene, quell'«ove possibile» non può interpretarsi come l'eventualità di prescindere, *in toto*, da un consenso informato, né può essere inteso nel senso di prescindere dal consenso della donna, la quale, come si è detto, dovrà sottoporsi a due prelievi sanguigni e, nella stragrande maggioranza dei casi, al prelievo di SCO quando la placenta è ancora nell'utero. L'inciso, pertanto, si riferisce necessariamente all'eventualità di procedere alla donazione e all'anamnesi familiare interagendo con la sola donna, nei casi in cui il partner sia impossibilitato a partecipare¹⁸.

Tuttavia, la formulazione delle disposizioni del D.M., che né nel corpo del testo né nel modulo per il recepimento del consenso informato riporta l'inciso «ove possibile» o la formula «firma madre/genitori» già raccomandata dal precedente accordo Stato-Regioni, ha ingenerato il diffondersi di prassi diverse nei vari ospedali: talvolta viene negata alla donna la possibilità di donare il cordone in assenza della sottoscrizione del partner¹⁹.

3. Concezioni proprietarie e personalistiche sulla parte staccata del corpo e consenso dei genitori

Individuare il soggetto legittimato alla prestazione del consenso informato per la donazione del sangue da cordone ombelicale e placenta, equivale ad individuare il soggetto titolare di diritti su quel materiale biologico. La donazione è a tutti gli effetti un atto di disposizione, ed è una delle tre possibili sorti del campione biologico in oggetto, che potrà essere altresì destinato alla ricerca o semplicemente distrutto.

¹⁶ È interessante notare che il comma 2 dell'articolo in esame sottolinea come la prestazione del consenso informato alla donazione si accompagni necessariamente all'espressa rinuncia alla conservazione del sangue cordonale ad esclusivo beneficio del neonato. Da una parte questa disposizione risulta superflua, in quanto non è legalmente possibile conservare il campione di SCO per uso autologo in assenza di patologie in atto che siano trattabili con le staminali, o almeno di un rischio attuale di svilupparle. Dall'altra risulta approssimativa. Infatti, essendo la donazione un trattamento garantito come LEA sarebbe opportuno che a detta rinuncia si accompagni la necessaria esecuzione di tutti gli esami clinici volti ad individuare la sussistenza di eventuali rischi che il neonato o qualche familiare possa, in futuro, sviluppare patologie che necessitino di una terapia con staminali emopoietiche.

¹⁷ In maniera speculare, infatti, il modulo prevede che, in tema di anamnesi familiare, sia necessario un colloquio individuale con un medico specialista al quale «Lei e il suo partner, ove possibile, vi rendiate disponibili».

¹⁸ In questo senso depone anche l'interpretazione dell'ADISCO, associazione maggiormente rappresentativa sulla donazione di sangue cordonale.

¹⁹ Ad esempio, l'A.O. Brotzu di Cagliari ha adottato la prassi di negare la possibilità di donare il sangue cordonale in assenza del consenso scritto di entrambi i genitori.

Alla problematica sul titolare dei diritti sul sangue cordonale si aggiunge la problematica relativa alla natura di questi diritti e al titolo che consente al soggetto di acquisirli.

Storicamente si è affermata una concezione dominicale sulle parti staccate del corpo: si è detto, cioè, che il soggetto da cui la parte del corpo proviene è titolare di un diritto di proprietà sulle parti stesse. Sul titolo di acquisto di tale diritto di proprietà si sono formate cinque tesi, attribuite in via principale ad altrettanti autori²⁰.

Una prima teoria sostiene che la proprietà sulle parti staccate del corpo si acquisti all'atto della separazione, come riflesso del diritto di proprietà sul corpo, il cosiddetto *ius in se ipsum* (Carnelutti)²¹. Un'altra teoria ha negato la sussistenza di uno *ius in se ipsum* e ha individuato precisamente nel distacco il momento di acquisto della proprietà, a titolo originario, sulla parte del corpo: il bene uscirebbe dalla sfera personale del soggetto per entrare, col distacco, in quella patrimoniale (De Cupis)²². Ancora, si è sostenuto che le parti del corpo, essendo sostanzialmente inutili per il soggetto, si presumono abbandonate e, dunque, i terzi che ne possano trarre utilità possono appropriarsene secondo lo

²⁰ Sulle concezioni dominicali si veda in primo luogo G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Rivista di diritto di famiglia e delle persone*, 1-2, 1985, 266 ss. L'A., a cui si attribuisce una delle cinque tesi maggioritarie sul titolo di acquisto del diritto di proprietà sulle parti staccate del corpo, offre in questo saggio anche un'accurata ricostruzione delle tesi precedenti. Per un'analisi approfondita delle tesi e delle relative critiche si veda P. FRATI, *op. cit.*, 112 ss.; M. TALLACCHINI, *Uno spazio pubblico per i tessuti umani. Oltre la dicotomia tra autonomia e proprietà*, in F. RUFO (a cura di), *Il laboratorio della bioetica. Le scelte morali tra scienza e società*, Roma, 2011, 209-237. Per un approccio da un punto di vista filosofico si veda G. CALABRESI, *An introduction to legal thought: four approaches to law and to the allocation of body parts*, in *Stanford law reviews*, vol. 55:2113, 2003, 2113 ss. Per un punto di vista internazionale, specificamente con riguardo alla giurisprudenza statunitense, si veda ancora M. TALLACCHINI, *Uno spazio pubblico per i tessuti umani. Oltre la dicotomia tra autonomia e proprietà*, cit.; G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *Pólemos*, 2, 2008, 115 ss.; S. ZULLO, *Corpo e property rights: limiti e criticità nel bilanciamento fra interessi individuali e collettivi*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 42, 2018, 143-161; L. MALONEY, *The commodification of human beings*, in *Northeastern University Law Journal - Extra Legal*, Fall 2015; C. GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora*, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, Fascículo I, 2014, 11-79. Riguardo, in particolare, l'evoluzione della giurisprudenza di *common law*, vale la pena di citare tre celebri provvedimenti statunitensi. Si tratta di *Moore v. Regents of University of California*, 51 Cal.3d 120, Supreme Court of California, July 9, 1990; *Greenberg v. Miami Children's Hospital* (264 F. Supp. 2d 1064 S.D. Fla. 2003); *Washington University v. Catalona* (437 F. Supp. 2d 985 E.D. Missouri 2006). Nel primo caso, la Corte Suprema della California rigettò parzialmente la domanda del signor Moore, volta al risarcimento danni e pagamento di una quota dei profitti tratti dall'università californiana grazie a un brevetto ottenuto tramite sperimentazioni sulla sua milza. Specificamente, gli fu riconosciuto solo il risarcimento del danno per la violazione del diritto a conoscere le finalità della sperimentazione e il potenziale sfruttamento economico derivante dai suoi tessuti. Fu negato, invece, ogni diritto alla partecipazione agli utili conseguenti al brevetto: quest'ultimo, infatti, era frutto di ricerche indipendenti dall'attore ed effettuate su un bene considerato *res nullius*. Nel caso *Greenberg* la giurisprudenza statunitense si spinse oltre, negando anche il diritto al risarcimento per omessa informazione sul potenziale sfruttamento del materiale biologico, sostenendo che la figura del ricercatore non avesse gli stessi doveri di informazione del medico. Infine, nel caso *Catalona*, si affermò che i campioni sono di proprietà del datore di lavoro del soggetto che li ottiene a scopi di ricerca scientifica, tanto che quest'ultimo, una volta trasferito presso un altro ente, non può chiedere il trasferimento dei campioni, neppure col consenso dei donatori.

²¹ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 206.

²² A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1985, 159 ss.

schema dell'occupazione (Bianca)²³. Singolare la tesi di Santoro Passarelli, secondo il quale l'acquisto del diritto di proprietà sulla parte staccata del corpo si acquisterebbe con un meccanismo analogo a quello con cui l'autore acquista i diritti sull'opera dell'ingegno, interpretando analogicamente l'inciso sulla creazione dell'opera²⁴. Infine, vi è la tesi del Criscuoli, che, previa accurata critica delle quattro tesi precedenti, sostiene che l'unico modo per affermare il diritto di proprietà sulle parti staccate del corpo senza cadere in contraddizioni sia quello di adottare lo schema della fruttificazione *ex art.* 820 c.c., individuando nella separazione il modo d'acquisto della proprietà a titolo originario²⁵.

In generale, qualsiasi concezione che voglia affermare la sussistenza di un diritto di proprietà sul corpo si scontra con la difficoltà di inserire la fattispecie in oggetto nelle strette maglie del diritto dominicale, concepito nel nostro Codice civile con riferimento alle cose e non alle persone²⁶, e in particolare si scontra col numero chiuso dei modi di acquisto della proprietà a titolo originario. Pertanto, tutte queste tesi hanno subito aspre critiche e sembrano ormai essere state accantonate a favore di concezioni personalistiche²⁷.

²³ Detta tesi, enunciata in C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, Milano, 1978, 163 ss., è stata ritenuta condivisibile da M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 2, Torino, 1982, 81. In maniera analoga Rodotà, secondo il quale il consenso alla destinazione dei campioni biologici a fini di ricerca scientifica avrebbe come conseguenza l'abbandono degli stessi, che sarebbero quindi qualificabili come *res derelictae*, ma non come *res nullius*; così S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 200 ss.

²⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 52 ss.

²⁵ G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 272 ss. L'A. specifica, analogamente a quanto fece De Cupis, che il singolo non può vantare, prima del distacco, alcun diritto di proprietà sulle parti del corpo. L'A. lascia tuttavia aperta la questione del come il soggetto possa acquistare la proprietà del frutto-parte senza essere proprietario della cosa principale, ossia il corpo, limitandosi a rilevare come l'acquisto possa verificarsi anche in capo a colui che vanta non un diritto proprietario ma anche un mero diritto di godimento, reale o personale.

²⁶ Si è sottolineato che nella struttura civilistica del diritto di proprietà il soggetto titolare del diritto ed il bene oggetto del diritto risultano necessariamente distinti. Così M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 7-8, 222-235. Sono stati altresì sollevati dubbi relativamente alla possibilità di concepire un diritto di proprietà su cellule viventi; così P. FRATI, *op. cit.*, 121-122.

²⁷ In senso critico e a favore della concezione personalistica si veda P. FRATI, *op. cit.*, 112 ss.; G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, I, Milano, 2011, 819; dello stesso autore G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, cit., 115 ss. L'A. evidenzia come la logica proprietaria implichi rilevanti problemi anche relativamente alla necessità di acquisire il consenso di tutti i componenti del gruppo biologico di appartenenza, con gravi ripercussioni sul principio di autonomia e autodeterminazione delle popolazioni ove fosse possibile, per tutti gli appartenenti allo stesso gruppo biologico, porre un veto alla disposizione del materiale genetico, pregiudicando altresì gli interessi alla tutela della salute collettiva e alla solidarietà (141 ss.); sul consenso collettivo si veda anche L. VILLANI, *Biobanche e test rivelatori di informazioni genetiche: spunti di riflessione per un nuovo consenso informato*, in *La responsabilità civile*, 2, 2010, 140 ss. Critica aspramente la concezione proprietaria, pur senza sposare quella personalistica, I. RAPISARDA, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2017, 625 ss.; l'A. rileva che il diritto di proprietà sarebbe svuotato dei suoi connotati essenziali, non potendo il titolare trarre alcuna utilità dalla cosa stessa, né potendola sfruttare economicamente. Altresì l'A. sottolinea l'inadeguatezza della concezione proprietaria relativamente alla destinazione dei campioni alla ricerca, affermando che gli stessi non diventerebbero *res nullius*, essendo ormai i soggetti consapevoli del valore del materiale biologico. Rispetto a quest'ultima osservazione si ritiene maggiormente condivisibile affermare che la tesi della derelizione del campione biologico debba essere scartata piuttosto perché l'abbandono non può essere presunto, e perché la presenza di dati genetici appartenenti all'individuo postula la necessità di un suo consenso informato espresso sulle ricerche che

Secondo la concezione personalistica, il soggetto sarebbe titolare non di un diritto di proprietà sulle parti staccate del corpo, ma potrebbe disporre delle stesse in base al diritto alla dignità, all'identità personale e all'autodeterminazione. Infatti, relativamente al corpo non si ragiona in termini di diritto di proprietà, ma in termini di diritti fondamentali e della personalità. Poiché nel campione biologico è presente il materiale genetico appartenente al soggetto, costui deve essere messo in condizione di poter decidere la sorte del medesimo. Lo strumento con cui il titolare dispone del proprio materiale biologico è il consenso informato, che precedentemente trovava la sua disciplina nella Convenzione di Oviedo e attualmente nella l. 219/2017²⁸. La necessità di acquisire detto consenso si estenderebbe non solo alla donazione a scopi terapeutici o a fini di ricerca, ma, in questo secondo caso, anche ai cosiddetti utilizzi secondari, ossia alle eventuali ricerche successive, e talvolta imprevedibili al momento della sottoscrizione, cui potrebbe prestarsi il materiale biologico²⁹.

avverranno con tali dati. Si veda, infine, E. STEFANINI, *op. cit.*, 313, la quale sostiene come la volontarietà della donazione trovi giustificazione nella salvaguardia dell'autodeterminazione dell'individuo in relazione al proprio corpo, quindi negli artt. 32 e 13 Cost. La concezione personalistica ha avuto fortuna anche nella giurisprudenza di merito; si veda Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, n. 377, in *Diritto e giurisprudenza*, 2, 2008, 300 ss., con nota di C. GHIONNI. Il Tribunale partenopeo riconosce il diritto del paziente di prelevare il proprio reperto post-operatorio conservato in paraffina, ma non sulla base della sussistenza di un diritto di proprietà sul medesimo, essendo questo inconcepibile per un'intrinseca impossibilità di godimento della *res*, bensì considerando il diritto del paziente come afferente a quelli assoluti, pur non essendone espressione diretta, in particolare agli artt. 2 e 32 Cost., concretizzando un diritto a una corretta informazione del soggetto sul proprio stato di salute.

²⁸ Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, Oviedo, 4 aprile 1997. L'Italia ha recepito la convenzione con legge 28 marzo 2001, n. 145, la quale autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione e il relativo Protocollo e, all'art. 3, delega il Governo a adottare uno o più decreti legislativi per adattare l'ordinamento giuridico nazionale ai principi della Convenzione; detta delega, però, non è stata ancora esercitata. Pertanto, sotto il profilo della rilevanza giuridica, la Convenzione costituisce un criterio ermeneutico delle norme interne, vincolando il giurista a interpretarle nel senso più conforme alla stessa. Sul fondamento del consenso informato prima della l. n. 219/2017 si veda Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro Italiano*, 5, 1, 2009, 1328 ss.; Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Famiglia e diritto*, 11, 2009, 1046 ss.

²⁹ Il problema degli usi secondari riguarda l'utilizzo del materiale biologico a fini di ricerca. A livello internazionale, infatti, (Raccomandazione Rec(2006)4 del Consiglio d'Europa, aggiornata dalla Raccomandazione CM/Rec(2016)6) il consenso alla donazione a scopo terapeutico è irrevocabile una volta raccolto il campione, mentre quello all'impiego per la ricerca è revocabile. In particolare, il problema sorge per i cosiddetti usi secondari, ossia ricerche non previste nell'originario modulo di consenso. Secondo una tesi bisognerebbe interpellare nuovamente il donante, secondo altri sarebbe possibile esentare l'ente di ricerca da questa onerosa operazione nel caso in cui il donante sia irreperibile o, in ogni caso, ove il campione sia anonimizzato. L'anonimizzazione, tuttavia, non è mai assoluta, nel senso che è possibile comunque risalire ai dati del donante dal codice utilizzato per anonimizzarlo. Il D.M. del 2 novembre 2015 non prevede nulla sulla revocabilità del consenso alla donazione per fini di ricerca, ma prevede chiaramente che il sangue cordonale non possa essere ceduto a terzi a scopo di lucro e che le uniche tipologie di ricerca che potranno essere effettuate sono quelle di cui alla lettera f dell'art. 2, comma 1, D.M. 18 novembre 2009 istitutivo della rete nazionale di biobanche. Si tratta, nello specifico, di ricerche «sulla raccolta, lavorazione, caratterizzazione e conservazione del sangue cordonale al fine di ottenere una sempre migliore qualità e sicurezza, nonché sull'uso clinico dello stesso». La normativa di riferimento è l'*Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* del Garante della privacy del 24 giugno 2011, aggiornata dall'autorizzazione n. 8/2016 e da ultimo sostituita dalle *Prescrizioni relative al trattamento dei dati genetici* fornite dal Garante della privacy con Provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019. Al paragrafo 4.11 e seguenti, si prevede la possibilità di utilizzare i dati genetici per fini di ricerca scientifica e statistica, ciò che può avvenire anche a scopo di lucro, ma pur sempre finalizzato alla tutela della salute del soggetto, di terzi o della collettività. La donazione è subordinata al consenso scritto dell'interessato (par. 4.5), liberamente revocabile; la revoca

In ogni caso, qualsiasi tesi si voglia sostenere, bisogna riconoscere che esiste la possibilità di disporre delle parti staccate del corpo e che i limiti a detta disponibilità si rinvengono nell'art. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione che cagionino una diminuzione permanente e vieta, sostanzialmente, la disposizione a titolo oneroso, salve eccezioni previste dalla legge. Il discrimine tra disponibilità e indisponibilità risiede pertanto nella logica del dono, giacché il legislatore vuol preservare sia la spontaneità della disposizione, onde evitare che un soggetto sia indotto a privarsi di una parte del corpo per ragioni economiche, sia l'accessibilità a uguali condizioni del diritto alla salute, onde evitare che alcune parti del corpo siano oggetto di un mercato inaccessibile ai meno abbienti³⁰. In definitiva, i limiti imposti da ragioni di natura pubblicistica sono indiscutibilmente molti e molto pregnanti.

I riflessi dell'adozione di ciascuna concezione si manifestano anche nell'inquadramento civilistico dell'atto di disposizione del campione biologico, giacché, come si è rilevato, se il consenso trasferisse la proprietà del materiale avremmo un contratto a effetti reali. Viceversa, si avrebbe un contratto a effetti obbligatori avente a oggetto la possibilità di utilizzare i dati personali e il materiale solo nel modo consentito dal regolamento negoziale, con ripercussioni particolari in caso di revoca del consenso³¹.

comporta l'interruzione del trattamento e la cancellazione dei dati e, ove sia impossibile anonimizzarli, la distruzione del campione. Di particolare importanza il paragrafo 4.11.2, che disciplina il trattamento dei dati genetici dell'incapace, richiedendo, ove la ricerca non comporti benefici diretti per quest'ultimo, tra le altre condizioni, il consenso di chi «esercita legalmente la potestà» (*rectius*, la responsabilità genitoriale), pur senza specificare se sia necessario il consenso di entrambi i genitori. Ancora, rileva il paragrafo 4.5.1 che, riguardo alla ricerca su dati genetici del minore, fissa il principio della preminenza dell'interesse dell'incapace. Si prevede inoltre, al paragrafo 4.3, che dopo il raggiungimento della maggiore età le informazioni sul trattamento di dati personali siano fornite all'interessato anche ai fini dell'acquisizione di una nuova manifestazione del consenso. Del consenso dell'interessato può prescindere solo per ricerche previste dalla legge o nei casi di cui al paragrafo 4.11.3, ossia per il perseguimento di scopi scientifici e statistici direttamente collegati con quelli per i quali il consenso è stato originariamente acquisito, oppure quando, pur trattandosi di scopi diversi da quelli originari, è stato impossibile acquisire il consenso all'uso secondario per irreperibilità del donatore e sempre se lo scopo non è perseguibile mediante trattamento di dati di persone che hanno prestato consenso. Sugli usi secondari si veda M. TALLACCHINI, *Uno spazio pubblico per i tessuti umani. Oltre la dicotomia tra autonomia e proprietà*, cit., 212 ss.; sempre M. TALLACCHINI, *Dalle biobanche ai «Genetic social networks». Immaginari giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLIII, 1, 165 ss., ove sottolinea che gli stringenti limiti a livello europeo agli usi secondari derivano da un'inappropriata equiparazione tra ricerca sui campioni biologici e sperimentazione su esseri umani. Sulla disciplina prevista dal Garante della privacy si veda P. ROMANA, *Ricerca genetica, biobanche e consenso informato*, in *Famiglia e diritto*, 8-9, 2012, 838 ss.; l'A. si interroga anche sugli effetti della revoca, auspicando che non siano retroattivi, per la necessità di far prevalere la tutela della salute collettiva sull'interesse del privato.

³⁰ Sulla disposizione di parti del corpo umano si veda A. GAMBARO, *I beni*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 191-205; G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, cit., 805 ss.

³¹ Sulle ipotesi della natura contrattuale si veda M. MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2009, 153 ss.; P. ROMANA, *op. cit.*, 838 ss. Sui profili della responsabilità contrattuale conseguente alla revoca del consenso si veda I. RAPISARDA, *op. cit.*, 639; l'A. sottolinea che il consenso reso nell'ambito della donazione del materiale biologico non è in alcun modo equiparabile a quello meramente contrattuale, poiché alla revoca non segue alcuna responsabilità, né contrattuale né precontrattuale per recesso anticipato, tanto più che il ricevente non conosce nemmeno l'identità del donatore. Tali rilievi sono condivisibili e portano a concludere che il consenso con cui si dispone del materiale biologico si ponga necessariamente al di fuori dell'attività prettamente contrattuale, concretizzandosi, viceversa, nel consenso informato

Volendo ora contestualizzare il discorso relativamente alla donazione di sangue del cordone ombelicale e della placenta, entrambe le tesi menzionate condurrebbero alla conclusione che il soggetto legittimato a disporre del materiale sia il neonato e, pertanto, il consenso dovrebbe essere prestato da entrambi i genitori in sua vece. Ove si abbracci la concezione proprietaria, il titolare non potrebbe essere altri che il neonato: non solo il sangue contenuto nel cordone e nella placenta ha il DNA di lui, ma si pensi che nel parto naturale con secondamento la placenta e il cordone sono letteralmente attaccati al neonato, cosicché si configurano come una sorta di sua appendice. Alle stesse conclusioni si perviene ove si abbracci la condizione personalistica, dato che le staminali, oggetto della donazione, contengono il DNA del neonato: non essendo possibile parlare di diritto all'autodeterminazione di quest'ultimo, bisognerebbe avere riguardo al suo diritto all'identità personale e al suo interesse, soprattutto con riferimento al fatto che, nei moduli di cui al D.M. vigente, alla volontà della donazione si accompagna la rinuncia all'utilizzo delle staminali a beneficio esclusivo del neonato stesso.

Tuttavia, entrambe le impostazioni non paiono del tutto adeguate a trattare il problema della disposizione delle parti staccate del corpo che possano essere trapiantate a fini terapeutici.

La fondatezza della concezione proprietaria incontra vari ostacoli. Non è risolutivo neppure assumere che un diritto di proprietà sul corpo sussista e venga acquistato a titolo originario, ma che il nostro Codice civile, risalendo al 1942, non l'ha disciplinato, dandolo per scontato. *In primis*, sussistono parecchi limiti alla disponibilità di tale bene presidiati da ragioni pubbliche, tanto da svuotare il classico assunto per cui il proprietario esercita una signoria assoluta sulla cosa³². Oltre ai limiti di cui all'art. 5 c.c., si noti come le parti staccate del corpo non possono essere ereditate; non è possibile, ad esempio, destinare gli organi ad altro scopo che quello della donazione a terzi. Ancora, è innegabile che la revoca del consenso alla donazione a scopi terapeutici o alla ricerca non porti con sé tutte quelle conseguenze che, invece, riguardano i contratti. Come efficacemente si è detto, seppur relativamente al corpo integro, «il punto essenziale è che qualsiasi decisione che concerna una parte del corpo non è una

all'attività medica, che è a un tempo consenso del contratto e condizione di liceità dell'attività medica. Tuttavia, a parere di chi scrive, detto consenso esula anche da quello tipico ex l. 219/2017, poiché la disposizione del sangue cordonale non incide sulla salute del neonato. Su questo si tornerà nel prossimo paragrafo. Riguardo la revoca del consenso, come si è detto in nota 29 la normativa italiana sulla donazione di SCO non prevede la possibilità di revocare il consenso qualora le staminali cordonali siano donate per finalità terapeutiche, ma solo per finalità di ricerca. Considerato che il campione di SCO può essere crioconservato anche per tanti anni, la dottrina, partendo dal presupposto che legittimato al consenso sarebbe il neonato, si è interrogata sull'opportunità di chiedere una conferma del consenso alla donazione al soggetto appena divenuto maggiorenne. Si veda C. PETRINI, *op. cit.*, 289. Altra dottrina ha sottolineato le gravissime conseguenze che avrebbe una revocabilità *ad nutum* del consenso alla donazione nel trapianto di midollo osseo, giacché il ricevente, nel periodo precedente al trapianto, si sottopone ad un'intensa chemioterapia, cui il trapianto deve necessariamente seguire in tempi brevi; si veda I. RAPISARDA, *op. cit.*, 640.

³² Detti limiti sono stati considerati legittimi nel nostro ordinamento. Ad esempio, con sentenza 12384/2002, cit., il Tar Lazio ha affermato che «in mancanza di una legge che espressamente disponga altrimenti, il donante non ha alcun diritto a destinare l'uso delle cellule a vantaggio suo o di altri suoi familiari». In senso analogo è stata valorizzata la circostanza dell'impossibilità di disporre dei campioni in altra maniera che con la donazione, non potendo gli stessi essere restituiti, ma solo distrutti come rifiuti sanitari pericolosi. Il divieto di restituzione confermerebbe che il legislatore non considera meritevole di tutela l'interesse del soggetto a disporre del proprio materiale biologico; così P. ROMANA, *op. cit.*, 838 ss.

decisione che riguardi una cosa, ma una decisione che riguarda la persona e va quindi considerata in riferimento ai diritti delle persone»³³.

Riguardo alle concezioni personalistiche, invece, limitarsi a traslare il paradigma del consenso informato al trattamento terapeutico significa non centrare il punto della questione. Il consenso informato, quale atto che configura una delle condizioni di legittimità dell'attività medica, è espressione e sintesi dei diritti alla salute e all'autodeterminazione del paziente. Esso viene in rilievo in un momento esattamente precedente a quello della problematica in esame, ossia nell'attività di distacco della parte. Specificamente, nella donazione di SCO, sarà la madre a sottoscrivere il consenso informato nell'ambito del contratto di ospedalità. Una volta avvenuto il parto e reciso il cordone ombelicale, il neonato non subirà alcun atto potenzialmente pregiudizievole del suo diritto alla salute, per cui il suo consenso ex l. 219/17 non può essere tirato in ballo³⁴. Una corretta impostazione della tesi personalistica, pertanto, dovrebbe considerare il consenso come espressione della volontà di donare il campione e di autorizzare il trattamento dei propri dati genetici, sui quali si avrebbe un potere di disposizione in virtù del diritto all'identità personale e all'autodeterminazione. Tuttavia, consentire al titolare di disporre – sostanzialmente distruggendoli – di beni che, per lui, rappresentano solo scarti operatori e, per altri, potrebbero essere una terapia salvavita, sul mero assunto che la titolarità dei dati genetici è la propria, finisce per adombrare del tutto il principio di solidarietà del nostro ordinamento e ledere la tutela salute collettiva senza un apprezzabile contro-interesse da bilanciare³⁵.

Delle criticità di entrambe le tesi ha tenuto conto parte della dottrina, che ha cercato di delineare un quadro *ad hoc* per i diritti e la disponibilità delle parti staccate del corpo utilizzabili a fini terapeutici.

4. Ricerca di soluzioni alternative e possibilità di evitare il doppio consenso

Parte della dottrina, nell'intento di costituire uno statuto della donazione del materiale biologico che non incappi negli ostacoli delle concezioni proprietarie e personalistiche, ha valorizzato le particolarità della regolamentazione dell'atto di disposizione di detto materiale.

In particolare, ha evidenziato che si possono distinguere due aspetti nella donazione delle parti staccate del corpo: un aspetto materiale, legato alla conservazione e disposizione del campione, e un aspetto immateriale, relativo alla circolazione dei dati genetici. A questi due aspetti corrispondono due distinti consensi informati³⁶. In questo senso dispone anche la modulistica del D.M. 2 novembre 2015,

³³ A. GAMBARO, *op. cit.*, 194. L'A. si riferiva infatti esclusivamente al corpo integro, mentre, sostiene, un discorso diverso reggerebbe le parti separate del corpo.

³⁴ Molti autori hanno evidenziato questo profilo relativamente alla disposizione di parti staccate del corpo, che non intaccherebbe in alcun modo la salute del donatore. Si veda P. FRATI, *op. cit.*, 111 ss.; P. ROMANA, *op. cit.*, 838 ss.; M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 222-235, l'A. sottolinea che solo l'intervento volto al distacco e alla conservazione del campione incide sulla salute e può qualificarsi come medico; il consenso alla donazione del materiale biologico, invece, non tutela l'autodeterminazione del singolo relativamente alla propria salute e ciò consente di distinguere le ricerche effettuate sui campioni biologici dalla sperimentazione sull'uomo. In questo senso anche I. RAPISARDA, *op. cit.*, 644.

³⁵ In tal senso I. RAPISARDA, *op. cit.*, 658.

³⁶ Sulla sussistenza di due aspetti fondamentali nell'ambito della donazione del materiale biologico si veda I. RAPISARDA, *op. cit.*, 644, che parla di duplice natura, materiale e immateriale, del campione biologico, affermando che, nel nostro ordinamento, la prima viene assorbita nella seconda e, conseguentemente, assoggettata al più

che prevede un consenso informato per autorizzare la conservazione e la donazione di SCO, a scopo allogenico o dedicato o, eventualmente, in caso di inidoneità alla donazione, a scopo di ricerca, e un distinto consenso per autorizzare il trattamento dei dati genetici.

Nessuno dei due aspetti individuati coinvolge il diritto alla salute del donatore; sono coinvolti, invece, il diritto alla riservatezza sui dati genetici e il diritto all'identità personale e all'autodeterminazione sul proprio materiale genetico e biologico; nel caso del neonato, non essendo possibile parlare di autodeterminazione, entra in gioco il principio del *best interest of the child*.

È opportuno, a questo punto, svolgere due riflessioni separate riguardo al consenso alla donazione di SCO a fini terapeutici e a fini di ricerca.

Riguardo alla donazione a fini terapeutici, se da una parte vi sono gli interessi già menzionati del donatore, dall'altra vi è il diritto alla salute del ricevente, se non addirittura il diritto alla vita, nel caso della donazione di SCO, considerata l'importanza della terapia con cellule staminali. Attenta dottrina, sebbene con riferimento specifico alla donazione a fini di ricerca, ha sottolineato l'urgenza di considerare i campioni biologici alla luce dell'utilità che gli stessi rappresentano per la salute collettiva, auspicando che la loro disposizione non si basi sul mero consenso del donatore, ma che piuttosto si modelli sulla gestione dei *commons*³⁷.

È dunque necessario mutuare queste riflessioni e contestualizzarle nell'ambito della donazione di SCO, valorizzando l'utilità che le staminali cordonali rappresentano per la salute collettiva, intesa come perseguimento, a tutela di tutti i consociati, della più alta possibilità di ottenere la terapia necessaria nel minor tempo possibile. Se la teoria personalistica, nella versione già illustrata, implica la necessità del consenso del soggetto cui geneticamente appartiene il campione, si può allora approdare a una teoria definibile come solidaristica, volta a promuovere il più possibile la raccolta di SCO. L'attuale normativa, che postula il consenso di entrambi i genitori, è certamente frutto di un bilanciamento discrezionalmente effettuato dal legislatore, il quale potrebbe quindi orientarsi diversamente. In che modo?

Innanzitutto, tornando al regime del consenso della sola madre, in considerazione di diversi rilievi oggettivi.

severo regime di circolazione. Si veda anche V. MARZOCCO, *Il consenso informato alla conservazione e all'utilizzo di materiale biologico umano*, in C. CASONATO, C. PICIOCCI, P. VERONESI (a cura di), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 159, che scinde due aspetti rilevanti del consenso: uno, che tutela l'autodeterminazione, riguarda il momento del distacco; l'altro, che tutela la *privacy*, riguarda il momento dell'utilizzazione, potendosi distinguere, pertanto, una dimensione materiale e una informativa del campione biologico le quali, secondo l'A., si presterebbero, rispettivamente, a seguire la disciplina della proprietà e dei diritti della personalità. In tale ultimo senso anche M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 222-235.

³⁷ Così, estendendo tali conclusioni anche alla donazione per fini di ricerca scientifica, M. TALLACCHINI, *Uno spazio pubblico per i tessuti umani. Oltre la dicotomia tra autonomia e proprietà*, cit., 209-237. Secondo l'A. si potrebbe parlare di concezione proprietaria rispetto al corpo secondo «relazioni di amministrazione, *stewardship*, e partenariato tra soggetti e beni finalizzati ad usi comuni presenti e futuri – e come tali non arbitrariamente disponibili», volte a tutelare interessi collettivi o pubblici. Ancora, M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 222-235, secondo il quale la prospettiva preferibile sarebbe quella di considerare i campioni biologici come *commons*, non appartenenti né al donatore né ai riceventi, per diventare patrimonio dell'intera comunità. Si veda anche P. ROMANA, *op. cit.*, 838 ss.; l'A. auspica la considerazione del campione come *common*, ossia bene personale posto al servizio della collettività, esaltandone l'utilità per la salute collettiva. Sulla teoria dei *commons* si veda anche I. RAPISARDA, *op. cit.*, 650-653.

In primo luogo, è indiscusso che la madre sia l'unico soggetto fisicamente coinvolto nella donazione, tant'è che la stessa dovrà esprimere un vero e proprio consenso informato ex l. n. 219/17 nell'ambito della donazione, con riguardo ai due prelievi sanguigni e al prelievo stesso di SCO, che, come si è detto, avviene principalmente con placenta in utero. Si consideri, ancora, che sebbene si parli di sangue cordone, è la raccolta ad avvenire tramite una vena del cordone, mentre la maggior parte del sangue si trova all'interno della placenta, che appartiene in parte alla madre³⁸. Senza la collaborazione attiva della madre, la donazione non può avvenire; lo stesso non può dirsi per il padre, che può addirittura essere assente al momento del parto, anche per cause di forza maggiore. Lo stesso questionario anamnestico, che non contiene informazioni sul neonato, ma solo sui rami familiari di entrambi i genitori, può essere compilato anche dalla sola donna se opportunamente edotta.

Alla luce di quanto osservato, sarebbe opportuno riconoscere alla donna almeno un ruolo preminente nella decisione, così da ricorrere alla formula del consenso di entrambi "se possibile" o della prevalenza del consenso materno in caso di contrasto. A ciò non osta la circostanza che la donazione comporti la rinuncia a un materiale biologico attribuibile in parte al neonato e il trattamento di dati genetici dello stesso. Occorre infatti chiedersi se si tratta di decisioni subordinate al consenso di entrambi i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, ossia se l'atto dispositivo del cordone possa qualificarsi come atto di straordinaria amministrazione³⁹. *Prima facie*, la questione sembra risolversi in senso positivo, trattandosi di un atto che avviene una volta nella vita e che comporta la disposizione di materiale genetico del neonato. Si consideri anche che il nostro legislatore, per la donazione di organi del minore, richiede il consenso di entrambi i genitori⁴⁰. Tuttavia, in senso contrario depongono varie circostanze: innanzitutto, si tratta di materiale di scarto e il neonato non viene in alcun modo pregiudicato dalla donazione; in tal senso sembra inoltre deporre l'art. 3, comma 2, della l. n. 219/2005, laddove consente alla minore di donare il cordone senza neppure l'assenso dei genitori. A chi scrive sembra più opportuno inquadrare l'atto in oggetto tra quelli di ordinaria amministrazione. Ma a prescindere dalla qualificazione in un senso o nell'altro, il legislatore potrebbe agevolmente derogarvi, considerato che nessun interesse del minore viene concretamente coinvolto: né il diritto alla salute, né il diritto alla riservatezza, poiché i moduli anamnestici non trattano dati sensibili del minore e nessuna ricerca verrà effettuata sul campione destinato al trapianto. Anzi, riguardo alla tutela della salute si potrebbe

³⁸ Sulla questione dell'appartenenza biologica degli organi alla madre si veda anche P. ROSSI FERRINI, R. MORDACCI, G. VETTORI, *op. cit.*, 68. Mordacci considera il cordone ombelicale come parte del corpo della madre, sulla base del fatto che le cellule del funicolo solo in un certo senso possono ritenersi appartenenti al figlio (nel senso, cioè, che hanno il suo DNA), in quanto in realtà farebbero comunque ancora parte del corpo della madre. Un esempio di intervento in cui la scelta è demandata alla sola donna quale persona in cui, sola, avverrà il trattamento terapeutico, a prescindere dall'appartenenza del materiale genetico, si trova nella normativa sull'aborto. È pur vero che le differenze rispetto alla donazione di SCO sono molte: non si può parlare di esercizio della responsabilità genitoriale, non essendovi ancora un nato, e la scelta attiene alla vita del nascituro, non alla disposizione di un materiale naturalmente destinato ad essere uno scarto post-operatorio.

³⁹ Si ricordi che, ai sensi dell'art. 320, comma 1, c.c., gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti separatamente da ciascun genitore.

⁴⁰ Il riferimento è alla l. n. 91 del 1999, riguardo alla donazione di organi a scopo terapeutico, dunque finalizzata al trapianto in terzi soggetti, e alla l. n. 10/2020, relativa alla donazione di organi a scopo di ricerca. Tuttavia, nel caso della donazione di organi entrano in gioco, a differenza che nel caso della donazione del cordone, il rispetto del cadavere ed eventuali questioni religiose sull'integrità dello stesso.

obiettare che la donazione stessa tutela la salute del minore in senso lato, poiché, come già rilevato, un campione di SCO è idoneo generalmente per una terapia a beneficio di bambini. A riprova della possibilità del legislatore di derogare alla logica della coincidenza tra titolarità del consenso e titolarità del materiale genetico si consideri che un disegno di legge ha affrontato esplicitamente il tema della proprietà del sangue cordonale, attribuendola alla madre⁴¹. Il modello seguito da molti ordinamenti europei prevede che sia sufficiente il consenso della sola donna⁴².

Viene il rilievo, in secondo luogo, la soluzione dell'*opt-out*, già adottata per la donazione di organi, seppur non ancora del tutto attuata⁴³. In questo senso, alla situazione attuale, nella quale non è neppure previsto un obbligo del personale medico della struttura di informare la partoriente della possibilità di donare il sangue cordonale, si sostituirebbe una necessaria informativa alla quale, salvo il caso di espresso dissenso, seguirebbe la raccolta e donazione di SCO. La tecnica dell'*opt-out* è stata criticata sull'assunto che imporrebbe sostanzialmente la donazione, laddove la nostra Costituzione promuove la solidarietà, la quale ultima, però, si è detto, dovrebbe essere del tutto spontanea; questa posizione non sembra condivisibile⁴⁴. Infatti, tale meccanismo agisce, più che come una forzatura, come un

⁴¹ Il disegno di legge A.S. n. 1020, recante "Disposizioni in materia di conservazione delle cellule staminali del cordone ombelicale", presentato in Senato nell'ottobre 2008, risulta l'unico ad aver affrontato esplicitamente il tema della proprietà del sangue cordonale, attribuendola alla madre. Lo rileva E. STEFANINI, *op. cit.*, 322-323, la quale tuttavia sostiene il criterio dell'appartenenza genetica.

⁴² In Francia l'art. L1241-1 del Code de la santé publique, ult. co., così come modificato dalla Loi de la bioéthique del 2011, stabilisce che la donazione di SCO è subordinata al fatto che « la femme, durant sa grossesse, ait donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu ». In Belgio, la legge sulla raccolta e utilizzo di materiale umano del 19 dicembre 2008, prevede che nella donazione di cordone e placenta «le consentement est donné par la femme porteuse ou [...] par les personnes qui exercent ses droits». In Spagna, il consenso è dato da entrambi i genitori se è possibile; viceversa, dalla sola madre. Si veda il *Plan Nacional de sangre de cordón umbilical 2020-2025*.

⁴³ Il riferimento è all'art. 4 della l. n. 91/1999, il quale dispone che entro un termine, la cui fissazione si delega a un decreto del Ministro della sanità, «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi [...] successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione». Detta legge è rimasta inattuata sotto molti aspetti per tanti anni. Recentemente si è fatto un passo avanti con il D.M. 20 agosto 2019, n. 130, che ha regolato gli obiettivi, le funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT). Ad oggi per manifestare la volontà di donare i propri organi *post mortem* è possibile registrarsi con SPID sul sito dell'AIDO, rendere una dichiarazione in struttura sanitaria oppure in Comune. In alternativa, dal 2015 (Circolare 2128 del 27 luglio 2015 del Ministero della salute e del Ministero dell'interio) è possibile, in attuazione dell'art. 3, comma 8-bis, del decreto-legge 194/2009, che ha previsto che «La carta d'identità può altresì contenere l'indicazione del consenso ovvero del diniego della persona cui si riferisce a donare i propri organi in caso di morte», esprimere la propria volontà in sede di rinnovo del documento d'identità. Si deve però tenere ben presente che il cittadino ha la mera facoltà di esprimere la propria volontà riguardo la donazione di organi. In caso di silenzio, cioè, non si applica il meccanismo dell'assenso già previsto nel 1999, che è rimasto, di fatto, lettera morta. Sull'*opt-out* nella donazione di organi si veda F. GIUFFRÈ, *La legge n. 91 del 1999: notazioni intorno al rilievo giuridico dell'etica del dono*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2000, 607 ss., il quale sostiene che questo costituisca una disciplina promozionale dei modelli di condotta ispirati al valore della solidarietà.

⁴⁴ Questa critica all'*opt-out* è stata mossa, tra gli altri, da C.M. MAZZONI, *Una norma per il trapianto degli organi*, in S. FAGIUOLI (a cura di), *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Milano, 1997, 213 ss. Si ricordi che la solidarietà è un valore che la nostra Costituzione promuove talvolta anche istituendo una sanzione a presidio

incentivo alla solidarietà⁴⁵. La stessa adozione dell'*opt-out* nell'ambito della donazione di organi dimostra, inoltre, come questo modello non sia contrario al nostro ordinamento, purché sia accompagnato all'obbligo di chiedere all'interessato di esprimere la sua posizione in merito alla donazione, con avvertimento che il silenzio si considera come assenso⁴⁶.

Sembrirebbe, invece, impossibile disporre che la raccolta di SCO debba avvenire a prescindere da ogni consenso.

Questa soluzione è certamente necessaria quando il prelievo avviene in utero. Ma è davvero impossibile andare oltre l'*opt-out*? A ben vedere, a secondamento avvenuto, quando, cioè, la placenta è del tutto espulsa, neppure il diritto alla salute della donna viene più in rilievo, né si giustifica il conferimento di un maggiore rilievo al consenso di lei. Il prelievo di SCO avverrebbe su materiale destinato ad essere considerato come scarto operatorio, ma che per altri potrebbe rappresentare una terapia salvavita. L'unico scoglio sarebbe legato all'indispensabile compilazione del questionario anamnestico e alle analisi del sangue prelevato dalla donna, ma non è difficile immaginare che, tra qualche anno, grazie alla digitalizzazione dei dati anagrafici, del fascicolo sanitario, delle cartelle sanitarie e alla connessione tra gli ospedali, tali dati possano ottenersi elettronicamente, anche con maggior precisione. Quale la sorte dei diritti del minore? Considerato che nessun diritto viene leso, il legislatore potrebbe stabilire, nell'ambito della sua discrezionalità, che il prelievo *ex utero* non necessiti del consenso dei genitori, secondo una presunzione in base alla quale, non essendovi alcun rischio di pregiudizio per i diritti del minore, che verrebbe, anzi, avvantaggiato *lato sensu* dalla donazione, l'operazione possa avvenire senza bisogno di recepire la volontà parentale, oppure col consenso di un genitore solo -che in questo caso potrebbe essere anche il padre-, trattandosi di esercizio della responsabilità genitoriale di ordinaria amministrazione.

Dopotutto, dovendo immaginare un dissenso al prelievo di SCO *ex utero*, questo non potrebbe che essere legato a ragioni ideologiche e di coscienza, e, a parere di chi scrive, queste ragioni non possono in alcun modo sovrastare, in un corretto bilanciamento, la salvaguardia della salute collettiva, unico bene che la nostra Costituzione qualifica espressamente come fondamentale⁴⁷. Vale la pena, infine, notare come alla stessa conclusione potrebbe verosimilmente giungersi anche abbracciando la

dell'osservanza di determinati obblighi ritenuti imprescindibili. Si pensi all'obbligo di contribuzione fiscale o all'obbligo di soccorso.

⁴⁵ Nello stesso senso sembra operare l'informativa contenuta nei moduli destinati ai genitori che decidano di esportare il sangue cordonale in biobanche estere per la conservazione ad uso autologo, laddove si fa presente che, ove il neonato avesse bisogno di una terapia con staminali, quest'ultima sarebbe resa disponibile da genitori che hanno fatto una scelta diversa dalla loro.

⁴⁶ Per la dottrina favorevole al meccanismo dell'*opt-out* si veda F. GIUFFRÈ, *op. cit.*, 618; relativamente nello specifico all'*opt-out* nel caso di SCO si veda D. PARIS, *op. cit.*

⁴⁷ Sia consentito citare S. FLORE, *Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del covid-19*, in *dirittifondamentali.it*, 3, 2021, 29-50, nel quale, riguardo all'esercizio della responsabilità sul minore, si evidenzia la possibilità che, in caso di obiezione di coscienza o comunque di rifiuto immotivato dei genitori di eseguire un'attività vantaggiosa per la salute del minore, il Tribunale per i minorenni emani un provvedimento che tenga luogo del consenso dei genitori. Il tema della solidarietà imposta relativamente alla donazione di SCO passerebbe in secondo piano, considerato che il bilanciamento avverrebbe sostanzialmente tra il diritto alla salute collettiva (e anche del minore stesso, in senso lato) e l'autodeterminazione del singolo a distruggere un proprio campione biologico.

concezione proprietaria, in considerazione del ruolo della funzione sociale della stessa e della possibilità di espropriazione per pubblica utilità⁴⁸.

Quanto detto finora riguarda la donazione per fini terapeutici. Lo stesso discorso non può estendersi alla donazione a fini di ricerca, non essendo possibile riferire automaticamente lo stesso ragionamento riguardo il bilanciamento di interessi in gioco.

In primo luogo, occorre sottolineare che non sempre la ricerca si pone come uso subordinato al trapianto: ove il parto non rispetti i requisiti richiesti o le analisi del sangue preliminari rilevino l'inidoneità del campione al trapianto, è possibile da subito destinare il materiale alla ricerca⁴⁹. In ogni caso, bisogna sottolineare che il donatore ha interesse a che il campione biologico venga utilizzato per ricerche volte a raggiungere risultati che egli condivide eticamente e personalmente, potendo ad esempio rifiutarsi ove la ricerca sia svolta a scopo di lucro. È allora opportuno che il principio del consenso regga sia la donazione inizialmente volta a scopo di ricerca, sia la donazione subordinatamente destinata alla ricerca e i cosiddetti usi secondari⁵⁰.

Volendo contestualizzare detti principi nell'ambito della donazione di SCO, è opportuno però ricordare che, allo stato attuale, in Italia non è possibile destinare il sangue cordonale a ricerche effettuate a scopo di lucro. Dette ricerche possono orientarsi solo «sulla raccolta, lavorazione, caratterizzazione e conservazione del sangue cordonale al fine di ottenere una sempre migliore qualità e sicurezza, nonché sull'uso clinico dello stesso»⁵¹. Pertanto, considerato che si tratta di usi finalizzati alla tutela della salute collettiva, è difficile immaginare un contro-interesse del donatore che, nell'ambito di un bilanciamento, possa giustificare l'esclusione del modello dell'*opt-out* o dell'automatica raccolta del sangue *ex*

⁴⁸ Sottolinea questo aspetto D. PARIS, *op. cit.*, secondo il quale la valorizzazione della funzione sociale della proprietà potrebbe escludere «opzioni scientificamente prive di fondamento, che, senza produrre alcun beneficio per il titolare, determinino la vanificazione di una risorsa preziosa per la salute altrui».

⁴⁹ Questo si evince dal medesimo D. M. 2 novembre 2015.

⁵⁰ In senso contrario, deponendo a favore dell'utilizzabilità del campione per fini di ricerca anche per ricerche per le quali non è stato acquisito il consenso informato, si veda M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 222-235, che auspica una gestione dei campioni come cosa pubblica, come *commons*, che non appartenerebbero né agli individui né ai ricercatori. In senso analogo P. ROMANA, *op. cit.*, 838 ss., che auspica l'affidamento della gestione delle biobanche a un'autorità indipendente che ne controlli l'etica e verifichi che la ricerca persegua la tutela della salute collettiva, così da evitare che la revoca del consenso possa comportare la distruzione del campione. Cfr. M. TALLACCHINI, *Dalle biobanche ai «Genetic social networks»*, *Immaginari giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni*, cit., 168-169, che parimenti auspica una gestione pubblica dei campioni volta al solo perseguimento di interessi collettivi. L'A. cita la dottrina filosofico-morale di Hansson utilizzata per giustificare l'ampliamento dei poteri di ricerca sui materiali biologici: ampliare l'autonomia fino a ricomprendere il benessere altrui, alla luce di un'implicita solidarietà e del dovere di restituire alla società parte dei benefici ricevuti; l'A. tuttavia si esprime criticamente e sostiene che detta filosofia nasconda un paternalismo medico e un'autoreferenzialità scientifica, perché presuppone che la ricerca sia sempre buona e giustificata. Si veda, ancora, la posizione di I. RAPISARDA, *op. cit.*, 642 ss. Partendo dal presupposto che nell'ambito della donazione a scopo di ricerca viene in rilievo soprattutto l'interesse del donatore al controllo dei propri tessuti, ossia a che questi siano destinati a ricerche che egli condivide, l'A. auspica che il controllo delle ricerche sia affidato a un organo esterno pubblico, come il Ministero della salute o un'autorità amministrativa indipendente a ciò preposta, in virtù degli interessi collettivi in gioco; tuttavia, conclude per l'opportunità di revocare il consenso relativamente all'utilizzo dei campioni per ricerche che il donatore non condivide (659). Cfr. C. PETRINI, *op. cit.*, 297, dove si auspica che l'utilizzo dei campioni per fini di ricerca avvenga salvo dissenso espresso, dunque con il meccanismo dell'*opt-out*.

⁵¹ Art. 2, comma 1, lettera f del D.M. 18 novembre 2009, istitutivo della rete nazionale di biobanche.

utero, (cioè, da un campione che sarebbe destinato a scarto) o, ancora, possa fondare un diritto alla revoca del consenso alla ricerca su campione già lavorato e bancato.

5. Conclusioni: necessità di modificare la normativa e di promuovere la raccolta di staminali cordonali

Con Risoluzione dell'11 settembre 2012 sulla donazione volontaria e gratuita di tessuti e cellule il Parlamento europeo ha lamentato che le cellule staminali provenienti da sangue cordonale vengono conservate soltanto nell'1% delle nascite nell'UE. Conseguentemente, ha invitato la Commissione e gli Stati membri a adottare misure appropriate per creare un quadro normativo in grado di promuovere la disponibilità di cellule staminali da sangue cordonale e ha invitato gli Stati a promuovere l'informazione sulla donazione di SCO. Riguardo al consenso, al punto 22 si legge «che tale donazione deve essere oggetto di un consenso della madre libero». Tuttavia, al punto 30 si invitano gli Stati membri a «migliorare nel contempo la tutela dei diritti dei genitori al consenso informato e alla libertà di scelta». Con ciò la Risoluzione sembra avvicinarsi alla posizione di cui all'accordo della Conferenza Stato-Regioni del 29 ottobre 2009, conferendo valore anche al consenso del padre ove possibile, ma lasciando l'ultima parola alla donna.

Anche alla luce del sollecito del Parlamento europeo sussiste indubbiamente la massima urgenza di modificare la disciplina nazionale in tema di donazione di SCO e promuovere il più possibile questa risorsa, finora del tutto trascurata. Pertanto, è necessario quanto prima intervenire sul D.M. del 2015. A fronte degli indiscussi benefici già illustrati, gli ultimi dati sulla raccolta indicano, a parte il crollo del 2020 dovuto all'epidemia, dei numeri estremamente bassi e una donazione di SCO in costante decrescita dal 2014⁵².

Probabilmente, anche la sopravvenienza della necessità del consenso paterno in aggiunta a quello materno, dal 2015, ha avuto un ruolo in questa decrescita. Infatti, alla mancanza del consenso del padre non corrisponde necessariamente una sua contrarietà alla donazione, ma una sostanziale impossibilità di essere presente fisicamente *in loco* al momento del parto. In mancanza di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, infatti, il consenso deve essere espresso dal genitore personalmente: la madre non può farsi portatrice della volontà del *partner*, né quest'ultimo può esprimere il consenso a mezzo telefonico o simile⁵³.

Tuttavia, la situazione attuale non è legata solo alla necessità di recepire anche il consenso paterno; vi sono, infatti, altri ambiti in cui occorre intervenire con urgenza.

Innanzitutto, relativamente alla mancanza di informazione: non vi è nessun obbligo del personale del reparto ostetrico-ginecologico di prospettare alla partoriente la possibilità di utilizzare il sangue cordonale come terapia salvavita per altri bambini o preziosa risorsa per la ricerca, tant'è che la donna spesso è totalmente all'oscuro delle potenzialità di quel materiale biologico⁵⁴. Ancora, è necessario

⁵² Per i dati si veda il sito www.centronazionale sangue.it, (ultima consultazione 24/05/2022).

⁵³ La prassi varia certamente per ogni struttura sanitaria. Con l'avvento e la diffusione della firma digitale è auspicabile che il padre possa esprimere in tal modo il proprio consenso.

⁵⁴ Sotto questo punto di vista risulta utile il saggio di H. BUSBY, *The meanings of consent to the donation of cord blood stem cells: perspectives from an interview based study of a public cord blood bank in England*, in *Clinical*

implementare la formazione del personale medico e paramedico e fare in modo che la raccolta sia possibile in ogni punto nascita e non – come attualmente succede – solo nei punti nascita afferenti alle banche di stoccaggio e lavorazione di sangue cordonale. Secondo le stime del 2019, circa il 64,3% dei parti totali annui sono avvenuti in punti nascita idonei alla raccolta di SCO. Da questi parti, quantificati in 279.797, risultano raccolte solo 9.676 unità di SCO⁵⁵.

Un punto particolarmente significativo è legato agli elevati costi di conservazione ed estrazione delle staminali dal sangue cordonale. L'accordo reso in sede di Conferenza Stato-Regioni del 17 giugno 2021, confermando il precedente del 20 ottobre 2015, fissa il prezzo dell'unità di staminali cordonali in 17.000€, un prezzo nettamente superiore alle unità provenienti da midollo osseo con prelievo spinale o con aferesi⁵⁶. Sembra che nei costi elevati risieda il vero problema alla base dell'esiguità della raccolta, un'esiguità lamentata a livello europeo.

Per le ragioni sopra illustrate, nel 2019 delle 9.676 unità raccolte solo 546 sono state bancate e 38 utilizzate.

Pertanto, sebbene certamente non possa risolvere il problema della scarsità della raccolta, che presuppone un intervento su più fronti, è importante neutralizzare il rischio di perdere un potenziale campione di SCO per l'*empasse* creata dalla carente formulazione del DM 2015.

Quali le soluzioni?

In primo luogo, potrebbe intervenire una circolare di interpretazione autentica del DM 2.11.2015, che, ove interpretato nel senso di richiedere necessariamente il consenso di entrambi, è illegittimo in quanto si pone in contrasto con la stessa legge 219/05 di riferimento⁵⁷. La circolare dovrebbe allora esplicitare la possibilità della donna di prestare da sola il consenso informato alla donazione tutte le volte in cui il padre non voglia o non possa recarsi in ospedale a sottoscrivere il modulo.

Vi è di più. Per aderenza all'impostazione della l. 219/05, che richiedeva il solo consenso della partorientente, si dovrebbe inquadrare il consenso del padre come un *plus*; pertanto, in caso di contrasto, dovrebbe prevalere il consenso della madre, come già previsto con l'accordo reso il 29 ottobre 2009 in sede di Conferenza Stato-Regioni. Tuttavia, ciò non sarebbe sufficiente, in quanto occorrerebbe anche modificare i moduli allegati relativi al recepimento del consenso informato, che presuppongono sempre il consenso di entrambi i genitori. È opportuno quindi emanare un nuovo decreto ministeriale.

Ethics, 5, 2010, 22–27, che raccoglie varie interviste di donne potenziali donatrici, documentando la scarsa consapevolezza sull'importanza del sangue cordonale.

⁵⁵ Si veda la pag. 16 del Report pubblicato sul sito centronazionale sangue.it (ultima consultazione 24/05/2022). La tendenza della raccolta è in netta diminuzione dagli anni successivi al 2013, anno in cui sono state raccolte 22.859 unità a fronte di 514.308 parti (numero invero superiore rispetto ai 435.000 parti avvenuti nel 2019, come da dati ISTAT rinvenibili nel relativo [sito web](#), ultima consultazione 24/05/2022) dei quali poco più della metà circa avvenuti in punti nascita afferenti a biobanche

⁵⁶ Specificamente, il prezzo del concentrato di staminali da aferesi è fissato in € 668 per campione. Si noti che è inferiore al prezzo delle staminali per uso allogenico anche il concentrato di staminali per uso autologo o dedicato, fissato in € 2.800. In particolare, l'incremento del costo deriva dall'onerosa conservazione del campione di SCO in azoto liquido per anni. Normalmente, infatti, la donazione di midollo osseo avviene in brevi periodi: il malato manifesta la necessità di un trapianto, si trova un donatore e il trapianto avviene nel più breve tempo possibile. Le staminali cordonali vengono invece bancate per anni, in attesa che vi sia un malato compatibile che necessiti di utilizzarle.

⁵⁷ Sull'illegittimità del D.M. che contrasta con la legge di riferimento si veda T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, Sent., 29 luglio 2009, n. 7677, in *leggiditaliaprofessionale.it*.

L'adozione di un modello come quelli sopra illustrati, ad esempio l'*opt-out*, da cui conseguirebbe un sicuro aumento delle donazioni, non potrebbe verosimilmente avvenire con normativa secondaria, considerati gli ingenti costi che ciò comporterebbe. Una legge sul punto richiederebbe altresì un confronto con le Regioni per indagare i risvolti sull'amministrazione locale sanitaria dal punto di vista finanziario.

Food Traceability in Europe, the US and China: Comparative Law and Regulatory Technology

Andrea Stazi, Riccardo Jovine *

ABSTRACT: The issue of traceability in the food sector lies within the framework of a multiplicity of principles ranging from product identification to data recording, information integration, and accessibility. Traceability responds to a recent need for market and consumer protection which has driven and is still driving policies of major world powers in the food industry and beyond such as the European Union, the United States of America and the People's Republic of China. In a comparative and multidisciplinary perspective, food regulation poses scientific, economic, legal and technological challenges. Thus, on the one hand, food regulation builds upon the concepts of coexistence, right to know, and precautionary principle. On the other hand, innovation through emerging technologies such as blockchain foreshadows new organizational and regulatory models for a more effective management of traceability systems within the food supply chain.

KEYWORDS: Food regulation; Traceability; GMOs; RegTech; Blockchain

SUMMARY: 1. World's food supply and traceability – 2. Traceability principles within the food supply chain – 3. European Union: Legal and biotechnological framework in the traceability system – 4. United States: Food law & policy to trace the food supply chain – 5. People's Republic of China: Enhancing food safety through traceability regulation and innovation – 6. Blockchain for the food supply: An innovative and decentralized register for a better FTS

1. World's food supply and traceability

Food represents a physiological necessity for the survival of every human being. This relationship between food and survival has determined the need across the world to adopt effective measures to ensure food safety.¹

* *Andrea Stazi: Associate Professor of Comparative Law and New Technologies Law and Director of the Innovation Law Laboratory at the European University of Rome, Visiting Professor in Biotechnology Law at the National University of Singapore. Mail: andrea.stazi@unier.it. Riccardo Jovine: PhD Candidate in Comparative Law and New Technologies Law and Research Fellow of the Innovation Law Laboratory at the European University of Rome. Mail: riccardo.jovine@unier.it. The paper is a joint effort of the authors. Nevertheless, paragraphs 1, 2 and 6 are attributable to Andrea Stazi, paragraphs 3, 4 and 5 to Riccardo Jovine. The article was subject to a double-blind peer review process.*

¹ Although the present paper does not intend to analyze the issue of food security, it is appropriate to mention one of its definitions in order to distinguish it from food safety. "Food security exists when all people, at all times, have physical and economic access to sufficient, safe and nutritious food that meets their dietary needs and food

This must be intended: as hygienic-sanitary safety, in order to avoid any physical, chemical or biological pathogenic hazard;² and as information security, aimed to provide complete transparency in the communication to the consumer in relation to the characteristics of food as well as to its mode or quantity of consumption.

To give a broad idea of the importance of food safety, as stressed by the World Health Organization (WHO), each year worldwide, unsafe food causes 600 million cases of foodborne diseases and 420,000 deaths.³ The global dimension of the food phenomenon has led, especially during the 20th century, to the birth of new institutions at a national, supranational, and international⁴ level, and to the development of strict regulations on food safety and consumer protection.

Nevertheless, the broad topic of food safety must include efficient management of the food supply chain.⁵ In fact, food supply systems are under increasing pressure from human activity and consumer

preferences for an active and healthy life" (World Food Summit 1996, *Rome Declaration on World Food Security*, available on: <http://www.fao.org/>).

² In this regard, see: P. K. SINGH, R. P. SINGH, P. SINGH, R. L. SINGH, *Food Hazards: Physical, Chemical, and Biological, in Food Safety and Human Health* (Chapter 2), in *Food Safety and Human Health*, Cambridge (U.S.), 2019 (1st edition), 15-65, referring to: a) Physical toxicants as generally harmful extraneous matter that are not commonly part of the food. When these materials reach the body, they lead to a number of injurious health effects. The physical hazards are easy to identify as they immediately can cause injury (e.g. extraneous materials which are usually dangerous due to their hardness, sharpness, size, or shape); b) Chemical toxicants used as food additives (e.g. colorants, sweeteners, flavors, preservatives, antioxidants) and agricultural residues (pesticides, fungicides, herbicides, heavy metals); c) Biological toxicants such as organisms, or substances produced by living beings, that represent a danger to human well-being. They are a noteworthy concern in food processing because they cause most foodborne illness outbreaks. Biological hazards can be introduced to food from the environment or from poor sanitation practices and cross-contamination during transportation, handling, processing, and storage of foods (e.g. pathogenic bacteria, fungi, parasites, viruses, etc.). With regard to how the classification of pathogens based on the analysis results and machine learning methods can provide beneficial support for clinical auxiliary diagnosis and treatment of foodborne diseases, Cf. H. WANG, W. CUI, Y. GUO, Y. DU, Y. ZHOU, *Prediction of Foodborne Diseases Pathogens: A Machine Learning Approach*, in *JMIR Medical Informatics*, 9, 1, 2021, 4-27.

³ The World Health Organization emphasizes in many of its interventions, the need and the commitment to bring to the attention of public and political governments the issue of foodborne diseases, too often neglected despite its importance for the protection of human life, <https://www.who.int/> (accessed on January 01, 2021).

⁴ Some of the most relevant international food safety measures of the 20th century include: the Marrakech Agreement - signed on April 15, 1994 and entered into force on January 1, 1995 - which in addition to establishing the World Trade Organization (WTO), led among others to the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) and to the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement) available on: <https://www.wto.org/>; and the Codex Alimentarius, a collection of internationally recognized standards on food safety drawn up by the Joint Food and Agriculture Organization (FAO) and World Health Organization (WHO) Commission in 1963. These standards are divided into general standards, applicable to all foods, and commodity standards, for specific products. For references, see: <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/>.

⁵ See. H. FOLKERTS, H. KOEHORST, *Challenges in international food supply chains: vertical co-ordination in the European agribusiness and food industries*, in *British Food Journal*, 100, 8, 1998, 385-388, referring to the food supply chain as "a set of interdependent companies that work closely together to manage the flow of goods and services along the value-added chain of agricultural and food products, in order to realize superior customer value at the lowest possible costs."

demands.⁶ As a result this leads to a significant negative global impact on food safety and consumer health.

In this regard, the food traceability system (FTS) assumes particular importance in meeting the complexities of the food system. In fact, as we will see, traceability responds to a recent need for consumer protection, which has driven and still is driving policies of major world powers in the food industry and beyond, such as the European Union, the People's Republic of China and the United States of America. All this should take into account the potential offered by the use of emerging technologies such as blockchain, responding with an innovative approach for consumers and business operators within the food supply chain.

2. Traceability principles within the food supply chain

Among the numerous definitions of traceability, which often turn out to be incomplete or even misleading, we can describe this as *"the ability to access specific information about a food product that has been captured and integrated with the product's recorded identification throughout the supply chain."*⁷ Based on this definition, in this paper we will outline the cardinal principles of traceability as the essential characteristics of a system that reflect the purpose and its effective operation.⁸

The first principle is represented by *product identification*. This should be understood as the identification of the smallest unit of product that can be traced (so-called "traceable resource unit" or "TRU").⁹ The components of a given product depend on TRUs. The more "granular" the product is, and therefore composed of multiple units, the more information will be required to be identified and recorded.

⁶ See.: J. QIAN, L. R. GARCIA, et. al., *Food traceability system from governmental, corporate, and consumer perspectives in the European Union and China: A comparative review*, in *Trends in Food Science & Technology Journal*, 99, 2020, 402-412, stressing how *"climate change, land degradation, pesticide use, the development of antibiotic-resistant microorganisms, and residual animal growth hormone in human food all contribute to food supply challenges."*

⁷ See.: S. ISLAM, J. M. CULLEN, *Food traceability: A generic theoretical framework*, in *Food Control Journal*, 123, 2021, 1-12, that through a comparative analysis of the definitions of food traceability, summarizes the salient features of traceability emphasizing both the product identification (e.g. through unique codes), and the capture of data and their integration within a system suitable to contain them. Among others, at an international level: The FAO/WHO Codex Alimentarius defines traceability or product tracing as *"the ability to follow the movement of a food through specified stage(s) of production, processing and distribution"*, and again *"a tool that may be applied, when and as appropriate, within a food inspection and certification system in order to contribute to the protection of consumers against foodborne hazards and deceptive marketing practices and the facilitation of trade on the basis of accurate product description."* (Codex Procedural Manual and Codex Principles for Food Import and Export Inspection and Certification CAC/GL 20).

⁸ G. ALPA, *General Principles of Law*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 1, 1994, 1-38. The multidisciplinary nature of food traceability, and the attempt to give theoretical definitions from practical experience, have created great confusion within the academic literature; hence the need to better define the founding principles of food traceability.

⁹ See.: H. M. KIM, M. S. FOX, M. GRUNINGER, *An ontology of quality for enterprise modelling*, in *Proceeding's 4th IEEE Workshop on Enabling Technologies: Infrastructure for Collaborative Enterprises (WET ICE '95)*, 1995, 105-116, holding that traceability in a food system hinges on the definition of what is the smallest unit of the product to trace or "traceable resource unit" (TRU).

Some authors distinguish three main types of TRU: batch, trade unit (TU), and logistics unit (LU).¹⁰ Batch represents the total amount of material undergoing one process operation (e.g. all salmon harvested from one farm in a day). Trade unit represents the divided batches in smaller TUs ready to be sold (e.g. processed salmon portions in packaging in a retail shop). And finally, we have logistic units for transportation or storage of the TUs (e.g. many salmon portions transported in boxes on a pallet). If batch identifiers are usually locally generated by food business operators (FBOs), trade and logistic units must be explicitly labeled using globally standardized unique identifiers.

For identification purposes, once the TRU level has been identified, it is necessary to assign a unique identification code. This is the so-called “secondary identification” that constitutes the link between the “primary identification”¹¹ and operational information about a specific product. The most common secondary identification methods are barcodes, radio frequency identification tags (RFID), and near-field communication systems (NFC).¹²

The second principle of traceability is *data recording*. In fact, once we have a way to get the information, it is necessary to have a reliable means where to record it.¹³ The first medium is represented

¹⁰ See.: K. M. KARLSEN, K. M. DONNELLY, P. OLSEN, *Granularity and its importance for traceability in a farmed salmon supply chain*, in *Journal of Food Engineering*, 102, 1, 2011, 1-8. Among others, see.: M. BORIT, P. OLSEN, *Evaluation framework for regulatory requirements related to data recording and traceability designed to prevent illegal, unreported and unregulated fishing*, in *Marine Policy*, 36, 1, 2012, 96-102, stressing how batch level TRUs are normally used for internal traceability within a single company, whereas TUs and LUs, are subject to global standards of identification, and are required for external traceability among companies. Internal and external traceability are two concepts created in literature. Internal traceability refers to the product traceability within a single “link” or food business operator in the supply chain. External traceability occurs among several links or companies. The combined process of internal and external traceability constitutes the whole traceability chain. In this regard, see.: S. ISLAM, J. M. CULLEN, *Food traceability: A generic theoretical framework*, cit., 7; T. MOE, *Perspectives on traceability in food manufacture*, in *Trends in Food Science & Technology*, 9, 5, 1998, 211-214.

¹¹ See: M. LEES, *Food authenticity and traceability*, Cambridge, 2003, 480 ff., and I. SMITH, A. FURNESS, *Improving traceability in food processing and distribution*, Cambridge, 2006, 10 ff., referring to “primary identification” as the analytical measurements of source component/s using techniques, such as DNA-based analysis, and Nuclear Magnetic Resonance (NMR) spectroscopy. This is a technique that allows information to be obtained on the metabolic profile of samples, both in a liquid and a solid state, in order to define the guarantee of traceability, origin, quality and preservability of food products. Another technique is Near-Infrared (NIR) spectroscopy, a method of analysis that exploits some physical properties of matter and in particular its interaction with near infrared radiation. This interaction contains information about the chemical composition of the sample.

¹² See.: P. THANAPAL, J. PRABHU, J. MRIDULA, *A survey on barcode RFID and NFC*, in *IOP Conference Series: Materials Science and Engineering*, 2017, 1-10. The Barcode is an effective technology for labeling products and maintaining a database. Barcode scanners are the ones that have been around for a long time and are going to be replaced during time by mobile scanning devices (e.g. QR Codes). RFID technology, based on a radio-frequency technique, consists in a passive tag which contains a transceiver antenna and a transponder. Compared to barcode technology, RFID has greater perceptibility in supply chain networks, faster product velocity, more resourceful inventory management, reduced labor costs, and reduced human error. And finally, NFC technology works in the electromagnetic field as a short-range wireless RFID communication technology.

¹³ ISO 12877, *Traceability of finfish products – specification on the information to be recorded in farmed finfish distribution chains*, 2011, 1-41, identifies three categories of data to be recorded: 1) data required for TRU (“shall” category); 2) data required to fulfill legal, certification, standardization and commercial requirements (“should” category); 3) other data not included in the first two categories (“may” category).

by simple paper-based records,¹⁴ still widely used, especially by companies involved in primary production. Although this way of record keeping is not expensive in terms of both infrastructure and expertise, it is not a secure way of managing and integrating information that could easily be altered or lost.

Technological development has led many companies to equip themselves with database-driven computer systems or cloud-based systems, which despite higher infrastructural and competency costs, perform more efficiently in storing, managing and analyzing data in both forward and backward directions.¹⁵

The third principle is represented by *information integration*, consisting in the ability to link and share collected data both within a single company¹⁶ (internal traceability) and among different FBOs¹⁷ (external traceability) involved within a specific food supply chain.

In the first case we refer to the product and process data linking within a single FBO, for instance product ID, process timing, temperatures, etc., whereas in the latter to the sharing of data among different enterprises. As we will see, there are different ways and approaches of integrating information thanks to technological innovations such as blockchain technologies.

The last principle involves *data accessibility*. This principle faces three different needs: one is legislative, due to the obligations imposed by the legislator on FBOs; the second is confidential, due to the fact that competitors or partners within the supply chain cannot have access to all the information; and the third is related to the need for transparency in order to ensure consumer protection.¹⁸

All these needs require a valid ecosystem that can provide security and transparency in the best possible way within the food supply chain.

¹⁴ See.: M. T. UDDIN, *Value chains and standards in shrimp export from Bangladesh and Thailand to Japan: A comparative study on safety compliances*, in the *Asia-Pacific Journal of Rural Development*, 19, 1, 2009, 89-108, stating that Thailand's shrimp industry ensures traceability through both "movement document" and "fry movement document" whereas Bangladesh starts to execute it by a "shrimp suppliers' certificate" and a "farmers and region code"; and M. HERNÁNDEZ-JOVER, N. SCHEMBRI, et al., *Evaluation of the implementation of new traceability and food safety requirements in the pig industry in eastern Australia*, in the *Australian Veterinary Journal*, 87, 10, 2009, 387-396, stating that the "PigPass national vendor declaration" (NVD) is a paper-based traceability system for groups of pigs, whereby the person responsible for the pigs declares that veterinary chemical use and treatments are undertaken in accordance with legislation and/or industry standards.

¹⁵ See.: J. McENTIRE, A. W. KENNEDY, *Food Traceability: From Binders to Blockchain*, in *Food Microbiology and Food Safety*, 2019, 1-12, referring to traceability as the ability to follow and understand the movement of information flowing backwards and forwards through the supply chain in order to have historical data about a specific product; and S. ISLAM, J. M. CULLEN, *Food traceability: A generic theoretical framework*, cit., 10.

¹⁶ In this regard, see.: R. Y. CHEN, *An intelligent value stream-based approach to collaboration of food traceability cyber physical system by fog computing*, in *Food Control Journal*, 71, 2017, 124-136; and G. ALFIAN, J. RHEE, H. AHN, et al., *Integration of RFID, wireless sensor networks, and data mining in an e-pedigree food traceability system*, in *Journal of Food Engineering*, 212, 2017, 65-75, stressing the importance of new technologies such as Wireless Sensor Network (WSN) and Internet of Things (IoT) to enable real time data linking and product monitoring for an efficient internal traceability system.

¹⁷ S. ISLAM, J. M. CULLEN, *Food traceability: A generic theoretical framework*, cit., 10, holding that external traceability is enabled when food business operators communicate their recorded internal traceability information to their food supply chain partners, and that this communication can be performed via various means (e.g. transmission of information through product labels or in accompanying documentation when the product is dispatched; via electronic channels including facsimile, mail or electronically integrated systems, etc.).

¹⁸ In this regard, see. S. ISLAM, J. M. CULLEN, *Food traceability: A generic theoretical framework*, cit., 11.

3. European Union: Legal and biotechnological framework in the traceability system

The supranational dimension of the European food production and distribution chain has determined the urgent need for development of food law inside the European Union.

Food products, as goods¹⁹ subject to economic evaluation and commercial transactions, are regulated by the general provisions and principles of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) which represent primary sources of the European legal system. Among the main principles, we can mention the free movement of goods²⁰ (arts. 28-37 TFEU) and the principle on the approximation of laws²¹ (arts. 114-118 TFEU).

Towards the end of the twentieth century, major health scandals related to the food industry, led to a loss of consumer confidence and significant economic losses for the European food market.²² The European legislator, in consideration of the critical importance of the aforementioned issue, has actively addressed the subject by adopting regulations, directives, and decisions intended to be applied in all member States.

¹⁹ European Court of Justice, December 10, 1968, C-7/68, holding that “by goods, within the meaning of article 9 of the EEC treaty, there must be understood products which can be valued in money and which are capable, as such, of forming the subject of commercial transactions.”

²⁰ With reference to the free movement of goods, the “mutual recognition principle” takes on particular importance. Among the first relevant judgements, see.: European Court of Justice, July 11, 1974, C- 8/74, Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville (or Dassonville Case) holding that: “Trading rules which apply equally to national products and imported products do not in principle constitute measures having equivalent effect within the meaning of Articles 30 et seq. of the EEC Treaty.”; and European Court of Justice, February 20, 1979, C-120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (or Cassis de Dijon Case), holding that “There is no valid reason why, provided that they have been lawfully produced and marketed in one of the Member States, alcoholic beverages should not be introduced into any other Member State; the sale of such products may not be subject to a legal prohibition on the marketing of beverages with an alcohol content lower than the limit set by the national rules.” On the concept and forms of mutual recognition, see: L. A. Jiménez, *Effective judicial protection and mutual recognition in the European administrative space, in the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective*, 2021, No. 2.

²¹ According to art. 114 TFEU: “The European Parliament and the Council shall [...] adopt the measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market”^{§1} including in matters of “health, safety, environmental protection and consumer protection.”^{§3}

²² In this regard, among the first most relevant food scandals in Europe is the BSE (Bovine Spongiform Encephalopathy) crisis, commonly known as mad-cow disease, in 1986 in the United Kingdom (UK). This food crisis and the following ones, led to the need to think about new regulatory and technological systems, able to guarantee the safety of the food supply chain, in order to protect consumer confidence and the European food market. See.: A. L. MACREADYA, S. HIEKEB, et. al., *Consumer trust in the food value chain and its impact on consumer confidence: A model for assessing consumer trust and evidence from a 5-country study in Europe*, in *Food Policy Journal*, 92, 2020, 1-15.

Among these,²³ the General Food Law (GFL) Regulation (EC) No. 178/2002 stands out²⁴ in response to the need for consumer protection²⁵ in the European food market. This Regulation provides: the general and specific provisions aimed at guaranteeing the safety of each product until reaching the final consumer; and the creation of the European Food Safety Authority (EFSA)²⁶ to implement and enforce food legislation.

The Regulation has given a systematic approach to food law and a strong emphasis on food traceability. In fact, article 18 of the GFL introduces the issue of food traceability in the Community system. This provision in the first paragraph, indicates FBOs²⁷ as the ones who have the obligation to trace extensively²⁸ all foods and their components such as ingredients, additives, etc.,²⁹ at all stages of production, processing, and distribution.

²³ See.: the Green Paper on “the general principles of food law in the European Union” of April 30, 1997 (COM/97), and the White Paper on Food Safety of January 12, 2000 (COM/99) that also emphasizes the need for effective traceability systems from “farm to table”.

²⁴ Regulation (EC) No. 178/2002 of the European Parliament and of the Council of January 28, 2002, “laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety.” See among others: INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE AGRICULTURAL LAW (IDAIC), *Commentario “La sicurezza alimentare nell’Unione Europea”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003; D. GORNY, *Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002, Kommentar*, Germany, 2010 (2nd edition).

²⁵ In that regard, article 1 of the GFL stresses as the aim and scope of the regulation the “protection of human health and consumers’ interest in relation to food [...] whilst ensuring the effective functioning of the internal market.”

²⁶ As pointed out in the White Paper on Food Safety of January 12, 2000 (COM 1999), the creation of EFSA was considered necessary to regain consumer confidence following the food crises of the 20th century. Regulation 178/2002 (recital 40 and Articles 29 ff.) and Regulation 1304/2003 outline the essential characteristics of EFSA. As a scientific and technical advisory authority of reference for European and national institutions, EFSA’s main features include independence (both from the Commission, unlike the scientific and technical committees, and from any other political, ethical or economic influence) and scientific excellence.

²⁷ Paragraph 3 and Paragraph 6 Article 3, Reg. No. 178/2002 referring respectively to “food business operator” as “the natural or legal persons responsible for ensuring that the requirements of food law are met within the food business under their control” and to “feed business operator” as “the natural or legal persons responsible for ensuring that the requirements of food law are met within the feed business under their control.”

²⁸ This obligation extends to all territories within the European Union. In the extra-territorial sphere exporting third countries are not required to comply with European traceability obligations, for which the European importer must act as guarantor. See, Article 11, Reg. No. 178/2002 stating: “Food and feed imported into the Community for placing on the market within the Community shall comply with the relevant requirements of food law or conditions recognized by the Community to be at least equivalent thereto or, where a specific agreement exists between the Community and the exporting country, with requirements contained therein.”

²⁹ See, Article 2, Reg. No. 178/2002 defining “food” as “any substance or product, whether processed, partially processed or unprocessed, intended to be, or reasonably expected to be ingested by humans.” Moreover “includes drink, chewing gum and any substance, including water, intentionally incorporated into the food during its manufacture, preparation or treatment.” From the definition and from art. 18 of the Regulation, packaging materials and all materials intended to come into contact with the foodstuff are excluded. In fact, they are regulated differently in: Regulation (EC) No. 1935/2004 of the European Parliament and of the Council of October 27, 2004 on materials and articles intended to come into contact with food repealing Directives 80/590/EEC and 89/109/EEC and Commission Regulation (EC) No. 2023/2006 of December 22, 2006 on good manufacturing practice for materials and articles intended to come into contact with food (text with EEA relevance).

The second and third paragraphs identify the main obligations consisting in a “one up-one down” or “one step back one step forward” approach³⁰ whereby FBOs must be able to communicate immediately their direct upstream suppliers and downstream customers, e.g. name and address of the supplier/customer; nature and quantity of the goods inbound and outbound; date of reception/delivery, etc.,³¹ at the request of the competent authorities.

This requirement for “external traceability” is expressed in terms of results. In fact, the provision does not force FBOs to adopt specific means of recordkeeping, thus leaving them free and responsible in choosing their own organizational procedures, as long as they are suitable for the required purpose. Moreover, Regulation No. 178/2002 omits any requirement for “internal traceability”, aimed at recording every step within a company. Nevertheless, the internal processes of every company must follow the Hazard Analysis and Critical Control Points (HACCP)³² regulations, currently contained in the so-called Hygiene package,³³ aimed at guaranteeing quality and safety of all food products placed on the market.

³⁰ See.: T. BHATT, G. BUCKLEY, J. C. McENTIRE, *Proceedings of the August 2011 traceability research summit*, in *Journal of Food Science*, 78, 2, 2013, B9-B14, describing this approach as flexible, easy to implement, and requiring less data standardization. The first approach incrementally improves upon the current “one up/one down” system by requiring electronic records and tracking internal as well as external critical tracking events. The benefits of this approach are its similarity to existing regulatory requirements and low cost of implementation; resulting in a higher probability of adoption. The major disadvantage to this process is the longer response time required during a trace (back or forward).

³¹ In this regard, see.: D. DONGO, *Sicurezza Alimentare e Rintracciabilità*, Trento, 2005, 78, stressing as in article 18, paragraph 3, the FBO is required to identify its direct customer, excluding the final consumer. Moreover, the rule does not oblige the FBOs to know the next phases of transformation/marketing of their products up to the final sale/administration.

³² Introduced by Council Directive 93/43/EEC of June 14, 1993, on the hygiene of foodstuffs, repealed by Regulation (EC) No. 852/2004 of the European Parliament and of the Council of April 29, 2004, on the hygiene of foodstuffs, the HACCP system is based on some fundamental principles that can be summarized as follows: conduct hazard analysis; determine critical control points; establish critical limits; establish monitoring procedures; establish corrective actions; establish verification procedures; establish record-keeping procedures.

³³ Including, Regulation (EC) No. 852/2004 of the European Parliament and of the Council of April 29, 2004, on the hygiene of foodstuffs; Regulation (EC) No. 853/2004 of the European Parliament and of the Council of April 29, 2004, laying down specific hygiene rules for food of animal origin; Regulation (EC) No. 854/2004 of the European Parliament and of the Council of April 29, 2004, laying down specific rules for the organization of official controls on products of animal origin intended for human consumption and Regulation (EC) No. 882/2004 of the European Parliament and of the Council of April 29, 2004, on official controls performed to ensure the verification of compliance with feed and food law, animal health and animal welfare rules, both repealed and replaced by Regulation (EU) No. 2017/625 of the European Parliament and of the Council of March 15, 2017, on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law, rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products.

The fourth paragraph of art. 18, without imposing further obligations, refers to the application of all those rules relating to the hygienic and sanitary protection of foodstuffs, consumer information,³⁴ customs and tax regulations,³⁵ aimed at facilitating traceability systems within the food supply chain. Finally, the fifth paragraph of the article in question outlines the discipline to be followed in the event of the introduction of further rules on food traceability.³⁶ Despite the fact that the article is open to national regulations, it is strictly forbidden for national regulators to impose further obligations in addition to those established by art. 18 of the Regulation No. 178/2002, which would therefore be in contrast with the Regulation itself and with the principle of free movement of goods expressed by article 28 TFEU.

A subject of significant importance, for which specific provisions on traceability are foreseen, is that of genetically modified organisms (GMOs).³⁷ The current European regulatory framework on GMOs consists of: Directive 2001/18 EC³⁸ concerning the deliberate release into the environment of genetically modified organisms; Regulation 1829/2003³⁹ on genetically modified food and feed; Regulation (EC) 1830/2003⁴⁰ concerning the traceability and labeling of genetically modified organisms and the

³⁴ In this regard, it is important to specify that traceability concerns food safety and is therefore different from labeling. In fact, a product is safe not in relation to what is indicated on the label, but in relation to how the operators who participated in its creation are able to promptly provide the competent control Authorities with the documents certifying its origin and destination. Labeling, regulated by Regulation (EU) No. 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of October 25, 2011 on the provision of food information to consumers, has therefore only an informative and commercially strategic value. See: M. HAGENMEYER, *Food Information Regulation: Commentary on Regulation (EU) No. 1169/2011 on the provision of food information to consumers*, Berlin, 2012; and A. FRANSVEA, G. CELANO, et al., *Food Labelling: A Brief Analysis of European Regulation 1169/2011*, in *Italian Journal of Food Safety*, 3, 2014, 151 ff.

³⁵ On customs rules and tariffs, see.: Regulation (EU) No. 952/2013 of the European Parliament and of the Council of October 9, 2013, laying down the Union Customs Code.

³⁶ Regulation No. 178/2002 (article 58, §2) referring to the Council Decision of June 28, 1999, No. 468, laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission (in particular to the articles 7 and 8 thereof), repealed by Regulation (EU) No. 182/2011 of the European Parliament and of the Council of February 16, 2011, laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers.

³⁷ Article 2, Directive 2001/18/EC, defines a genetically modified organism as "an organism, with the exception of human beings, in which the genetic material has been altered in a way that does not occur naturally by mating and/or natural recombination."

³⁸ Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council of March 12, 2001 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms, repealing Council Directive 90/220/EEC and amended by various measures including Directive (EU) 2015/412 of the European Parliament and of the Council of March 11, 2015 regarding the possibility for the Member States to restrict or prohibit the cultivation of genetically modified organisms (GMOs) in their territory, and Commission Directive (EU) 2018/350 of March 8, 2018, regarding the environmental risk assessment of genetically modified organisms.

³⁹ Regulation (EC) No. 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of September 22, 2003 on genetically modified food and feed, repealing regulations EC 1139/98, 49/2000, 50/2000, and amending regulation EC 258/1997.

⁴⁰ Regulation (EC) No. 1830/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 concerning the traceability and labeling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms, and amending Directive 2001/18/EC

traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms; and Directive 2009/41/EC⁴¹ on the contained use of genetically modified microorganisms.

Regulation (EC) 1830/2003 on traceability and labeling of GMOs aims to create, based on a “concept of coexistence”,⁴² two distinct supply chains between GMOs and conventional food. This is due both to guarantee the “right to know”⁴³ of European consumers who have become increasingly skeptical of GM foods, and the respect of the precautionary principle⁴⁴ considering the wide debate on the risks associated with the cultivation and consumption of genetically modified products.⁴⁵

⁴¹ Directive 2009/41/EC of the European Parliament and of the Council of May 6, 2009 on the contained use of genetically modified microorganisms, replacing the Council Directive 90/219/EEC of April 23, 1990 on the contained use of genetically modified microorganisms.

⁴² See.: Y. DEVOS ET AL., *Coexistence of genetically modified (GM) and no-GM crops in the European Union. A review*, in *Agronomy for Sustainable Development Journal*, 29, 1, 2009, 11 ff.; Y. BERTHEAU, *Genetically Modified and non-Genetically Modified Food Supply Chains: Co-Existence and Traceability*, New York, 2012, 1-12; N. KALAITZANDONAKES, P. W. B. PHILLIPS, et al., *The Coexistence of Genetically Modified, Organic and Conventional Foods*, New York, 2016, 71 ff.

⁴³ Principle introduced by the Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community 97/C, No. 340/02, now contained in the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union of December 13, 2007, Article 169, §1 stating that: “In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Union shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organize themselves in order to safeguard their interests.” Still the paragraph 11 of the preamble of Regulation (EC) No. 1830/2003 states: “It is necessary to ensure that consumers are fully and reliably informed about GMOs and the products, foods and feed produced therefrom, so as to allow them to make an informed choice of product.” Regulation (EU) No. 1169/2011 also represents a recent and practical regulation about consumer information. See.: F. H. DEGNAN, *The Food Label and the Right-to-Know*, in *Food and Drug Law Journal*, 52, 1, 1997, 49-60; L. DU, *GMO labelling and the consumer’s right to know: A comparative review of the legal bases for the consumer’s right to genetically modified food labelling*, in *McGill Journal of Law and Health*, 8, 1, 2014, 18-21; D. M. STRAUSS, *Genetically Modified Organisms in Food: Ethical Tensions and the Labeling Initiative*, in H.M. JAMES JR. (ed.), *Ethical Tensions from New Technology: The Case of Agricultural Biotechnology*, United States of America, 2018, 83 ff.

⁴⁴ The precautionary principle enables decision-makers to adopt precautionary measures when scientific evidence about an environmental or human health hazard is uncertain and the stakes are high. Cf.: D. BOURGUIGNON, *The precautionary principle: Definitions, applications and governance*, 2016, available on: <https://www.euro-parl.europa.eu/>. See.: S. PROUTHEAU, R. L. HEATH, *Handbook of Risk and Crisis Communication - Precautionary Principle and Biotechnology: Regulators Are from Mars and Activists Are from Venus*, New York, 2009 (1st edition); L. BERGKAMP, J. C. HANEKAMP, *European Food Law and the Precautionary Principle: Paradoxical Effects of the EU’s Precautionary Food Policies*, in *Regulating and Managing Food Safety in the EU*, 6, 2018, 217-244; A. ANYSHCHENKO, *The Precautionary Principle Through the Viewscreen of Cost-benefit Analysis*, in *Social Science Research Network (SSRN)*, 2019, 1-13.

⁴⁵ According to the World Health Organization (WHO), “different GMOs include different genes inserted in different ways. This means that individual GM foods and their safety should be assessed on a case-by-case basis and that it is impossible to make general statements on the safety of all GM foods. GM foods currently available on the international market have passed safety assessments and are not likely to present risks for human health. In addition, no effects on human health have been shown as a result of the consumption of such foods by the general population in the countries where they have been approved. Continuous application of safety assessments based on the Codex Alimentarius principles and, where appropriate, adequate post market monitoring, should constitute the basis for ensuring the safety of GM foods”, available on: <https://www.who.int/>. On possible risks related to the environment, and human and animal health, see.: S. SHRESTHA, *Genetically Modified Organisms and Human Genetic Engineering: How Should National Policy-Makers Respond to Perceived Risks Beyond National Borders?*, in *TLI Think!*, 2017, 2 ff.; V. V. MONARKH, *GMO and health risks selected issues*, in *The Agriculture and Forestry*

In this context in which we find labeling as a fundamental instrument to ensure the biotechnological information in compliance with the consumer “right to know”, traceability assumes a central importance.⁴⁶ In fact, a product has to be considered safe not in relation to what is indicated on the label, but in relation to how the FBOs who participated in its creation and distribution are able to promptly provide the competent control authorities⁴⁷ with the documents certifying its origin and destination.⁴⁸ In particular, FBOs have the responsibility and obligation to transmit to the buyers all the information regarding the nature, presence or derivation of GMOs. In addition to specify the type of GMOs used,⁴⁹ the FBOs must also specify the unique identification code,⁵⁰ which must also be included in the documents required for each product during the transfer within the specific supply chain. Moreover, FBOs must keep track of GM product information for a total period of 5 years from the transfer to another individual or entity involved in the food chain.

The European conservative approach, based on the precautionary principle and sensitive to health and environmental risks, is aimed at protecting European food companies and consumers at the same time. As a result, the European model⁵¹ is inspired by a policy of protectionism and information regarding the largest importers of GMOs such as the United States of America.

In this regulatory framework, as we will see, traceability combined with technological innovation, may undertake a central importance in compliance with the European purposes related to the food supply chain.

Journal, 2019, 245-254; A. HILBECK, H. MEYER, B. WYNNE, ET AL., *GMO regulations and their interpretation: how EFSA’s guidance on risk assessments of GMOs is bound to fail*, in *Environmental Sciences Europe*, 2020, 1-15.

⁴⁶ Regulation (EC) 1830/2003, Article 3, §3, defines traceability as “the ability to trace GMOs and products produced from GMOs at all stages of their placing on the market through the production and distribution chains.”

⁴⁷ Regulation (EC) 1830/2003, Article 9, highlights that Member States have the onus to ensure that inspections and other control measures (e.g. sample checks and testing), as appropriate, are carried out in compliance with this Regulation.

⁴⁸ Regulation (EC) 1830/2003, recital 3, states that “traceability requirements for GMOs should facilitate both the withdrawal of products where unforeseen adverse effects on human health, animal health or the environment, including ecosystems, are established, and the targeting of monitoring to examine potential effects on, in particular, the environment. Traceability should also facilitate the implementation of risk management measures in accordance with the precautionary principle.”

⁴⁹ In particular, Regulation (EC) 1829/2003 provides a threshold of 0.9% for authorized GMOs and 0.5% for the unauthorized ones. Products which contain traces within these limits, due to accidental or technically unavoidable causes, are exempted from traceability rules.

⁵⁰ Regulation (EC) 1830/2003, Article 3, §4, defines unique identifier as “a simple numeric or alphanumeric code which serves to identify a GMO on the basis of the authorized transformation event from which it was developed and providing the means to retrieve specific information pertinent to that GMO.”

⁵¹ See.: A. STAZI, *Genetically modified organisms and sustainable development: regulatory approaches, access to resources and traceability*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 136, stressing how “from a comparative perspective, two macro-models can be distinguished one based on the precautionary principle with respect to the use and consumption of GMOs, adopted in Europe, China, Japan and Africa, and another in which a general policy prevails, as primarily in the United States.”

4. United States: Food law & policy to trace the food supply chain

US food law finds its regulatory sources in a “complete set of local, State, and federal laws and regulations that implement food policies.”⁵² Therefore, this multidisciplinary⁵³ matter is closely linked to institutional choices at local, state and federal levels and to the activities of specific government agencies such as the Food and Drug Administration (FDA)⁵⁴, the Food Safety and Inspection Service (FSIS),⁵⁵ the Environmental Protection Agency (EPA),⁵⁶ and the National Marine Fisheries Service (NMFS).⁵⁷

⁵² See.: P. B. HUTT, *Food Law & Policy: An Essay*, in *Journal of Food Law and Policy*, 1, 2005, 11, referring to food law as that set of “rules to govern common behavior and shared experiences regarding the available food supply”; and B. J. LINNEKIN, E. M. BROAD LEIB, *Food Law & Policy: The Fertile Field’s Origins and First Decade*, in *Wisconsin Law Review*, 2014, 584.

⁵³ See.: M. T. ROBERTS, *Food Law in the United States*, Cambridge, 2016, 10, stressing that “The vastness of food law subject matter raises a legitimate question as to whether food law is not a discipline in and of itself, but merely a subsection of other forms of law – administrative, environmental, consumer protection, international, tort, zoning, animal welfare, constitutional, and intellectual property. However, the case to consider food law as a discipline in and of itself is strong. Its value lies in focusing attention on how law governs food from the field to the table.”

⁵⁴ The *Food and Drug Administration* (FDA) is part of the *Department of Health and Human Services* (DHHS) and governed by the *Federal Food Drug and Cosmetic Act* of 1938. The FDA is responsible for protecting the public health by guaranteeing the safety, efficacy, and security of human and veterinary drugs, biological products, and medical devices, and by assuring the safety of the Nation food supply, cosmetics, and products that emit radiation. It has jurisdiction over domestic and imported foods that are marketed in interstate commerce, except for meat and poultry products. Official website available on: <https://www.fda.gov/>.

⁵⁵ The *Food Safety and Inspection Service* (FSIS) is part of the *U.S. Department of Agriculture* (USDA) and governed by four legislations namely *Federal Meat Inspection Act* (FMIA), *Poultry Products Inspection Act* (PPIA), *Egg Products Inspection Act* (EPIA), and *Humane Methods of Slaughter Act* (HMSA). The FSIS is responsible for monitoring meat, poultry, and eggs from pesticides, animal drugs, and environmental contaminants. Official website available on: <https://www.fsis.usda.gov/>.

⁵⁶ The *Environmental Protection Agency* (EPA) licenses all pesticide products distributed in the U.S. and establishes tolerances for pesticide residues in or on food commodities and animal feed, whose enforcement is up to other agencies such as FDA or FSIS. EPA is also responsible for protecting against other environmental chemical and microbial contaminants in air and water that might threaten the safety of the food supply. Official website available on: <https://www.epa.gov/>.

⁵⁷ The *National Marine Fisheries Service* (NMFS) is part of the U.S. *Department of Commerce* and is in charge of inspection of seafood processing plants, fishing vessels, and seafood products. Official website available on: <https://www.fisheries.noaa.gov/>.

The lack of systematicity of US law, strongly influenced by the “sociological jurisprudence”⁵⁸ and “legal realism”,⁵⁹ results in a practical difficulty to provide a systematic projection of sources of law typical of civil law jurisdictions.⁶⁰

Nevertheless, leaving aside local and State regulatory measures,⁶¹ the main regulatory interventions at the federal level of U.S. food law are represented by the Federal Food, Drug and Cosmetic Act (FFDCA) of 1938⁶² and the Food Safety Modernization Act (FSMA) of 2011⁶³ which largely replaced and integrated the Bioterrorism Act of 2002.⁶⁴

With regard to traceability, the Bioterrorism Act of 2002 introduces registration with the FDA of both U.S. and foreign food manufacturing facilities that supply the U.S. market. Furthermore, it lays the groundwork for the development of a tracking system capable of documenting food distribution in

⁵⁸ Sociological jurisprudence is based on the belief that decisions made to resolve a particular legal issue, should take into account the social interests at stake at that particular time. See.: R. POUND, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in *Harvard Law Review*, 24, 8, 1911, 591-619; E. EHRLICH, *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, in *Harvard Law Review*, 29, 6, 1916, pp. 582-600, stressing how based on the vision of the French philosopher Montesquieu, the legal processes are strictly connected and influenced by the history and the social condition of society; G. E. WHITE, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, in *Virginia Law Review*, 58, 6, 1972, 999-1028; J. H. MERRYMAN, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*, in *The American Journal of Comparative Law*, 25, 3, 1977, 457-491.

⁵⁹ School of thought according to which the legal fictions, values, and principles accepted by jurists as articles of faith but without any foundation, are to be unmasked and dissolved. This is because of the impossibility of achieving, and then the futility of seeking legal certainty. See.: K. N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, in *Columbia Law Review*, 30, 4, 1930, 431-465; L. L. FULLER, *American Legal Realism*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 82, 5, 1934, 429-462; L. L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, 1970, 1-49; G. E. White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, cit., 999-1028.

⁶⁰ As known, the common law system is based on the principle of *stare decisis*, according to which decisions and jurisprudential interpretations have binding legal value. Therefore, a hierarchical reconstruction of the sources of law is to be considered quite inappropriate. In this regard, see.: M. A. GLENDON, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America by John Henry Merryman*, in *The American Journal of Comparative Law*, 19, 1, 1971, 156-159; P. H. DUNN, *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, in *The Yale Law Journal*, 113, 2, 2003, 493-531.

⁶¹ Among the local regulatory measures we find, for instance, those related to waste disposal (e.g. *San Francisco Department of the Environment: "Mandatory Recycling and Composting Ordinance"*, available on: <https://sfenvironment.org/>) or support for urban agriculture activities (e.g. *Boston Municipality Code, chapter 17-10 "Permitting and Regulation of Mobile food trucks"* available on: <https://www.cityofboston.gov/>). Regulatory measures under State law include for instance, State Retail and Food Service Codes and Regulations, available on: <https://www.fda.gov/food/fda-food-code/state-retail-and-food-service-codes-and-regulations-state>.

⁶² Enacted by the 75th United States Congress and signed into law by President Franklin D. Roosevelt on June 25, 1938, the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1934, establish standards for food, drugs, medical devices, and cosmetics manufactured and sold in the U.S., and provide for federal oversight and enforcement of the above standards. Available on: <https://www.govinfo.gov/>.

⁶³ Enacted by the 111th United States Congress and signed into law by President Barack Obama on January 4, 2011, the Food Safety Modernization Act, 2011, represents one of the major reforms in the food sector, recognizing broad powers to the Food and Drug Administration.

⁶⁴ Enacted by the 107th United States Congress and signed into law by President George W. Bush on June 12, 2002.

order to identify the immediate previous sources and the immediate subsequent recipients of food, similarly to the European “one step back one step forward” approach.⁶⁵

Nevertheless, the mismanagement of the subsequent food outbreaks⁶⁶ demonstrated the weakness of the then-present regulations, whereby most facilities kept their records in paper files difficult to access and to correlate with those of other facilities in the short time.

The Food Safety Modernization Act (FSMA) of 2011, in addition to supplementing and expanding the FDA’s powers with regard to inspection activities,⁶⁷ preventive controls,⁶⁸ product recalls,⁶⁹ importation,⁷⁰ and collaboration,⁷¹ lays the groundwork for a process aimed at fostering the implementation of FTSs.

⁶⁵ In this regard, see.: M. ESPÍÑEIRA, F. J. SANTA CLARA, *Advances in Food Traceability Techniques and Technologies: Improving Quality Throughout the Food Chain*, United States of America, 2016, 242 ff.; J. MCENTIRE, A. W. KENNEDY, *Food Traceability: From Binders to Blockchain*, cit., 82 ff.; F. PERNAZZA, P. P. PICARELLI, *La tracciabilità dei prodotti agroalimentari: finalità, tecniche e modelli regolatori*, in *Cibo e diritto una prospettiva comparata*, 2, 2020, 513 ff.; S. ISLAM, J. M. CULLEN, *Food traceability: A generic theoretical framework*, cit., 10.

⁶⁶ According to the Federal Agency Centers for Disease Control and Prevention (CDC), each year 48 million people get sick, 128,000 are hospitalized, and 3,000 die from foodborne diseases in the United States. Among the worst food outbreaks in the United States, we recall: The Peanut Corporation of America (PCA) Salmonella enterica serovar typhimurium outbreak of 2009; the Salmonella enterica serovar Saintpaul in raw “tomato” outbreak of 2008; and the Escherichia coli O157:H7 outbreak in spinach in 2006. Data available on: <https://www.cdc.gov/>.

⁶⁷ Section 101 FSMA. *Inspections of Records*, stating that: “If the Secretary believes that there is a reasonable probability that the use of or exposure to an article of food, and any other article of food that the Secretary reasonably believes is likely to be affected in a similar manner, will cause serious adverse health consequences or death to humans or animals, each person (excluding farms and restaurants) who manufactures, processes, packs, distributes, receives, holds, or imports such article shall, at the request of an officer or employee duly designated by the Secretary, permit such officer or employee, upon presentation of appropriate credentials and a written notice to such person, at reasonable times and within reasonable limits and in a reasonable manner, to have access to and copy all records relating to such article and to any other article of food that the Secretary reasonably believes is likely to be affected in a similar manner [...]”

⁶⁸ Section 103 (a) FSMA. Hazard analysis and risk-based preventive controls, stating that: “The owner, operator, or agent in charge of a facility shall, in accordance with this section, evaluate the hazards that could affect food manufactured, processed, packed, or held by such facility, identify and implement preventive controls to significantly minimize or prevent the occurrence of such hazards and provide assurances that such food is not adulterated under section 402 or misbranded under section 403(w), monitor the performance of those controls, and maintain records of this monitoring as a matter of routine practice.” The Preventive Controls Rule in this case seems to be inspired by the European precautionary principle in order to act preventively on food safety issues rather than acting when problems have already occurred.

⁶⁹ Section 206 (a) FSMA. *Mandatory Recall Authority*. For the first time, compulsory recall authority for all food is given to the FDA in case there is a reasonable probability that an article of food is adulterated (Section 402.) or misbranded (Section 403.) or the use of or exposure to such article could cause serious adverse health consequences or death to humans or animals,

⁷⁰ FSMA - Title III--*Improving the safety of imported food* (Sec. 301., ff.), which states for instance that importers must verify foreign supplier’s preventive controls to be in compliance with the U.S. food safety provisions. Moreover, FDA may engage the services of qualified third-party auditors to certify that foreign food facilities are in compliance with U.S. food safety standards.

⁷¹ Section 109 FSMA. *Food and Agriculture Coordinating Councils*. The FSMA recognizes the importance of strengthening existing collaboration among all food safety U.S. federal, state, local, territorial, tribal, and foreign agencies, in order to reinforce the U.S. food system.

In particular, Section 204 FSMA titled “Enhancing tracking and tracing of food and recordkeeping”, states that FDA, in collaboration with USDA, should develop pilot projects aimed at identifying innovative technological solutions able to efficiently track products within the food industry.⁷² FDA was also required to designate high risk foods and to publish a notice of proposed rulemaking for the additional recordkeeping requirements which are considered necessary in the protection of public health.

As a consequence, on September 23, 2020, the FDA published the “Requirements for Additional Traceability Records for Certain Foods”⁷³ on its “Food Traceability List” (FTL)⁷⁴ recently updated on January 12, 2021.⁷⁵ Notwithstanding the onus of recordkeeping on previous and subsequent recipients (Section 204 (F) FSMA), FSMA leaves, based on a liberal approach, ample room in relation to the modalities set up by food business operators aimed at guaranteeing food traceability.

A similar approach can also be found in the regulation concerning GM foods. In fact, unlike the European model, the US has adopted a model of substantial equivalence whereby GM products are fundamentally assimilated to conventional food products.⁷⁶ Therefore, the risks associated with GM food

⁷² Section 204 (c) FSMA. *Product Tracing System*, stating that: “Prior to the establishment of such product tracing system, the Secretary shall examine the results of applicable pilot projects and shall ensure that the activities of such system are adequately supported by the results of such pilot projects.” In this regard, see.: “Pilot Projects for Improving Product Tracing along the Food Supply System – Final Report” 2012, available on: <https://www.fda.gov/media/124149/download>; “Report to Congress On Enhancing Tracking and Tracing of Food and Recordkeeping Submitted Pursuant to Section 204 of the FDA Food Safety Modernization Act, Public Law 111-353” 2016. Official document available on: <https://www.fda.gov/media/102784/download>; and “The Blueprint for the New Era of Smarter Food Safety” of July 13, 2020 outlining the FDA’s vision to increase traceability promoting tech-enabled end-to-end traceability for all foods, improve predictive analytics, respond more rapidly to outbreaks, address new business models, reduce contamination of food, and foster the development of stronger food safety cultures. Available on: <https://www.fda.gov/media/139868/download>.

⁷³ At the core of this proposal is a requirement for those who manufacture, process, pack or hold foods on the Food Traceability List (FTL) to establish and maintain records containing Key Data Elements (KDEs) associated with different Critical Tracking Events (CTEs). Official document available on: <https://www.fda.gov/media/142303/download>.

⁷⁴ The “Food Traceability List” (FTL) identifies the foods for which the additional traceability records described in the proposed rule would be required. As noted in the proposed rule, the additional recordkeeping requirements would apply not only to foods specifically listed on the FTL, but also to foods that contain foods on the list as ingredients. To determine which foods should be included on the FTL, the FDA developed a risk-ranking model for food tracing (“the Model”) based on the factors that Congress identified in Section 204 of FSMA. The Report “Methodological Approach to Developing a Risk-Ranking Model for Food Tracing FSMA Section 204 (21 U.S. Code § 2223)” identifies seven criteria which are: Frequency of outbreaks and occurrences of illnesses; Severity of illnesses; Likelihood of contamination; The potential for pathogen growth, with consideration of shelf life; Manufacturing process contamination probability and industry-wide intervention; Consumption rate and amount consumed; Cost of illness. Official documents available on: <https://www.fda.gov/food/food-safety-modernization-act-fsma/food-traceability-list> and <https://www.fda.gov/media/142247/download>.

⁷⁵ Memorandum available on: <https://www.fda.gov/media/145050/download>.

⁷⁶ See.: H. MILLER, *Substantial Equivalence: Its Uses and Abuses*, in *Nature Biotechnology*, 17, 1999, 1042 ff., argues that genetic modification (GM) is simply an extension of a “natural” process.; D. M. STRAUSS, *The international regulation of genetically modified organisms: importing caution into the US food supply*, in *Food and Drug Law Journal*, 61, 2, 2006, 182 ff., who highlights that as “substantially equivalent” the GM foods are regarded as safe as their conventional counterpart; and A. STAZI, *Genetically modified organisms and sustainable development: regulatory approaches, access to resources and traceability*, cit., 137, stressing how the US has gone from a highly politicized regulatory system in the framework of public distrust in government and skepticism about

products have to be considered identical to those arising from products obtained by traditional development techniques.⁷⁷

This equivalence is also reflected in the regulatory framework entrusted by the “Coordinated Framework for the Regulation of Biotechnology” of 1986 to the main agencies of the US food sector.⁷⁸

As a result, all regulations, such as the ones on labeling⁷⁹ and traceability, basically follow those for conventional foods, posing significant information problems to the prejudice of consumers.⁸⁰

In response to the issues arising from this equivalence approach, the National Bioengineered Food Disclosure Standard⁸¹ of 21 December 2018, seemed to represent a shift towards a more pro-consumer information approach. The rule, with mandatory compliance dated on January 1, 2022, established the new national bioengineered (BE) food disclosure standard (NBFDS or Standard) requiring food manufacturers, importers, and other entities that label foods for retail sale to disclose information about BE food and BE food ingredients.

new science technologies, to a more sectoral and product-oriented regulatory system in support of technological and scientific innovation.

⁷⁷ Among others, see.: WHO, Food safety: 20 questions on genetically modified foods, available on: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/food-genetically-modified> (2021); INSTITUTE OF MEDICINE AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES, *Safety of Genetically Engineered Foods: Approaches to Assessing Unintended Health Effects*, Washington D.C., 2004; A. NICOLIA, et al., *An overview of the last 10 years of genetically engineered crop safety research*, in *Critical Reviews in Biotechnology*, 2013, 1 - 12.

⁷⁸ The FDA makes sure that foods that are GMOs or have GMO ingredients meet the same strict safety standards as all other foods. Moreover, under the “Plant Biotechnology Consultation Program” GM food developers need to inform the FDA about the potential GM food that they plan to launch in the market. The developers, then, need to submit relevant information and food safety information data to the FDA. FDA, then, evaluates the assessment data provided and if satisfied, FDA allows the developers to go ahead with the product. The EPA regulates the safety of the substances that protect GMO plants, referred to as “Plant-Incorporated Protectants” (PIPs), that are in some GMO plants to make them resistant to insects and disease. Finally, the USDA ensures that GMOs are safe for human, plant, and animal health. More information available on: <https://www.fda.gov/food/agricultural-biotechnology/how-gmos-are-regulated-food-and-plant-safety-united-states>.

⁷⁹ In this regard, labeling assumes a great importance. In fact, the biggest difference between the US and EU system lies in the obligation to provide information on the GM nature of food products. An example of the U.S. position may be given by *The National Bioengineered Food Disclosure Law*, passed by Congress in July of 2016 banning individual States from adopting or implementing their own GMO labeling legislation and leaving food operators free to choose their own labeling method. In this regard, see.: A. STAZI, *Genetically modified organisms and sustainable development: regulatory approaches, access to resources and traceability*, cit., 138.

⁸⁰ See.: T. O. MCGARITY, *Seeds of Distrust: Federal Regulation of Genetically Modified Foods*, in *University of Michigan Journal of Law Ref.*, 35, 3, 2002, 403 ff., suggesting a more precautionary approach toward regulating GM foods that should command a higher level of public trust than the substantial equivalence approach.

⁸¹ Available on: <https://www.federalregister.gov/documents/2018/12/21/2018-27283/national-bioengineered-food-disclosure-standard> (2021).

5. People's Republic of China: Enhancing food safety through traceability regulation and innovation

In the framework outlined so far, based on consumer-oriented policies in the European system and on more liberal policies in the U.S. system, our analysis focuses now on the People's Republic of China's system.

Notwithstanding its massive role in technological innovation and economic development,⁸² in the food sector China is often seen by the international community as a threat to the public health of all consumers across the world.

The food scandals⁸³ which involved the People's Republic of China in recent times and which negatively affected the whole world, determined the need for the Chinese government to intervene massively in the sector of food law through an innovative regulatory and technological approach. This is what President Xi Jinping advocated several times.⁸⁴

Despite the fact that the territorial complexity and the fragmentary nature of the Chinese regulatory framework⁸⁵ represent obstacles in the creation of an effective food policy, China has started a process of definition and development of food regulations⁸⁶ aimed at giving shape to a strong food system, as much as possible sufficient to national and international needs.

⁸² In this regard, see.: X. ZHOU, Z. CAIB, K. H. TAN, et al., *Technological innovation and structural change for economic development in China as an emerging market*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 167, C, 2021, analyzing the existing relationship between technological progress and economic growth towards the birth of new sustainable policies and strategies that could promote structural change in China.

⁸³ Contamination of food by heavy metals, food poisoning by additives and preservatives, and fake foods are just some problems of a more complex scenario that causes thousands of food poisonings every year in China and worldwide. One significant scandal was the melamine powdered milk scandal in 2008. About this event, see: X. PEI, A. TANDON, A. ALLDRICK, et al., *The China Melamine Milk Scandal and its Implications for Food Safety Regulation*, in *Food Policy Journal*, 36, 3, 2011, 412-420; and R. YANG, K. HORSTMAN, B. PENDERS, *Constructing the accountability of food safety as a public problem in China: a document analysis of Chinese scholarship, 2008–2018*, in *Journal of Chinese Governance*, 2020, 1-18, analyzing how Chinese scholarly debates co-construct public accountability for food safety as a public issue.

⁸⁴ For example in a speech on July 23, 2020, President Xi Jinping said in this regard that: "Food safety is an important foundation of national security. We need to innovate in food production, optimize production technology, implement all supportive policies, protect farmers' enthusiasm for their work, and improve the income from food production." (available on: <http://www.xinhuanet.com/>).

⁸⁵ The fragmentary and complex nature of Chinese food law can be seen in the multiplicity of authorities capable of regulating matters relating to food law, sometimes even overlapping: see e.g. the multiple competences of the Ministry of Agriculture (MOA), the Ministry of Commerce (MOC), the Chinese Food and Drug Administration (CFDA), the General Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine (AQSIQ), and other local authorities. See.: A. STAZI, *Genetically modified organisms and sustainable development: regulatory approaches, access to resources and traceability*, cit., 142; J. K. YASUDA, *Why food safety fails in China: The politics of scale*, in *China Quarterly*, 223, 2015, 745-769; Q. JIANG, Y. ZHU, *Challenges for enforcing food safety law and regulations in China: Case studies of government agencies in the Shanghai region*, in *Asian-Pacific Law and Policy Journal*, 18, 2016, 36-62; J. K. YASUDA, *On feeding the masses: An anatomy of regulatory failure in China*, New York, 2017.

⁸⁶ Provision adopted at the 7th session of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress on February 28, 2009, and introduced effective from June 1, 2009, containing 104 articles, repealing the Food Hygiene Law of 1995, and representing the first food safety law in the PRC history. The FSL of 2009 covered the following issues: Surveillance and Assessment of Food Safety Risks; Food Safety Standards; Food Production and Trade; Inspection and Testing of Food; Food Import and Export; Response to Food Safety Incidents; Supervision

After the melamine crisis, the new Food Safety Law (FSL, 食品安全法) 2009 was a first step toward creating a more structured food policy. Nonetheless, it presented limitations in ensuring industry compliance and law enforcement in the vast territory of China.

The need for improvement aimed at ensuring effectiveness of Chinese food policy, has therefore led to a series of revisions and amendments over the years.

The Food Safety Law (FSL) of 2015⁸⁷ represents the first and most important revision. It is the result of a process of “crossing the river by feeling the stones”⁸⁸, designed to tighten the rules against offenders by imposing numerous penalties⁸⁹ on food producers and officials who fail to respond appropriately to concerns of food safety aimed at protecting the Chinese market.

and Administration; and Legal Liabilities, available on: http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-10/31/content_5447142.htm.

⁸⁷ Provision introduced effective from October 1, 2015, following the 14th session of the Standing Committee of the XII National People’s Congress of the People’s Republic of China; amended for the first time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the NPC to Amend Five Laws Including the Product Quality Law of the People’s Republic of China adopted at the 7th session of the Standing Committee of the thirteenth NPC on December 29, 2018; and amended for the second time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the NPC to Amend Eight Laws including the Road Traffic Safety Law of the People’s Republic of China (including the Fire Protection Law, the Law on Import and Export Commodity Inspection, the Advertising Law, the Grassland Law, the Civil Aviation Law, the Customs Law and the Food Safety Law) at the 28th Session of the Standing Committee of the Thirteenth NPC of the People’s Republic of China on April 29, 2021. The revised food safety law of 2015 is divided in 10 chapters: General Principles; Food Safety Risk Surveillance and Assessment; Food Safety Standards; Food Production and Trading; Food Testing; Food Import and Export; Handling of Food Safety Incidents; Regulatory Work; Legal Liabilities; and Supplementary Provisions, available on: https://www.pkulaw.com/en_law/be352ba1d170a5a8bdfb.html. See.: M.T. ROBERTS, C. F. LIN, *China Food Law Update: The 2015 Food Safety Law and Social Governance on Food Safety*, in *Journal of Food Law and Policy*, 12, 2, 2016, 1-35; I. HÄRTEL, *Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union, Switzerland*, 2018, 100 ff.

⁸⁸ Cf.: F. SNYDER, Y. S. KIM, *China’s 2015 Food Safety Law: Crossing the River but Feeling the Stones and Avoiding Low Branches?*, in *The Chinese Journal of Comparative Law*, 6, 1, 2018, 1-49, emphasizing the gradual normative progress of Chinese food safety legislation, using the metaphor of “crossing the river by feeling the stones” – meaning a step-by-step process characterized by gradualism, exploration, and experimentation. An example of FTS experimentation was implemented at the 2008 Beijing Olympic Games. Multiple technologies (e.g. RFID, GPS, automatic temperature recording and control, humidity control, encrypted communication) were used to track and record a range of food information, including food production, processing, transport and storage. In this regard, see.: H. J. LAN, F. Q. HUANG, Z. K. LIN, *The design of a food traceability system for 2008 Beijing Olympic Games*, in *China Storage & Transport*, 2008, 86-89.

⁸⁹ See.: Article 63, FSL 2015, §1, stating that “In the event that a food producer finds that the food being produced does not comply with food safety standards or is proven to likely endanger human health, the food producer shall immediately stop production of the food, recall the food product released to the market, notify relevant producers, distributors and consumers, and create a record on recalls and notifications.”; and Article 148, FSL 2015, §2: “In the event that any manufacturer produces food that does not conform to food safety standards or distributes food while being aware of its nonconformity with food safety standards, the customer can demand the producer or distributor to pay a penalty of 10 times the paid amount or 3 times of the loss, in addition to the compensation for the loss thereof.”

Article 42⁹⁰ of the FSL 2015 put the onus on the Government to set up a full traceability system in order to guarantee food safety. Furthermore, the Article provided that food producers and distributors set up a traceability system for food safety in accordance with the FSL 2015.

The state was deemed to encourage food producers and distributors to collect and retain information related to production and distribution of food, also through information technology aimed at establishing an efficient FTS.

As also confirmed by subsequent implementations⁹¹ to FSL 2015, the determination of the basic requirements for food traceability of the entire food supply chain is up to the joint activity of the “China Food and Drug Administration” (CFDA)⁹² and the Ministry of Agriculture (MOA) with the additional support of other relevant State Council departments.

It is notable that neither the FSL 2015, nor its implementing regulations, provide elaborate guidance or established principles on how traceability should be executed, marking a practical divergence from

⁹⁰ Article 42, FSL 2015: “The state shall establish a whole process food safety tracing system. Food producers and traders shall, in accordance with this Law, establish a food safety tracing system to ensure the traceability of food. The state shall encourage food producers and traders to gather and retain production and trade information by digital means to establish a food safety tracing system. The food safety supervision and administration department of the State Council shall establish a whole process food safety tracing cooperation mechanism in conjunction with the agricultural administrative department and other relevant departments of the State Council” (updated version 2021) Available on: <http://www.lawinfochina.com>.

⁹¹ On August 14, 2017, China notified the World Trade Organization (WTO) of the “Regulations on the Implementation of the Food Safety Law of the People’s Republic of China (Revised Draft)” as SPS 1055. The revised draft regulations are in support of the implementation of China’s 2015 Food Safety Law.

⁹² The CFDA is the direct agency of the State Council for the supervision and management of drugs, medical devices, cosmetics, natural foods and food safety. The CFDA is responsible for drafting laws and regulations for the supervision and management of food (including food additives and health foods); for formulating and organizing the implementation of inspection systems for the supervision and management of food, drugs, medical devices and cosmetics; and in organizing the investigation and punishment for major violations.

the EU and the US systems,⁹³ notwithstanding the convergences⁹⁴ also present in reference to the “international normative repertoire”.⁹⁵

This has led to the development over the years of hundreds if not thousands of subordinates’ secondary level regulations, such as administrative regulations, standards⁹⁶, and local regulations often dictated by local protectionism, which have made the Chinese food system increasingly complex.

In this regard the PRC, as demonstrated by subsequent implementations such as the regulations of October 2019,⁹⁷ has followed a policy aimed at tightening up sanctions by also rewarding those who report the existence of violations in the food sector.

This tightening of sanctions contained in the FSL 2015, for example articles 63 and 148, and in its subsequent implementations, represents a key lever for the enactment of efficient FTSs. In fact, a well-organized FTS would be able to shorten the time frame in case of violations by identifying and isolating the potential issue without heavily affecting all the operators involved in the supply chain.

Finally, some specific provisions are foreseen in GM foods. With exception of the Environmental Protection Law,⁹⁸ the PRC does not have any national law specific on GMOs or GM foods.

⁹³ Practical differences have meant that true regulatory collaboration among PRC and trading partners has been achieved through administrative cooperation coupled with bilateral trade agreements. Among some of the most recent ones: Agreement between the European Union and the Government of the People’s Republic of China on cooperation on, and protection of, geographical indications, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.LI.2020.408.01.0003.01.ENG>; Economic and trade agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People’s Republic of China, 2020, available on: <https://ustr.gov/countries-regions/china-mongolia-taiwan/peoples-republic-china/phase-one-trade-agreement/text>.

⁹⁴ Similarities can be found regarding: the risk-based processes which are largely modeled on the EU’s risk analysis system; the functional barrier doctrine borrowed from the U.S. system; specific migration limit (SML) restrictions based on the European model, etc. See.: I. HÄRTEL, *Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union*, cit., 57 ff.; E. HUANG, X. DAI, Z. LI, *A Comparative Study of Differences in Government Regulation of Food Safety between China and the United States*, in *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, 151, 2018, 559-564; Y. KANG, *Food safety governance in China: Change and continuity*, in *Food Control Journal*, 106, 2019, 2; J. QIAN, L. R. GARCIA, ET. AL., *Food traceability system from governmental, corporate, and consumer perspectives in the European Union and China: A comparative review*, cit., 402-412.

⁹⁵ Cf.: P. C. JESSUP, *Transnational Law*, in *American Journal of International Law*, 51, 2, 1957, 444-445, referring to international normative repertoire as “all law which regulates actions or events that transcend national frontiers.”

⁹⁶ National Standards (國家標準 or Guobiao) are secondary provisions, usually issued by the Standardization Administration of China (SAC), which define technical requirements in a specific sector usually related to technology (e.g. the Food safety electronic traceability technology research and demonstration standard No. 2015BAK36B00, which aims at research on quality control, business collaboration and focuses on key products like infant formula). See.: R. BERTI, M. SEMPREGON, *Food Traceability in China*, cit., 2018, pp. 526 ff.

⁹⁷ Regulations for the implementation of the Food Safety Law of the People’s Republic of China, promulgated by Decree No. 557 of the State Council of the PRC on July 20, 2009, amended in accordance with the “Decision of the State Council on the Amendment of Certain Administrative Regulations” dated February 6, 2016 and all amended and approved Executive of the State Council dated March 26, 2019. Available on: <http://www.gov.cn/>.

⁹⁸ *Environmental Protection Law of the People’s Republic of China*, December 26, 1989. Available on: <http://www.china.org.cn/english/government/207462.htm> (2021).

However, there are in place, regulations and standards overseeing GMOs in the agricultural sector.⁹⁹ The MOA and the General Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine (AQSIQ) are vested with the responsibility for exercising regulation on agricultural GMOs and GM foods. Traceability requirements for any GM food in China were first observed in 2015 when the Seed Law was revised to include specific requirements of traceability of seeds produced from biotechnology and stringent punishments were introduced for illegitimate production and sale of GM seed varieties.¹⁰⁰ The Law provides that all seed varieties developed need to be registered under the responsible authorities prior to propagation and the same should be ensured traceability by the relevant enterprise. Apart from the Seed Law, no specialized GM traceability regime is seen in China. Considerations related to the potential risks of genetic modification on the entire animal and environmental ecosystem,¹⁰¹ have made the Chinese model closer to the European one inspired by the precautionary principle.¹⁰² However, the issues already mentioned, arising from the rigidity of Chinese legislation and its enforcement in practice, still pose many challenges to achieving food safety in China.

6. Blockchain: An innovative and decentralized register for a better FTS

Major global food chains are under increasing pressure to implement modern traceability systems in sync with legislative, social, economic, and technological developments.¹⁰³ This is due to growing consumer awareness of food quality and safety, and social and political demands that are increasingly focused on sustainability and innovation.¹⁰⁴

⁹⁹ For instance: *Regulations on Administration of Agricultural Genetically Modified Organisms Safety*, Decree No. 304 of the State Council of the People's Republic of China, Promulgated on May 23, 2001, and effective as of the date of promulgation and the *Licensing Measures on Livestock Genetic Materials Production* of 2010, both available on: <http://www.gov.cn/>.

¹⁰⁰ Revision of the *Seed Law of the People's Republic of China* promulgated by the Standing Committee of the National People's Congress on November 4, 2015 and effective January 1, 2016. On GMOs traceability requirements, see.: Articles 16, 17, 22, 36. Available on: http://www.li-nan.gov.cn/art/2020/1/3/art_1367578_41444346.html.

¹⁰¹ In this regard, see: A. STAZI, *Genetically modified organisms and sustainable development: regulatory approaches, access to resources and traceability*, cit., 141; X. ZHU, M.T. ROBERTS, K. WU, *Genetically modified food labeling in China: in pursuit of a rational path*, in *Food and Drug Law Journal*, 71, 1, 2016, 41 ff.

¹⁰² In China, as in Europe, emphasis is placed on the process of how GM products are obtained and how they are commercialized. In fact, in China mandatory labeling is mandatory to protect consumers' "right to know" about the composition of a given product placed on the market. In this regard, see.: A. STAZI, *Genetically modified organisms and sustainable development: regulatory approaches, access to resources and traceability*, cit., p. 142; G. P. GRUÈRE, S. RAO, *A Review of International Labeling Policies of Genetically Modified Food to Evaluate India's Proposed Rule*, in *AgBioForum*, 10, 1, 2007, 5; A. Y. T. WONG, A. W. K. CHAN, *Genetically modified foods in China and the United States: A primer of regulation and intellectual property protection*, in *Food Science and Human Wellness*, 5, 3, 2016, 124-140. E. BOZZINI, D. SICURELLI, *Precautionary authoritarianism and the contested governance of Chinese food safety*, in *Contemporary Politics*, 27, 3, 2021, 334-355.

¹⁰³ In these terms, see.: J. QIAN, L. R. GARCIA, et. al., *Food traceability system from governmental, corporate, and consumer perspectives in the European Union and China: A comparative review*, cit., 403.

¹⁰⁴ In this regard, see.: D. C. PETRESCU, I. VERMEIR, R. M. PETRESCU, *Consumer Understanding of Food Quality, Healthiness, and Environmental Impact: A Cross-National Perspective*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17, 169, 2020, 1-20, identifying consumers' concerns for healthier lifestyles and environment care as driving forces for reshaping food buying intentions and perspectives on food quality.

Notwithstanding the diversity of the legal systems examined so far and without prejudice to the peculiarities of each productive sector, we believe it is appropriate to stress the opportunity of developing, on a voluntary basis, new and innovative FTS, capable of guaranteeing numerous benefits for both food business operators (FBOs) and consumers.

Innovation can be seen in the new technologies that, in continuous evolution, envisage scenarios aimed at seeking greater efficiency and effectiveness in multiple areas. On traceability, especially according to the principle of data integration, technologies such as blockchain¹⁰⁵ are becoming increasingly relevant.

This is also apparent from the measures adopted in the countries previously considered. In the European Union, even though there is still not a well-defined regulatory framework on blockchain technologies, multiple initiatives have been promoted by the European Commission in order to deepen the phenomenon.¹⁰⁶

The European Commission in collaboration with European Blockchain Partnership¹⁰⁷ is planning a pan-European blockchain regulatory sandbox¹⁰⁸ to become operational in 2021/22,¹⁰⁹ which could represent the launching pad for the definition of a regulatory framework aimed at guaranteeing legal certainty and respect for the principle of technological neutrality.

In the United States, many states took legislative measures¹¹⁰ aimed at regulating blockchain technologies in view of their innovative nature and especially due to their multiple applications in the business industry.

¹⁰⁵ Blockchain can be defined as a computer protocol falling under the broader category of Distributed Ledger Technologies (DLT) and composed of multiple applied technologies such as: the peer to peer network that guarantees the decentralization of any information inserted within a blockchain; cryptography and hash functions that guarantee the certainty of temporally identifiable information and inserted within the distributed ledger; consensus algorithms that are the basis of the continuous updating of data uploaded on blockchain. In these terms, see.: P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the law: the Rule of Code*, Cambridge, 2019 (1st edition), 33-57; A. STAZI, *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, Springer, 2021, 71 ff.

¹⁰⁶ S. NASCIMENTO, A. PÓLVORA, J. S. LOURENÇO, *#Blockchain4EU: Blockchain for Industrial Transformations* (EUR 29215 EN), in *JRC Publications Repository*, 2018, in which is also noted the useful application of blockchain technologies in the food industry; European Parliament resolution of 3 October 2018 on *distributed ledger technologies and blockchains: building trust with disintermediation* (2017/2772(RSP) in which it is given relevance to blockchain technology as a tool that “can democratise data and improve trust and transparency.”; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “*The Future of Food and Farming*” COM(2017) 713 final, 13 - 15.

¹⁰⁷ The European Blockchain Partnership is an initiative to develop an EU strategy on blockchain and build a blockchain infrastructure for public services.

¹⁰⁸ A sandbox is a system that brings together regulators, companies, and tech experts to test innovative solutions and identify obstacles that arise in deploying them.

¹⁰⁹ *Council Conclusions on Regulatory Sandboxes and Experimentation Clauses as tools for an innovation-friendly, future-proof and resilient regulatory framework that masters disruptive challenges in the digital age* (2020/C 447/01), available on: <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹¹⁰ Among the most relevant measures see the Senate Bill 5638 – 2019 – 2020 adopted by the State of Washington, that in addition to providing a definition of *blockchain* and *distributed ledger technologies*, recognizes the validity of distributed ledger technology stating that: “An electronic record or electronic signature may not be denied legal effect, validity, or enforceability solely because it is generated, communicated, received, or stored using distributed ledger technology.” In this direction move the regulations of other States, available on:

In the People's Republic of China, on the other hand, in January 2019 the Cyberspace Administration unveiled the first Administrative Provisions on Blockchain¹¹¹ laying out the basic content and registration rules for entities offering blockchain functionality as a service and establishing fines and other penalties for possible violations.

The potential of this technology applied to the food industry has led to the development of several projects¹¹² aimed at ensuring more efficient FTS. In fact, compared to paper records or centralized databases, blockchain presents significant structural and substantial advantages.

Structurally,¹¹³ the main advantages arising from the use of a blockchain registry are represented by: decentralization, which determines the transnationality of the information contained therein; immutability, to be understood as a non-destructive way to enroll and track information so that each change does not erase the previous one but stands as a new one; cryptography, that guarantees the security of the information and the inalterability of the data; and transparency, due to the complete accessibility by all or certain authorized parties depending on the chosen form of governance.¹¹⁴

From a substantial point of view, the benefits that can be identified from the application of blockchain to build FTSs are innumerable. A shared digital food supply chain powered by blockchain would be able to track any product at each stage, e.g. harvest, processing, transport, storage, distribution, and sales, involving all the stakeholders (*Figure 1*).

<https://www.ncsl.org/>. See also: A. STAZI, *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, cit., 91 ff.

¹¹¹ The "Regulations on the Management of Blockchain Information Services" deliberated and approved by the National Internet Information Office came into force on February 15, 2019. Official text available on: http://www.cac.gov.cn/2019-01/10/c_1123971164.htm.

¹¹² Among some most relevant projects, see the IBM Food Trust, powered by Hyperledger technology and result of a collaboration between major players and institutions such as IBM, Walmart, JD.com and Tsinghua University in China. The solution provides authorized users with immediate access to actionable food supply chain data, from farm to store and ultimately the consumer. The complete history and current location of any individual food item and accompanying information such as certifications, test data and temperature data, are readily available in seconds once uploaded onto the blockchain (<https://www.ibm.com/blockchain/solutions/food-trust>).

¹¹³ In this regard, see.: P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the law: the Rule of Code*, cit., 33-57; G. SLAVIOTTI, L. M. DE ROSSI, N. ABBATEMARCO, *The Blockchain Journey*, 8 ff., who analyzes the unique characteristics of blockchain systems.

¹¹⁴ G. SLAVIOTTI, L. M. DE ROSSI, N. ABBATEMARCO, *The Blockchain Journey*, 23 ff., stressing that a blockchain governance model can be classified mainly within two dimensions: "permissioned/permissionless" and "public/private." "The first one refers to the ability to take part of the consensus mechanism whereas the second one is related to the possibility for a user to access the blockchain application. In a public ecosystem, anyone can join the network and use the application even without the authorization of the service provider. There is no central authority and everyone with an Internet connection can use the service (write), read the transaction's history (read) and, eventually, participate in the consensus mechanism (commit). In a private blockchain the final users are known and vetted, and they will be able to access the blockchain service only if the service provider allows them to." See also: A. STAZI, *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, 73-4.

This would allow stakeholders to take advantage of an “interoperable”¹¹⁵ and transparent registry through which they could collaborate with each other by exchanging information as well as complying with the regulations in force.¹¹⁶

A blockchain-based FTS would contribute to business growth through greater operational efficiency, for example in tracing the causes of problems such as detecting the origin of food fraud¹¹⁷ or food related outbreaks, etc., eliminating bottlenecks and putting into place the necessary corrective measures able to handle any recall quickly and cost-effectively.

This kind of system would enable a better definition and verification of responsibilities, both within the production sector and across the entire supply chain, for the phases of their respective competences.

In fact, when something goes wrong, for instance due to inspections by competent authorities or for the spreading of diseases, etc., the responsible party, more easily identifiable within the blockchain, could be subject to restrictions, even up to the elimination of its access within the blockchain. This could depend on the sanctions imposed for the lack of due diligence.¹¹⁸

¹¹⁵ To be understood as internal interoperability, since cross-chain interoperability is still one of the critical issues preventing the widespread adoption of blockchain applications. In this regard, see.:

M. MADINE, K. SALAH, R. JAYARAMAN, ET AL., *AppXchain: Application-Level Interoperability for Blockchain Networks*, in *IEEE*, 9, 2021, 87777-87789.

¹¹⁶ The rules in compliance with the law of a particular State as well as the operating rules of the registry can be established by means of smart contracts, “computer protocols that execute themselves by applying the lines of computer code for which they have been programmed”. See.: A. STAZI, *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, 75 ff. On the applications of smart contracts in the food industry, see.: J. FRANK, *Blockchain Functionality: How Smart Contracts Can Save Small Farms*, in *New York Law School Law Review*, 2020, 17 ff., stressing that smart contracts can orchestrate the sale of goods, manage supply chain logistics, and control the passage of ownership in real property, giving especially to small farmers an invaluable opportunity to catch up and stay on top in the dynamic agriculture industry.

¹¹⁷ See.: J. SPINK, D. C. MOYER, *Defining the public health threat of food fraud*, in *Journal of Food Science*, 76, 9, 2011, R157-R163, defining food fraud as “a collective term used to encompass the deliberate and intentional substitution, addition, tampering, or misrepresentation of food, food ingredients, or food packaging, or false or misleading statements made about a product, for economic gain.”

¹¹⁸ In this sense, see.: I. HERNANDEZ, L. G. VAQUÉ, *The Blockchain Technology and the Regulation of Traceability: The Digitization of Food Quality and Safety*, in the *European Food and Feed Law Review (EFFL)*, 4 ff., stressing how in terms of responsibility, the blockchain ecosystem can promote honesty behavior from all entities involved in the food chain.

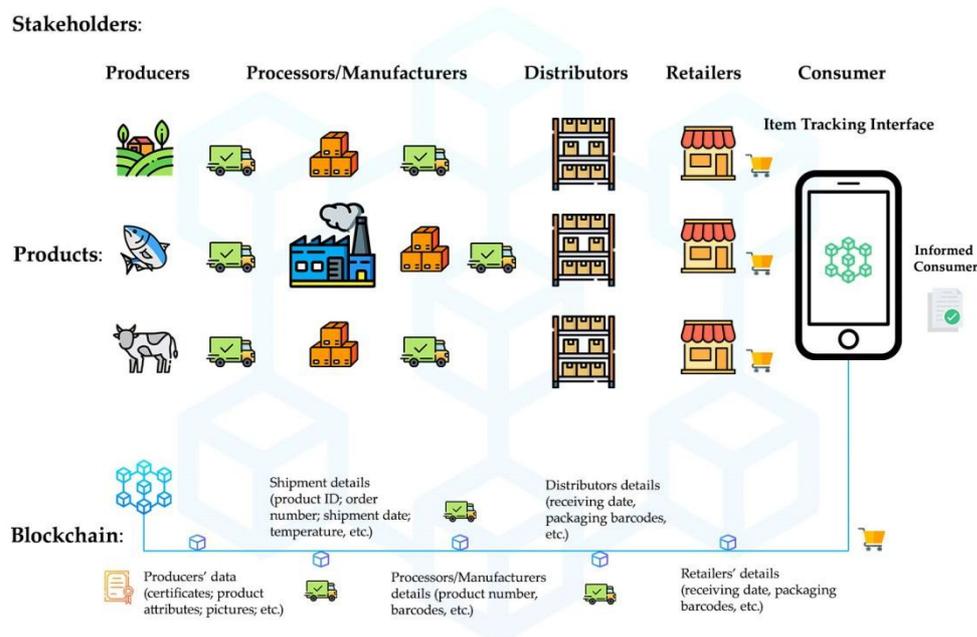


Figure 1 – Sample flow of stakeholders and products on blockchain.

The possibility for the producers of a given product to offer a practical demonstration of the management of their traceability would lead to a race to develop effective quality and sustainable systems aimed at instilling greater confidence in their brand,¹¹⁹ whether it is part of a small or large company.¹²⁰ In fact, there is no doubt that there has been a tendency over time among consumers¹²¹ and consequently retailers¹²² to favor high-quality fresh products grown or raised in a sustainable manner. Sustainability, in particular, has been a strongly viewed topic in recent years due to the future challenges that await our planet. Today, in fact, many consumers believe that it is essential for food to be produced in a sustainable way with respect for the environment.¹²³

¹¹⁹ On a brand level, traceability increases consumers' willingness to pay in China, see.: S. JIN, Y. ZHANG, Y. XU, *Amount of information and the willingness of consumers to pay for food traceability in China*, in *Food Control Journal*, 77, 2017, 163-170; R. LIU, Z. GAO, R. M. NAYGA, et al., *Consumers' valuation for food traceability in China: Does trust matter?*, in *Food Policy*, 88, 2019, 11.

¹²⁰ In this regard, See.: J. FRANK, *Blockchain Functionality: How Smart Contracts Can Save Small Farms*, cit., 22, stressing that based on a recent shift in public perception toward favoring small farms over larger industrial agricultural businesses in the U.S., small farmers should incorporate recent innovative advancements in blockchain and digital technology to stay relevant to consumers and survive in the greater agriculture industry.

¹²¹ J. QIAN, L. R. GARCIA, et. al., *Food traceability system from governmental, corporate, and consumer perspectives in the European Union and China: A comparative review*, cit., 407 ff., state that implementing correctly FTSs have a positive impact on consumer experience as they potentially improve consumer confidence as to the origin and quality of their product.

¹²² See.: M. GARAU, H. TREIBLMAIER, *The influence of blockchain-based food traceability on retailer choice: The mediating role of trust*, in *Food Control Journal*, 129, 2021, 1-12, highlighting how blockchain-based traceability system (as compared to a company-owned traceability system) positively impacts retailer choice; and L. DONG, P. JIANG, F. XU, *Blockchain Adoption for Traceability in Food Supply Chain Networks*, in *SSRN*, 2020.

¹²³ The International Food Information Council (IFIC) Foundation's 14th annual Food and Health Survey (2019) found that 54% of American consumers say "it's at least somewhat important that the products they buy be

A FTS based on blockchain technology would be an effective and transparent solution to show if a product has been produced in a sustainable manner through a process designed to decrease waste¹²⁴ and inefficiencies.

Despite the numerous benefits seen so far, the implementation of blockchain still faces some obstacles. In fact, many FBOs are still suspicious of new and complex technological systems which disrupt normality and represent an additional cost. Cross-chain interoperability is still also one of the critical issues experts are working on, preventing the widespread adoption of blockchain applications.¹²⁵

Another challenge is represented by the veracity of the information inserted on the distributed ledger. In fact, although blockchain can be considered as a valid tool for collecting and integrating data, the proof of the veracity of the same requires the integration of additional technologies such as the internet of things¹²⁶ or artificial intelligence¹²⁷ that would corroborate the use of blockchain as a valid tool for traceability.

In such a constantly changing environment, legislative policies on food traceability aim to prevent the occurrence of threatening events through the imposition of detailed information obligations and at the same time allow a wide scope for the implementation of these obligations.

produced in an environmentally sustainable way. Among those 54%, many look for specific labels or attributes to assess whether they believe a product is environmentally sustainable: 51% perceive products that are locally produced as environmentally sustainable, followed by products literally labeled as sustainably produced (47%), labeled as non-GMO/not bioengineered (47%), labeled as organic (44%), having recyclable packaging (41%) and having minimal packaging (35%).” Official survey available on: <https://foodinsight.org/wp-content/uploads/2019/05/2019-Food-and-Health-Survey-release-FINAL.pdf> (2021). The European Consumer Organization’s Survey on European consumers attitudes towards sustainable food states that over half of European consumers say that “sustainability concerns have some influence (42.6%) or a lot of influence (16.6%) on their eating habits. Over one third of consumers (38.9%) would support regulations obliging farmers and food producers to meet more stringent sustainability standards. Even more (53%) agree that farmers should be given incentives (e.g. through subsidies) to produce food more sustainably. And finally most consumers (57%) want sustainability information to be compulsory on food labels.” Official survey available on: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2020-042_consumers_and_the_transition_to_sustainable_food.pdf (2021).

¹²⁴ See.: M. P. MARIN, I. MARIN, L. VIDU, *Learning about the reduction of food waste using Blockchain technology*, in *INTED2019 Proceedings*, 2019, 1-4.

¹²⁵ See.: M. MADINE, K. SALAH, R. JAYARAMAN, et al., *AppXchain: Application-Level Interoperability for Blockchain Networks*, cit., 87777-87789. In this regard, the Cyberspace Administration of China, in the Blockchain Information Management Regulations 2019, has declared its readiness to standardize blockchain-related services, support a “healthy” development of the technology, and address security risks, such as the spread of illegal and harmful information or the conduct of illegal and criminal activities through this technology. Available on: <https://digichina.stanford.edu/news/translation-blockchain-information-service-management-regulations-2019>.

¹²⁶ In this regard, see.: A. IFTEKHAR, X. CUI, M. HASSAN, et al., *Application of Blockchain and Internet of Things to Ensure Tamper-Proof Data Availability for Food Safety*, in *Journal of Food Quality*, 2020, 1-12; J. LIN, Z. SHEN, A. ZHANG, et al., *Blockchain and IoT based Food Traceability for Smart Agriculture*, in *ICCSE’18: Proceedings of the 3rd International Conference on Crowd Science and Engineering*, 1-6.

¹²⁷ In this regard, see.: M. DORA, A. KUMAR, S. K. MANGLA, et al., *Critical success factors influencing artificial intelligence adoption in food supply chains*, in *International Journal of Production Research*, 2021, indicating that technology readiness, security, privacy, customer satisfaction, perceived benefits, demand volatility, regulatory compliance, competitor pressure and information sharing among partners are the most significant critical success factors for adopting AI in food supply chains.

However, even if it is understandable to have a somewhat restrictive legislative policy to regulate the traceability information content, the same cannot be applied to the instrument of that information. Indeed, it would be improper to force FBOs to adopt certain tools rather than others by failing to comply with the principle of technological neutrality, which is at the basis of the unceasing evolution of technology and innovation.

As a result, regulatory technology, or “RegTech”, policies should favor the development of innovative technologies and education on technologies/tools whose potential still has to be perceived.¹²⁸

In this way, it would be possible to adequately promote innovative systems aimed at guaranteeing greater advantages for companies, whether large or small, consumers, and the environment, while respecting the legislations in force in different legal systems.

¹²⁸ In particular, on food traceability, legislators could help with regard to the related problem of additional costs for the development/adoption of technological tools by the FBOs through the provision of loans, as well as support training programs on the new technological tools.

Danno da nascita indesiderata tra aggettivi qualificativi e mimetismi linguistici.

Commento a Cass. civ., III sez., ord. 06.10.2021, n. 27114

Elena Ioriatti *

WRONGFUL BIRTH: DESCRIPTIVE ADJECTIVES AND LINGUISTIC MIMETISMS. COMMENT TO THE ITALIAN SUPREME COURT DECISION N° 27114, OCTOBER 6TH 2021

ABSTRACT: The comment analyses a recent judgement of the Supreme Court of Italy grounded on a claim for damages against a gynaecologist who, while making a prenatal diagnostic, omitted to detect the presence of malformations in a foetus. The claim of the plaintiff refers to the violation of the right “to born in a family not fully prepared to welcome a disabled child”. The Supreme Court differently qualified the claim of the plaintiffs as a “linguistic mimetism” of a different right, precisely the “right not to be born” (wrongful life) and did not award the child any compensation. In commenting the case, the author integrates the juridical analysis by the linguistic one, in order to verify whether the juridical requalification of the plaintiffs’ claim by the Court, as grounded on the linguistic re-formulation of that claim, leads to a violation of the necessary relation between the request of the plaintiffs and the decision of the judge, provided by art. 112 of the Italian Code of civil procedure.

KEYWORDS: Linguistic mimetism; wrongful life; linguistic analysis; semantics and pragmatics; violation of art. 112 code of civil procedure

ABSTRACT: Il presente commento analizza – tanto dal punto di vista giuridico, quanto linguistico – la sentenza in oggetto al fine di verificare se la ri-qualificazione della domanda del ricorrente effettuata dalla Cassazione sulla base di un c.d. “mimetismo linguistico” viola il rapporto tra chiesto e pronunciato di cui all’art. 112 c.p.c.

PAROLE CHIAVE: Mimetismo linguistico; diritto a non nascere; analisi linguistica; semantica e pragmatica; art. 112 codice di procedura civile

SOMMARIO: 1. Nascita indesiderata. Il caso – 2. Il danno *iure* - 3. La *rilevanza* delle malformazioni e delle anomalie nel nascituro (art. 6 lett. b, l. 194/1978) – 4. La domanda risarcitoria fatta valere dal nato affetto da malformazione – 5. Le persone oltre la lingua: breve riflessione conclusiva.

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato, Università degli studi di Trento. Mail: elena.ioriatti@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



1. Nascita indesiderata. Il caso

Nel vasto e triste panorama del danno da procreazione, frequenti sono i casi nei quali il danno da nascita indesiderata¹ è causato da una condotta omissiva del medico, che può consistere nel difetto di individuazione di una malformazione oggettivamente rilevabile con l'uso dell'ordinaria diligenza – a mezzo di opportuni esami diagnostici - e nella conseguente omessa informazione della gestante circa l'esistenza di tale anomalia.

La fattispecie che ha dato luogo alla recente decisione della Cassazione si presenta come un caso di scuola.

La signora M.C., in attesa del terzo figlio, si rivolgeva al dott. M.E.M., medico ginecologo, per sottoporsi ad esame ecografico di monitoraggio della gravidanza. Il medico effettuava due ecografie – rispettivamente alla 19^a e 25^a settimana di gravidanza della gestante – e, in entrambi i casi, ometteva di rilevare la presenza di malformazioni nel feto. Al termine della gravidanza M.C. dava alla luce una bambina (M.M.) affetta da malformazione scheletrica (nella specie, agenia del femore destro e del perone).

Dopo la nascita, la signora M.C. e il marito sig. A.M., in proprio e quali legali rappresentanti della figlia minore, citavano in giudizio il professionista per vederlo condannare al risarcimento del danno per omessa diagnosi. I genitori agivano in primo grado davanti al Tribunale di Asti, in secondo grado davanti alla Corte d'Appello di Torino e presentavano infine ricorso alla Suprema Corte di Cassazione.

Lamentavano i ricorrenti che la mancata rilevazione da parte del medico di malformazioni nel feto avrebbe impedito alla madre di determinarsi sull'interruzione della gravidanza, ai sensi dell'art. 6, lett. b), l. n. 194/78 (*Norme sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*).

Nello specifico, i coniugi agivano in proprio, quali soggetti danneggiati da un erroneo accertamento medico – che ha impedito l'esercizio da parte della madre del diritto all'interruzione della gravidanza – per il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti²; agivano altresì, in quanto titolari della rappresentanza legale della figlia M.M., per il danno non patrimoniale derivante da pregiudizio psico-fisico dalla stessa subito, sotto il profilo dell'inserimento in un ambiente familiare non preparato ad accoglierla.

La decisione della Corte di Cassazione affronta, di conseguenza, due questioni importanti ed attuali, riconducibili a quella che è divenuta categoria aggregante delle doglianze risarcitorie che conseguono alla nascita di un figlio affetto da malformazioni: il danno da procreazione³.

La prima questione concerne la domanda risarcitoria fatta valere dai genitori della neonata affetta da malformazioni non rilevate dal ginecologo e riconducibile al c.d. "danno da nascita indesiderata"; la seconda, attiene al pregiudizio fatto valere dalla figlia M.M., per essere nata in un ambiente familiare non preparato ad accogliere un disabile. Come vedremo, questa specifica domanda viene tuttavia riqualificata dai giudici di legittimità quale «lesione del diritto di non nascere, se non sana».

¹ A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei Nuovi Danni*, Milano, 2011, 261 ss.

² Per tutti, sul punto: C. FAVILLI, *Il danno non patrimoniale da c.d. nascita indesiderata*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010, 494 ss.

³ Per tutti, un classico: P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Milano, 2006.

La struttura dell'ordinanza ricalca la sentenza "gemella" Cass 9251/2017, ma rispetto a questo "precedente" dedica più attenzione alla *rilevanza* delle malformazioni e delle anomalie del nascituro, quale requisito normativamente previsto (art. 6 lett. b, l. 194/1978) per l'esercizio della facoltà abortiva, una volta trascorsi i novanta giorni dalla procreazione.

A differenza della nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2015⁴, la sentenza oggetto del presente commento non fa il punto sulle complesse problematiche – giuridiche ed extra-giuridiche – relative al diritto del nato disabile di «non nascere, se non sano»⁵, ma conferma il principio ivi stabilito circa l'inesistenza nel nostro ordinamento giuridico di tale diritto. A questo scopo, la Cassazione fa proprio un sintagma della decisione a Sezioni Unite, il c.d. "mimetismo verbale", e riqualifica la domanda risarcitoria della figlia «per essere nata in un ambiente non preparato ad accoglierla» quale violazione del «diritto a non nascere, se non sana».

Stabilisce infatti la Corte come

L'interruzione della gravidanza sia ammissibile solo nelle ipotesi normativamente previste in cui sussista un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre. Ai sensi della lett. b) art. 6 L. n. 194 del 1978 (Norme sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) idonee a determinare tale grave pericolo sono solo anomalie e malformazioni del nascituro di carattere "rilevante". La ragione di danno fatta valere dal nato disabile sotto il profilo del suo inserimento in una famiglia non preparata ad accoglierlo si rivela sostanzialmente quale mero "mimetismo verbale" del c.d. "diritto a non nascere se non sano", non riconosciuto dall'ordinamento giuridico italiano⁶.

2. Il danno iure

Al fine di comprendere l'iter logico-giuridico seguito dalla Cassazione nella decisione in commento, è necessario precisare che nei primi due gradi di giudizio non era in discussione il fatto che la condotta omissiva del medico avesse costituito fatto astrattamente idoneo a causare il danno. Ai sensi della precedente decisione a Sezioni Unite 2015 n. 25767 la fattispecie va quindi qualificata sotto il profilo della responsabilità per colpa professionale del medico per omessa diagnosi della malformazione, tenendo conto che il fatto è precedente all'emanazione della legge 2017/24 in materia di responsabilità professionale del medico (c.d. "legge Gelli-Bianco")⁷.

⁴ CASS., sez. un., 22 dicembre 2015 n. 25767 con nota di M. GORGONI, *Una sobria decisione "di sistema" sul danno da nascita indesiderata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2016, 162 ss. C. BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione, nota a: Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767*, in *Il Foro italiano*, 2016, 506; A. CANDIAN, M. FRANZONI, C. MIRABELLI, L. ROVELLI, *Esiste il diritto di non nascere se non sani? Riflessioni sulla sentenza Cass. sez. un., 22 dicembre 2015 n. 25767 e dintorni*, Pisa, 2016; A. PALMIERI, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: inconfigurabile il diritto a non nascere*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 8 gennaio 2016. L. CONTE, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle Sezioni Unite*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015. M. FOGLIA, (voce) *Diritto a non nascere (se non sano)*, in R. SACCO (diretto da), *Digesto IV delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, Agg. XI, Milano, 2018, 135 ss.

⁵ CASS., sez. un., n. 25767/2015.

⁶ Massima a cura dell'autore.

⁷ L. 1 aprile 2017 n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*.

Nemmeno è in discussione l'esistenza del diritto: la l. 194/1978 attribuisce alla gestante facoltà di interrompere la gravidanza a determinate condizioni, anche una volta trascorso il novantesimo giorno dalla procreazione. Non vi è infatti dubbio che l'errore dei sanitari che non accertino anomalie e malformazioni nel feto tali da giustificare l'aborto precluda alla madre di avvalersi di tale facoltà e cagioni quindi un danno⁸.

Tuttavia, nel merito, tanto in primo quanto in secondo grado, i giudici – sulla base di perizia medica – hanno escluso che l'agenia del femore e del perone potesse integrare il presupposto «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro», normativamente previsto dalla legge 1978/194, ai fini della configurabilità del requisito del «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna». Trattandosi di anomalie non *rilevanti*, e che quindi non integrano il requisito normativo di cui all'art. 6 lett. b) della suddetta legge, la madre, anche qualora adeguatamente informata dal medico in merito alla malformazione della figlia, non avrebbe potuto avvalersi della facoltà di interruzione della gravidanza.

Accertata dunque la presenza di un pregiudizio subito dalla madre e causato dal medico a seguito di omessa diagnosi e conseguente informazione, è necessario stabilire se un tale danno sia qualificabile come ingiusto, stante la mancanza dei presupposti che avrebbero consentito l'interruzione della gravidanza. A questo interrogativo ha dato risposta la stessa Cassazione a Sezioni Unite, in un *obiter* della già menzionata decisione 2015 n. 25767:

Occorre che l'interruzione sia legalmente consentita – e dunque [...] che sussistano, e siano accertate mediante appropriati esami clinici, le rilevanti anomalie del nascituro e il loro nesso eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna – giacchè, senza il concorso di tali presupposti, l'aborto integrerebbe un reato; con la conseguente esclusione della stessa antigiuridicità del danno, dovuto non più a colpa professionale, bensì a precetto imperativo di legge⁹.

Chiara è, su questo specifico punto, anche la sentenza che qui si commenta: «non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile»¹⁰.

A ben guardare, tuttavia, la circostanza che la madre non avrebbe potuto ricorrere ad un'interruzione di gravidanza che, in questa ipotesi specifica, è vietata dalla legge e costituirebbe reato, rende il danno derivato dall'omessa diagnosi qualificabile non come danno *contra ius*, ma come danno *iure* (comunque non risarcibile), in quanto conseguente a «precetto imperativo di legge».

3. La rilevanza delle malformazioni e delle anomalie nel nascituro (art. 6 lett. b, l. 194/1978).

Un profilo importante affrontato dalla Suprema Corte attiene alla definizione dell'aggettivo «*rilevante*» che l'art. 6, lett. b, legge 194/78 riferisce alle anomalie o malformazioni oggetto di omessa diagnosi, sotto il profilo dell'idoneità delle stesse a consentire l'interruzione della gravidanza.

⁸ Non rileva in questo caso, per le ragioni che si vanno a spiegare, la presenza o meno della prova della volontà abortiva della gestante, questione trattata, tra le tante, anche dalla decisione Sezioni Unite 2015/25767, in particolare sotto il profilo della distribuzione dell'onere probatorio.

⁹ Cass. sez. un, n. 25767/2015, 7.

¹⁰ Cass. civ., III sez., n. 27114/2021, 5.

Come notato in dottrina¹¹ a commento dello stesso dato normativo¹², la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194/1978) non è ispirata a garantire la libera scelta della donna di abortire al solo fine di evitare nascite indesiderate¹³. Tale facoltà è riconosciuta alla gestante in presenza di specifiche condizioni stabilite dagli artt. 4-7 della suddetta legge¹⁴.

È la stessa Cassazione a ricordare, in più occasioni¹⁵, ed altresì nella motivazione della sentenza in oggetto¹⁶, come l'ordinamento non ammetta il c.d. *aborto eugenetico*, «prescindente cioè dal serio pericolo per la salute fisica o psichica – art. l. 194/1978 – ovvero del grave pericolo la vita o per la salute fisica o psichica della gestante». La *ratio* della disciplina di cui alla l. 194/1978 va infatti rinvenuta nella scelta del legislatore di disegnare i confini dell'istituto dell'aborto, tanto in termini temporali, quanto sostanziali, stabilendone i presupposti di ammissibilità.

A tale proposito, la Cassazione ricorda che condizione necessaria all'interruzione della gravidanza entro i novanta giorni dalla procreazione è la presenza di un serio pericolo per la salute fisica o psichica della madre. «Diversamente», prosegue la Corte, «dopo i primi novanta giorni l'interruzione della gravidanza può essere *eccezionalmente* consentita solo quando a) la gravidanza o il parto comportino un "grave pericolo" per la "vita" della donna ovvero b) siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a *rilevanti* anomalie e malformazioni del nascituro, che determinino un "grave pericolo" per la "salute fisica o psichica" della medesima».

Mentre la distinzione qualitativa tra pericolo "serio" o "grave" rileva in ordine allo stato temporale della gravidanza (entro i novanta giorni dalla procreazione nel primo caso, in un momento successivo nel secondo), in entrambe le ipotesi il presupposto normativo è integrato solo ed unicamente nel momento in cui la presenza di anomalie o malformazioni del feto possa determinare un pericolo per la salute della gestante.

Precisa la Corte – ed è questo un punto importante della decisione della Cassazione – come, secondo la lettera della legge, idonee a determinare tale pericolo siano solamente le anomalie o malformazioni *rilevanti* (art. 6 lett. b).

La Suprema Corte, nel solco della precedente decisione Cass. 9251/2017, individua così nell'aggettivo *rilevante* il presupposto affinché la patologia dalla quale è affetto il feto possa essere presa in considerazione nel processo ermeneutico, in quanto idonea a consentire l'aborto.

Ma mentre in Cass. 9251/2017 i giudici, aderenti alla fattispecie e alla soluzione del caso *de quo*, si limitavano a stabilire come la patologia dalla quale è risultato affetto il nato (nella specie, totale

¹¹ F. D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1996, 18.

¹² Art. 1, comma 2 l. n. 194/1978 «L'interruzione volontaria della gravidanza [...] non è mezzo di controllo delle nascite».

¹³ Sia concesso il rinvio a E. IORIATTI, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il governo del corpo*, S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1605 ss.

¹⁴ Sul diritto all'autodeterminazione procreativa e all'interruzione di gravidanza: E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto. Ingiustizia del danno e nuovi interessi*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto Civile*, in A. ZOPPINI (coordinato da), A. ZOPPINI, IV, III, *Attuazione e tutela dei diritti, La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 171 ss.

¹⁵ V. CASS. 1 aprile 2017, n. 9251 CASS., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767; CASS., 29 luglio 2004, n. 14488; CASS. 14 luglio 2006, n. 16123; CASS., 11 novembre 2009, n. 10741, CASS., 22 novembre 1993, n. 11503.

¹⁶ Così testualmente CASS. civ., III sez., n. 27114/2021, 5.

mancanza della mano sinistra) fosse o meno qualificabile come *rilevante*, la sentenza oggetto del presente commento si pone ad un maggior livello di astrazione, ridefinendo questo criterio anche alla luce delle ulteriori condizioni normativamente previste e necessarie all'interruzione della gravidanza, una volta trascorsi novanta giorni dalla procreazione.

La Corte precisa innanzitutto come la presenza di anomalie e malformazioni giustifichi l'interruzione della gravidanza al solo fine di evitare un pericolo grave alla salute della gestante e non rilevi quindi in relazione al solo nascituro. Oggetto di tutela è quindi la salute – fisica e psichica della madre – ma non in quanto tale, bensì in quanto messa in pericolo dalla presenza di malformazioni o anomalie del feto di carattere *rilevante*.

Il percorso ermeneutico della Cassazione è diretto ad attribuire valenza oggettiva – e non «*meramente causale*»¹⁷ – a tali anomalie e malformazioni, al fine di evitare, ad esempio, che vissuti soggettivi e psicofisici della madre costituiscano requisiti idonei a consentire l'aborto in presenza di qualsivoglia anomalia del feto, seppur minima. È l'aggettivo *rilevante* a conferire tale valenza oggettiva alle malformazioni, che la Corte riconduce ad un duplice requisito: l'intrinseca entità di menomazioni e anomalie, unitamente all'idoneità causale delle stesse a provocare un grave pericolo alla salute della madre¹⁸.

A tal riguardo, la Corte afferma come

«l'aggettivo *rilevanti* anteposto ai sostantivi *malformazioni o anomalie* esclude che esso possa tautologicamente coincidere [...] con la pretesa gravità del pregiudizio della madre, poiché in tal caso qualora si intendesse che la malformazione sia rilevante proprio in quanto idonea a cagionare il grave danno alla salute della madre, la presenza stessa della parola *rilevante* sarebbe del tutto superflua e il senso della proposizione normativa sarebbe chiaro e lineare anche in sua assenza».

In estrema sintesi: l'aggettivo *rilevante* è riferito alla malformazione (o all'anomalia), non al danno o ai danni subiti dalla madre.

Da tale prospettiva semantica – corretta, se si pensa al significato letterale dell'aggettivo *rilevante* quale “importante”, “di rilievo”, “di notevole entità”, “cospicuo”, “ingente”, “grande”, “considerevole” – la Corte esclude che possano integrare il requisito normativo malformazioni o anomalie di lieve entità, ma tuttavia idonee a determinare, ad esempio, una grave depressione in una donna psicologicamente fragile e vulnerabile.

Come già rilevato, l'attenzione della Corte è rivolta alla necessità di oggettivizzare tali presupposti, facendo pieno affidamento su di un aggettivo qualificativo. Ai giudici va ascritto il merito di aver spostato il baricentro di tale presupposto da una valenza causale soggettiva (o in concreto) – rilevante *in quanto avente causato il pericolo di gravi danni alla salute* – ad una stessa valenza causale oggettiva (o in astratto) – rilevante *in quanto idoneo a causare tale pericolo*. Valenza causale oggettiva il cui accertamento è naturalmente rimesso dal giudice del merito, a mezzo di consulenza tecnica d'ufficio medico-legale.

¹⁷ Così, letteralmente la motivazione della sentenza Cass. civ., III sez., n. 27114/2021, 8.

¹⁸ Sul nesso eziologico tra le anomalie rilevanti del nascituro e il grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna anche Cass., sez. un., 25767/2015, 7, citata in questo commento, *supra* paragrafo 2. Inoltre, Cass. Civ., Sez. III, 15 gennaio 2020, n. 653.

Risultato dello sforzo ermeneutico della Suprema Corte è un maggior rigore nella ricostruzione dei presupposti legittimanti l'eccezionale possibilità di interrompere la gravidanza dopo novanta giorni dalla procreazione.

Va inoltre detto che la sentenza ha il respiro di un contributo "di sistema"¹⁹, di una massima che il mondo di *common law* definirebbe una *doctrine*, in quanto il registro volutamente scelto dalla Corte va, in tutta evidenza, oltre la soluzione del caso concreto.

Anche se, a ben guardare, i giudici non affrontano tutte le questioni teoriche sottese al rapporto tra la rilevanza delle malformazioni del feto e grave pericolo di danno alla salute della madre. In particolare, la sentenza è chiara nello stabilire come un'anomalia non qualificabile come rilevante non sia idonea a legittimare l'aborto, seppur in presenza di grave danno *psichico* alla madre. Precisano infatti i giudici: «era intenzione del legislatore evitare che qualunque malformazione del prodotto del concepimento, anche minima e irrilevante, potesse legittimare l'aborto terapeutico, considerato che anche un'anomalia del tutto trascurabile potrebbe cionondimeno determinare una grave depressione in una madre psicologicamente fragile e vulnerabile»²⁰.

Chiarito il rapporto tra anomalia generica e danno psicologico conseguente allo stato soggettivo della madre, la motivazione della Corte non è tuttavia altrettanto limpida in merito alla diversa ipotesi di grave danno alla salute *fisica* causato alla madre da una qualsivoglia malformazione del feto.

I giudici sembrano inizialmente fornire un apporto di chiarezza stabilendo come «una malformazione non rilevante è ritenuta con presunzione *iuris et de iure* inidonea in sé a cagionare pregiudizio alla *salute* (e quindi, se ne deduce, tanto psichica quanto fisica) della madre». Ma questo passaggio richiama in realtà la motivazione della decisione della Corte d'Appello, che, in quanto corte di merito, è saldamente ancorata alla fattispecie del caso in esame, che si riferisce al solo danno psichico della madre.

In sintesi, facendo ricorso alle parole del *common lawyer*, il riferimento della Suprema Corte all'inidoneità di una qualsivoglia menomazione a causare danno alla salute *in generale* – ossia tanto psichica, quanto fisica – della gestante, costituisce solo in apparenza *ratio decidendi* della sentenza in oggetto, trattandosi in realtà di un *obiter dictum* di richiamo ad una diversa fattispecie.

4. La domanda risarcitoria fatta valere dal nato affetto da malformazione

Passiamo ora a trattare la questione del danno fatto valere dalla figlia disabile M.M., la cui domanda risarcitoria si riferisce – fin dal primo e dal secondo grado di giudizio – al pregiudizio «all'interesse ad essere inserita in un ambiente familiare preparato ad accoglierla».

Come anticipato, nel caso in esame²¹, l'interesse violato è qualificato dal giudice quale "diritto a non nascere", in quanto prospettato come «attinente alla dedotta violazione del diritto della madre alla libera determinazione sull'interruzione della gravidanza»²². La Cassazione ha infatti qualificato la

¹⁹ M. GORGONI, *op. cit.*, p. 166, a commento di CASS. SEZIONI UNITE n. 2015/25767.

²⁰ CASS. civ., III sez., n. 27114/2021, 9.

²¹ Più in generale, sul diritto al risarcimento del danno *iure proprio* del nascituro da nascita «malformata» la nota decisione CASS. CIV., Sez. III, 10 gennaio 2012, n. 16754 con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giuridico*, 2013, 59 ss.

²² CASS. civ., III sez., n. 27114/2021, 10.

domanda di parte ricorrente quale mero “*mimetismo verbale*” (poi “*linguistico*”) del c.d. “diritto a non nascere se non sano”, ignoto all’ordinamento giuridico italiano²³. Ciò con conseguente impossibilità di qualificare la lesione di tale diritto, in quanto inesistente²⁴, come danno risarcibile.

Come è noto, il mimetismo è un fenomeno adattivo presente in natura, ma in questo caso la Corte lo riferisce al linguaggio della domanda di parte del ricorrente; secondo i giudici di legittimità, pur avendo la ricorrente verbalmente formulato la domanda di risarcimento danni «per essere nata in un ambiente familiare non preparato ad accoglierla», tali parole in realtà nasconderebbero (e qui, quindi, il *mimetismo*) una diversa domanda, relativa alla “lesione del diritto di non nascere, se non sana”.

Il richiamo al mimetismo verbale da parte della Cassazione impone una riflessione di carattere linguistico, oltre che giuridico.

Ponendosi in primo luogo sul piano della lingua ordinaria (o lingua naturale) la struttura della frase (sintassi) e il significato del testo (semantica) lasciano chiaramente intendere che parte ricorrente intendesse determinare l’oggetto del processo nella violazione dell’interesse alla *qualità della vita* e non *alla non vita*.

Oltre che sul piano linguistico ordinario, la riflessione deve essere condotta in riferimento ai concetti dello specifico linguaggio del diritto civile, essendo i fatti allegativi della domanda del ricorrente – così come del resto tutti gli atti e documenti del processo – formulati nel linguaggio del diritto²⁵.

È la linguistica a qualificare le parole del diritto come linguaggio giuridico, altresì definito lingua “di specialità”, quale parte delle diverse varietà funzionali-situazionali della lingua ordinaria. La lingua giuridica, in quanto idioma non naturale, bensì “amministrato”²⁶, fa un particolare uso di termini specifici, della sintassi e della morfologia, per produrre effetti che nel contesto giuridico sono definiti “giuridici”, in quello linguistico “performativi”.

In questo specifico contesto processuale, l’effetto giuridico-performativo delle parole del ricorrente con le quali viene formulata la domanda è la definizione dell’ambito del diritto sul quale (e non *oltre* il quale) è chiamato a pronunciarsi il giudice, nel rispetto del rapporto tra domanda e pronuncia, ai sensi dell’art. 112 c.p.c.: «*Il giudice deve decidere su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa*».

Come è noto, il principio fondamentale enunciato dalla suddetta norma, ossia la corrispondenza tra *chiesto* e *pronunciato*, si sostanzia nel potere delle parti di determinare l’ambito dell’oggetto del processo in modo vincolante per il giudice, attraverso l’allegazione dei fatti costitutivi e/o lesivi²⁷. Il giudice, seppur libero nell’interpretazione delle norme, è vincolato ai fatti allegati dalle parti. Chiara è la

²³ La Cassazione richiama letteralmente quanto precisato dalle sezioni unite 2015/25767, p. 26, nell’escludere in radice la configurabilità di un tale danno, qualificandolo sostanzialmente quale mero “*mimetismo verbale*” (poi “*linguistico*”) del c.d. “diritto a non nascere se non sano” (ignoto all’ordinamento giuridico italiano).

²⁴ Si invia anche alla nota 4 del presente commento. Per una panoramica comparatistica F. ZECCHIN, *Spunti di natura comparatistica in tema di danno da “wrongful life”*, in *Jus-online*, 3, 2015. Inoltre: B. SGORBATI, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018; M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell’esperienza italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018.

²⁵ A. BELVEDERE (voce), *Linguaggio giuridico*, in R. SACCO (diretto da), *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, X, Milano, 1994, 21 ss. U. SCARPELLI, P. DI LUCIA, M. JORI (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994.

²⁶ M. IORI, A. PINTORE, *Filosofia del diritto*, Torino, 2014.

²⁷ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2022.

dottrina nello stabilire che «La pronuncia del giudice sul diritto affermato nella domanda, dovrà effettuarsi su quel diritto e non su un altro²⁸».

Gli effetti giuridico-performativi del linguaggio giuridico al quale fa ricorso la parte attrice si producono infatti sul piano dell'interesse sul quale il giudice è chiamato a pronunciarsi. Nel caso di specie, la domanda di parte attrice, così definita dai concetti propri della lingua giuridica, lamenta la lesione dell'interesse «ad un ambiente preparato ad accoglierlo». Non al diverso diritto «a non nascere, se non sana».

Il potere del giudice di riqualificazione non può quindi arrivare al punto di attribuire un diverso significato alle parole e al linguaggio con il quale sono formulate le domande, modificandone gli effetti giuridico-performativi, in quanto ciò può esporre il giudice a violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Un profilo che, diversamente, contribuisce a comprendere – anche se non a condividere – la riqualificazione della domanda di parte ricorrente quale violazione del diritto a non nascere, attiene al contesto nel quale tale domanda è stata formulata.

Ancora una volta, pare utile fare ricorso agli strumenti della linguistica. In particolare, la pragmatica²⁹ analizza il linguaggio in relazione al contesto situazionale, il quale, nel caso in esame, va individuato nel contesto processuale nel quale la domanda di parte ricorrente è stata formulata.

È infatti importante rilevare come nei due gradi di giudizio di merito la domanda di risarcimento della ricorrente per violazione dell'interesse ad essere nata in un ambiente familiare non idoneo sia stata prospettata in quanto «attinente alla dedotta violazione del diritto della madre alla libera determinazione sull'interruzione della gravidanza». Ne è inevitabilmente conseguito il collegamento processuale tra la violazione dell'interesse a vivere in un ambiente idoneo e la violazione del diritto della madre alla libera determinazione sull'aborto, interessi in evidente contraddizione: la domanda di parte ricorrente è stata infatti formulata in modo tale da ricondurre la violazione dell'interesse alla qualità della vita del nato al negato aborto.

In tutta probabilità, è questa la ragione per la quale i giudici di legittimità hanno qualificato i fatti in base a *quanto allegato dalle parti* e non in base a *ciò che le parti avrebbero dovuto allegare* affinché la domanda fosse effettivamente dedotta come lesione pura e diretta dell'interesse «ad un ambiente preparato ad accoglierlo».

5. Le persone oltre la lingua: breve riflessione conclusiva

Esaurita la riflessione in merito al c.d. “mimetismo giuridico”, pare utile soffermarsi brevemente su di un ulteriore motivo di rigetto da parte della Cassazione della pretesa risarcitoria relativa alla lesione del diritto di nascere in un ambiente preparato ad accogliere un neonato disabile.

Si deduce dalla sentenza di legittimità che la domanda si riferiva ad un danno prospettato in appello come conseguenza del pregiudizio subito dai genitori, a seguito di «violazione della madre alla libera

²⁸ *Idem*.

²⁹ C. MORRIS, *Foundations of the theory of signs*, Chicago, 1938. *Id.*, *Signs, language and behaviour*, New York, 1946. J. AUSTIN, *How to do things with words*, Oxford, 1962, (trad. italiana: *Come fare cose con le parole*, Marietti, 1987).

determinazione sull'interruzione della gravidanza». Di conseguenza, la Suprema Corte ha correttamente respinto la domanda sulla base del fatto che, stante l'inesistenza del danno – o meglio, di un danno ingiusto, o, meglio ancora, un danno *iure* (secondo diritto) – subito dai genitori, difetta il presupposto di configurabilità del pregiudizio in capo al nato.

Del resto, questa stessa Corte (presieduta dal medesimo Presidente), in una pronuncia successiva, fa ritenere che diverso sarebbe potuto – forse – essere l'esito del giudizio se il danno del nato fosse stato prospettato come conseguenza della violazione del consenso informato dei genitori, alla quale ha avuto seguito la nascita in un ambiente non preparato.

La suddetta, recente decisione della Cassazione³⁰, in tema di nascita indesiderata e danno da omessa informazione medica, conferma una costante giurisprudenza di legittimità secondo la quale «la consulenza diagnostica è presupposto causale di una serie di conseguenze non circoscritte alla dimensione terapeutica in senso stretto, in considerazione del fatto che la richiesta di una diagnosi prenatale riveste caratteri plurifunzionali». Ciò in quanto la conoscenza delle condizioni di salute del feto si pone come antecedente causale di una serie di altre scelte di carattere familiare, esistenziale ed anche terapeutiche. L'omessa informazione dà quindi luogo non sempre e non solo alla lesione del diritto alla salute, ma a un danno non patrimoniale, quale quello conseguente all'impossibilità di prepararsi alla nascita di una figlia affetta da gravi patologie. Precisa tuttavia la Cassazione che il danno lamentato non solo deve essere causalmente collegato all'omessa informazione, ma deve altresì varcare la soglia della serietà/gravità dell'offesa, secondo i canoni delineati dalle note sentenze di San Martino³¹.

A conclusione di questo commento, pare quindi opportuno un rilievo: ben si comprende la decisione della Cassazione di non riconoscere il risarcimento ad una madre che non avrebbe potuto avvalersi della facoltà di interruzione della gravidanza, a fronte della nascita di una bambina affetta da malformazioni qualificate, in fatto, non rilevanti. Tuttavia, così come in Sezioni Unite 2015/25767³², anche in questa decisione non vi è cenno alla possibilità che il figlio lamenti non già di essere nato, bensì la bassa qualità della propria vita.

Seppur nel solco del mancato accoglimento della domanda, un *obiter*, una *parola* in merito al pregiudizio subito da M.M. per essere nata in una famiglia non preparata ad accoglierla, avrebbe costituito un richiamo ai “precedenti” di questa Corte e il consolidamento di questo virtuoso cammino giurisprudenziale.

Del resto, le parole costruiscono la realtà. John Austin concorderebbe³³.

³⁰ Cass., 16 marzo 2021, n. 7385 La decisione si pronuncia in merito al danno subito dai genitori di una bambina nata con grave patologia cromosomica accompagnata da deficit immunologico, non diagnosticata dal nosocomio.

³¹ Si tratta delle note, importanti pronunce della Corte di Cassazione, III sezione, 11/11/2019, dal n. 28985 al n. 28994. La Corte fa tuttavia riferimento anche alle precedenti, omonime sentenze Cass., sez. un., 11 novembre 2008 da n. 26972 a n. 26975.

³² M. GORGONI, *op. cit.*, 177.

³³ J. AUSTIN, *op. cit.*

La scelta della Corte costituzionale colombiana di depenalizzare l'aborto entro la ventiquattresima settimana e la sua rilevanza rispetto ai diritti sessuali e riproduttivi delle donne

*Mariangela Barletta**

THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION C-055 OF 2022: THE CHOICE TO DECRIMINALIZE ABORTION WITHIN THE 24TH WEEK AND ITS RELEVANCE IN THE RECOGNITION OF WOMEN'S SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS

ABSTRACT: This article examines the sentence delivered by Colombia's Constitutional Court C-055/2022. With this decision, the Court partially decriminalizes the crime of abortion provided by Art. 122 of Colombia's Criminal Code, which was sanctioned in all circumstances except those indicated in the same provision. These exceptions, which already indicated a certain openness to the recognition of women's sexual and reproductive rights, were included through the decision of Court C-355 of 2006. The comment addresses the evolution of the Court's decisions and the reasons for the partial decriminalization of article 122 of the Criminal Code: from socio-cultural development, as represented by the various regional pro-voluntary abortion movements, to the need for consistent legislation at all levels, whether national, regional, or international.

KEYWORDS: Reproductive rights; right to health; gender equality; abortion in South America; decision of the Colombian Constitutional Court C-055/2022

ABSTRACT: Il presente contributo prende in esame la sentenza emanata dalla Corte costituzionale colombiana C-055 del 2022. Con questa pronuncia la Corte depenalizza parzialmente il reato di aborto previsto dall'art. 122 del Codice Penale della Colombia, il quale veniva originariamente sanzionato con la reclusione da sedici a cinquantaquattro mesi in tutti i casi in cui l'interruzione volontaria della gravidanza fosse avvenuta al di fuori delle eccezioni previste dalla stessa norma. Queste scriminanti, che già rappresentavano una certa apertura verso il riconoscimento dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne, erano state inserite all'interno della fattispecie per mezzo del precedente della Corte C-355 del 2006 per diverse ragioni. Il commento affronta l'evoluzione delle decisioni della Corte e i motivi di fondo della parziale decriminalizzazione dell'art. 122 c.p.: dallo sviluppo socio-culturale, rappresentato dalla nascita di diversi movimenti

* *Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale - Ordine Internazionale e diritti umani, Università di Roma "La Sapienza". Mail: mariangela.barletta@uniroma1.it. Contributo sottoposto a doppio refereggio anonimo.*

regionali a favore dell'interruzione volontaria della gravidanza; all'esigenza di dotarsi di una normativa coerente a ogni livello, che sia nazionale, regionale o internazionale.

PAROLE CHIAVE: Diritti riproduttivi; diritto alla salute; parità di genere; aborto in America Latina; sentenza Corte costituzionale colombiana C-055/2022

SOMMARIO: 1. Pronuncia 1.1 Introduzione – 2. Il precedente: sentenza C-355/2006 – 3. La nuova pronuncia: sentenza C-055/2022 – 3.1 Il bilanciamento dei diritti effettuato dalla Corte rispetto all'obiezione di coscienza – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La pronuncia in commento¹ rappresenta un punto di svolta nel riconoscimento dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne, in quanto con essa la Corte costituzionale ha modificato la portata dell'art. 122 del Codice Penale colombiano, riqualificando il reato di aborto volontario nel senso che questo «non si costituisce quando la condotta è posta in essere entro la ventiquattresima settimana di gestazione, o senza alcun limite temporale nei casi già previsti dalla norma»². La Corte ha, inoltre, esortato il governo nazionale a formulare e attuare una politica pubblica globale in materia, coerente con i dettami della pronuncia.

Nel testo originale dell'art. 122 c.p., l'interruzione volontaria della gravidanza era punita con la pena della reclusione da sedici a cinquantaquattro mesi, eccetto nelle ipotesi tassative espressamente previste dalla stessa disposizione. Queste ultime erano state inserite per mezzo di un precedente della Corte costituzionale colombiana (Corte costituzionale C-355 del 2006)³, il quale, nonostante l'importanza cruciale rispetto alla tutela dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne, non risolveva molte problematiche relative alla questione. Infatti, non solo lasciava intatta la sanzione penale al di fuori dei casi previsti, ma imponeva anche oneri particolarmente gravosi al fine di poter beneficiare delle scriminanti: come l'obbligo di presentare certificazioni mediche o atti di denuncia degli abusi. Per questo motivo, considerata la persistente difficoltà nel garantire e tutelare i diritti delle donne, la Corte costituzionale veniva investita nuovamente in merito alla depenalizzazione del reato previsto dall'art. 122

¹ Sentenza della Corte costituzionale colombiana C-055 del 21 febbraio 2022, <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm> (ultima consultazione 7/6/2022).

² Legge 599/2000 che istituisce il Codice Penale in Colombia. Art. 122 – Aborto «La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior». La sentenza C-355 del 2006 ha modificato la norma prevedendo tre condizioni in cui è possibile praticare una interruzione volontaria della gravidanza «en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto».

³ Sentenza della Corte costituzionale colombiana C-355 del 10 Maggio 2006, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> (ultima consultazione 7/6/2022).

c.p. La questione riguardava la compatibilità di questa disposizione con i diritti delle donne, sanciti sia dalla costituzione nazionale che dagli strumenti di diritto regionale e internazionale. Questa richiesta non è un caso isolato in America Latina; infatti, sulla scia di una forte presa di coscienza sociale, in tutta la regione è in atto un processo di riforma delle disposizioni che riguardano il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza.

In Messico, ad esempio, a partire dal 2007, ha preso avvio un processo di depenalizzazione delle norme che puniscono l'aborto, culminato con la recente pronuncia della Suprema Corte de Justicia del Estado de Coahuila (SCJN) del 2021⁴. Con la decisione, che è vincolante per ogni giudice del Messico (essendo stata adottata all'unanimità), la Corte Suprema ha stabilito che è incostituzionale criminalizzare l'aborto in maniera assoluta, e si è pronunciata per la prima volta a favore della garanzia del diritto delle donne e delle gestanti a decidere della gravidanza senza subire conseguenze penali⁵.

Un'altra pronuncia degna di nota è quella emanata dalla Corte costituzionale dell'Ecuador nel 2021, con cui la Corte ha rilevato l'incostituzionalità degli articoli 149 e 150 del Codice Penale (COIP) relativi al reato di aborto, nella parte in cui non prevedevano la non punibilità nel caso in cui la gravidanza derivasse da una violenza sessuale⁶. La causa di non punibilità originariamente prevista, infatti, era limitata soltanto ai casi di stupro commessi contro una donna affetta da malattie mentali. La Corte ha giudicato incostituzionale la disposizione, ritenendo che la maternità forzata in casi di stupro violi in ogni caso l'integrità fisica, psichica, morale e sessuale delle donne, e le privi della libertà di autodeterminazione.

L'ambizioso progetto di legge, che avrebbe dovuto essere emanato a seguito della pronuncia, è stato però ostacolato dalle opposizioni del partito conservatore (Movimiento Político Creando Oportunidades - CREO) e dal veto del Presidente della Repubblica. Il progetto rendeva possibile interrompere la gravidanza entro la dodicesima settimana (termine che si estendeva fino a diciotto settimane per le donne provenienti da zone rurali)⁷. Su quest'ultimo punto la proposta era in linea con la sentenza pronunciata dalla Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emanata nel caso *Manuela y otros v. El Salvador* (2021), in cui gli svantaggi strutturali di alcune aree rurali, venivano riconosciuti come cause in grado di aumentare la vulnerabilità delle donne⁸.

⁴ Sentenza della Corte Suprema del Messico n. 271/2021, pubblicata il 19 gennaio 2022 sulla Gazzetta Ufficiale della Federazione al link <https://bit.ly/3uy3zCR>.

⁵ La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 196 del Codice Penale di Coahuila, che prevedeva la reclusione da 1 a 3 anni in caso di aborto volontario. Ha esteso la sua decisione all'articolo 198, nella parte in cui impediva alla donna di essere assistita da personale sanitario, e all'art 199, prevedendo la possibilità di abortire entro dodici settimane in caso di stupro, inseminazione o impianto artificiale.

⁶ Sentenza della Corte costituzionale dell'Ecuador n. 34-29-IN/21 del 28 aprile 2021, Si veda la scheda *Ecuador – Corte costituzionale - sent. 34-29-IN/21: illegittimità costituzionale del reato di aborto in caso di donne vittime di violenza sessuale*, su <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Messico-Corte-Suprema-incostituzionale-la-criminalizzazione-dell-aborto>

⁷ La ragione era quella di consentire alle donne provenienti da queste zone di raggiungere i servizi sanitari nei termini legali, tenuto conto delle carenze delle difficoltà strutturali ed economiche.

⁸ «[...] Este Tribunal considera que en Manuela confluían distintas desventajas estructurales que impactaron su victimización. En particular, la Corte subraya que Manuela era una mujer con escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural. Para verificar la discriminación alegada en este caso, estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación habrían confluído en forma interseccional, aumentando las

Un importante passo avanti rispetto alla tutela dei diritti sessuali e riproduttivi, è stato compiuto anche in Argentina. Nel 2020, infatti, il Congreso Nacional ha deciso di promulgare la legge n. 27.610, che consente, a certe condizioni, di interrompere volontariamente la gravidanza entro la quattordicesima settimana (o anche nelle settimane successive nei casi in cui sussista un rischio per la salute della gestante, o la gestazione sia causata da violenza sessuale)⁹. Prima di questa legge, invece, in Argentina l'aborto era consentito solo nel caso in cui la donna fosse stata vittima di stupro oppure fosse in pericolo di vita. In particolare, la riforma modifica gli articoli 85, 86 e 88 del Codice Penale argentino e aggiunge l'art. 85bis, che ora punisce gli operatori sanitari che ingiustificatamente ritardano, ostacolano o rifiutano di eseguire l'interruzione volontaria di gravidanza nei casi consentiti dalla legge.

Un altro rilevante intervento legislativo in materia è rappresentato dalla legge n. 21.030 del 2017 del Cile.

L'art. 1, che sostituisce la precedente legge del 1989, ha introdotto la possibilità di interrompere la gravidanza nei casi in cui: I) la donna si trovi in pericolo di vita, di modo tale che l'interruzione della gravidanza eviti tale pericolo; II) l'embrione o il feto soffrano di una patologia congenita acquisita o genetica, incompatibile con la vita extrauterina indipendente e, in ogni caso, di carattere letale; III) la gravidanza sia il risultato di una violenza sessuale, sempre che non siano trascorse più di dodici settimane di gestazione (mentre nel caso di donna minore di quattordici anni, l'interruzione potrà realizzarsi entro le prime quattordici settimane di gestazione)¹⁰.

Le cause di giustificazione previste dalla legge cilena sono le stesse previste dall'art. 122 del Codice Penale della Colombia, inserite nella disposizione per mezzo della sentenza C-355 del 2006 della Corte costituzionale colombiana. Infatti, come verrà meglio precisato nel prossimo paragrafo, la pronuncia del 2006 ha stabilito che non costituisce reato l'aver interrotto la gravidanza nel caso in cui: I) la gravidanza risultasse un grave pericolo, certificato da un medico, per la vita o la salute fisica e mentale della donna; II) sempre su certificazione medica, il feto fosse affetto quasi certamente da una malformazione grave tale da rendere la sua esistenza invivibile; III) quando la gravidanza fosse stata conseguenza di una violenza carnale debitamente denunciata, di inseminazione artificiale o surrogazione di maternità (trasferimento di ovulo fecondato) effettuata senza consenso, o di incesto. L'art. 1 della legge Cilena del 2017 e l'art. 122 c.p., come modificato dalla pronuncia della Corte costituzionale nel 2006, risultano simili anche nella parte relativa alla prestazione del consenso e alle modalità in cui può essere esercitato il diritto all'obiezione di coscienza.¹¹ Quello però che è interessante notare è che il Cile giunge a queste conclusioni a distanza di più di dieci

desventajas comparativas de la presunta víctima y causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores» (IACHR, 2021, 74).

⁹ Legge n. 27610 del 2020. Si veda la scheda *Argentina: approvata legge che legalizza l'interruzione volontaria di gravidanza*, su <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Argentina-approvata-legge-che-legalizza-l-interruzione-volontaria-di-gravidanza>

¹⁰ Legge n. 21.030 del 2017. Il progetto di legge era stato presentato al Congresso nel 2015 da Michelle Bachelet. Si veda la scheda, *Cile – L. 21030/2017: depenalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza in 3 ipotesi*, su <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Cile-L.-21030-2017-depenalizzazione-dell-interruzione-volontaria-di-gravidanza-in-3-ipotesi>

¹¹ Vedi paragrafo 3.1.

anni dalla sentenza emanata in Colombia. Questo riflette il contemporaneo scenario presente in America Latina, in cui, sebbene molti stati si stiano uniformando agli *standard* previsti dai trattati e dalle convenzioni internazionali, di fatto permangono severe limitazioni all'esercizio di alcuni diritti. Infatti, l'aborto è ancora un reato severamente sanzionato in diversi stati, come El Salvador, Honduras, Repubblica Dominicana, Haiti e Nicaragua.

2. Il precedente: la sentenza C-355 del 2006

Prima di passare all'analisi della recente pronuncia della Corte costituzionale colombiana C-355 del 2022, occorre ripercorrere brevemente le tappe che l'hanno preceduta.

Come anticipato, la Corte si era già espressa in un importante precedente storico nel 2006. Questa sentenza, per quanto innovativa nel contesto in cui si inseriva, non aboliva completamente il reato di interruzione volontaria della gravidanza, ma si limitava a prevedere solo alcune ipotesi tassative che giustificassero la condotta, e dunque che escludessero la commissione del reato.

Tuttavia, nel contesto sociale e temporale in cui è stata emanata, la sentenza del 2006 appariva particolarmente inaspettata e significativa. Infatti, fino alla sua emanazione, non solo l'aborto era considerato *tout court* un reato punito con la reclusione, ma la di poco precedente Legge 890 del 2004 aveva persino aumentato le sanzioni previste nelle fattispecie penali contenute nella parte speciale del Codice Penale, incluso dunque quella di cui l'art.122 c.p.¹².

La Corte veniva citata in merito alla compatibilità con la Costituzione colombiana degli artt. 122, 123, 124 e 32 numero 7 c.p., in quanto gli attori ritenevano che queste norme violassero tanto i diritti garantiti a livello costituzionale – come il diritto alla dignità, all'autonomia riproduttiva e al libero sviluppo della personalità della donna –, che quelli tutelati dal Codice Penale e dai trattati di diritto internazionale che tutelano i diritti umani – come il diritto all'eguaglianza, all'autodeterminazione, alla salute, all'integrità e al diritto a non subire trattamenti disumani e degradanti¹³.

Alla luce della valutazione di tali diritti, la Corte giungeva a ritenere che la norma di cui l'art. 122 c.p., per come era formulata, violasse i principi fondamentali di libertà, autonomia e proporzionalità sanciti dalla Costituzione e dai principali strumenti giuridici. La pronuncia assumeva che la scelta di

¹² Legge 890/2004 di modifica del Codice Penale. Art. 14 «Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la presente ley.[...]», http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_890_2004.pdf (ultima consultazione 30/5/2022).

¹³ Oltre alla modifica dell'art. 122 c.p. le altre istanze riguardavano l'inapplicabilità degli articoli 123,124, e dell'art. 32 paragrafo n. 7, in quanto si riteneva che non bastasse ridurre le pene nei casi previsti ora dall'attuale art. 122, né si riteneva giusto vietare ad una minore di 14 anni di avere figli. Da ultimo il riferimento allo stato di necessità, che in quanto tale comunque induceva le donne a ricorrere ad aborti insicuri e clandestini. Art. 122 «Aborto» v. nota n. 1; Art. 123 «Aborto senza consenso» - Chi provoca l'aborto senza il consenso della donna o in una donna di età inferiore ai quattordici anni, incorrerà in carcere da quattro (4) a dieci (10) anni; Art. 124 «Attenuanti» - La pena prevista per il reato di aborto è ridotta di tre quarti quando la gravidanza è il risultato di una condotta costituente accesso carnale o atto sessuale senza consenso, abusiva, fecondazione artificiale o trasferimento non consensuale di un ovulo fecondato; Art. 32 n. 7 «Ausencia de responsabilidad - Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar».

una donna di interrompere una gravidanza indesiderata fosse una decisione riguardante l'integrità del proprio corpo, tale da non poter essere penalizzata. In altri termini, la *ratio* della sanzione non era in linea con il diritto al libero sviluppo della sua personalità e autonomia, considerata come massima espressione della dignità umana. Allo stesso modo la sentenza esprimeva preoccupazioni rispetto alla violazione del diritto di uguaglianza, in quanto la penalizzazione della condotta non teneva conto delle forti differenze tra donne – come l'età o le condizioni economiche – e quindi della loro concreta possibilità di affrontare una gravidanza indesiderata.

Il mutamento giurisprudenziale trova le sue radici più profonde nell'evoluzione della percezione dell'aborto e nel consenso sociale, nell'esigenza di uniformarsi alle legislazioni regionali e in quella di conformarsi alle raccomandazioni espresse dai Comitati internazionali¹⁴.

Nonostante le conclusioni a cui giunge la Corte, le cause di giustificazione previste dalla sentenza appaiono da sole alquanto limitative rispetto alla possibilità concreta di interrompere la gravidanza, e di conseguenza poco idonee a tutelare i diritti delle gestanti. La prima, ad esempio, volta a salvaguardare il diritto alla vita e alla salute della donna¹⁵, non tiene conto del fatto che anche la salute mentale possa essere alterata durante la gravidanza tanto da giustificare l'interruzione. La Corte, infatti, sebbene preveda che questa scriminante non riguardi esclusivamente la lesione della salute fisica della gestante, la obbliga a presentare una certificazione medica comprovante il disagio psicologico. Interrompere la gravidanza appare quindi molto complesso, se non impossibile, dato che la sentenza non prende in considerazione tutti quei casi in cui il problema psicologico, sebbene non rientri in una patologia mentale certificabile, possa rappresentare comunque un disagio o un malessere per la gestante.

Anche la seconda condizione sembra essere particolarmente stringente. Infatti, la malformazione del feto, a cui si fa riferimento al fine di giustificare l'interruzione legale della gravidanza, è solo quella tale da non rendere possibile neppure la sopravvivenza del nascituro. Pertanto, restano escluse tutte le ipotesi in cui le malformazioni, sebbene non siano tanto gravi da compromettere la vita del neonato, comportino comunque oneri gravosi per la madre o per i genitori, tanto dal punto di vista morale che economico.

Di difficile concreta attuazione appare anche la terza causa di giustificazione, che depenalizza l'aborto nel caso in cui la gravidanza sia dipesa da incesto, accesso carnale o atto sessuale senza

¹⁴ Tra cui il Comitato sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, il quale ha sottolineato più volte la necessità di depenalizzare l'aborto anche al fine di contrastare le forme di violenza di genere e il Comitato sui diritti civili, sociali e economici. Cfr. CEDAW, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia*, 14 marzo del 2019, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/COL/CO/9&Lang=En; (ultima consultazione 30/5/2022); CEDAW, *General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19*, 14 luglio 2017, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CE-DAW_C_GC_35_8267_E.pdf (ultima consultazione 30/5/2022); COMITATO SUI DIRITTI CIVILI, SOCIALI ED ECONOMICI, *General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2 maggio 2016, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en (ultima consultazione 30/5/2022).

¹⁵ Ad esempio l'articolo 6 del *Patto internazionale sui Diritti civili e politici*, l'articolo 12.1 della *Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne* (CEDAW), e l'articolo 12 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*.

consenso, inseminazione artificiale o trasferimento non consensuale di ovulo fecondato. Essa, infatti, presuppone che, per poter interrompere legalmente la gravidanza, occorra la previa denuncia degli abusi subiti. Questa condizione costituisce un onere particolarmente gravoso per le vittime; è noto infatti che spesso le donne o le ragazze abusate siano vittime non solo della violenza fisica, ma anche di quella psicologica, che consiste nel timore di essere stigmatizzate e rifiutate nel contesto sociale in cui vivono. Questa circostanza le spinge spesso a tacere sulla gravidanza e a praticare aborti pericolosi e clandestini, che mettono a rischio la loro vita e salute. Rispetto a questa terza scriminante, inoltre, degno di nota è il riferimento alla condotta di inseminazione artificiale abusiva o trasferimento di ovulo fecondato nell'utero¹⁶. La necessità di inserire questa previsione riflette con tutta probabilità la situazione legata al c.d. turismo della procreazione. L'impossibilità di accedere a pratiche di riproduzione artificiale nella maggior parte degli Stati, infatti, spinge le coppie a recarsi nei paesi in cui tali pratiche sono invece consentite. In Colombia non sono presenti leggi chiare che avvallino o vietino tali pratiche, si registrano dunque diversi casi che possono minare la portata dei diritti delle donne, esponendole a rischio di sfruttamento. La Corte costituzionale, con una pronuncia del 2009, ha cercato di mitigare questo pericolo, introducendo alcune condizioni che dovrebbero trovare applicazione nel momento in cui si ricorre a queste procedure¹⁷. Nello specifico stabilisce che, oltre all'età superiore ai quattordici anni e alla buona salute fisica della donna donatrice, un ulteriore requisito dovrebbe essere il carattere volontario e non commerciale della pratica, e la prossimità parentale o amicale dei soggetti coinvolti. Questa pronuncia riflette un dibattito molto ampio in materia, che vede opporsi da un lato le argomentazioni di coloro che approvano l'utilizzo delle tecnologie riproduttive – in quanto in grado di consentire alle famiglie di avere figli anche qualora fosse biologicamente impossibile – dall'altro quelle di chi le rifiuta, sottolineando come i rischi siano maggiori dei benefici¹⁸.

La questione dello sfruttamento è dunque strettamente correlata alla forte differenza tra normative nazionali, e potrebbe essere risolto o mitigato attraverso l'introduzione di una specifica regolamentazione a livello internazionale.

3. La nuova pronuncia: sentenza C- 055 del 2022

In questo stato dell'arte, la sentenza C-355 del 2022 della Corte effettua un passo avanti nella tutela dei diritti delle donne, spingendosi a depenalizzare il delitto di interruzione volontaria della gravidanza – di cui l'art. 122 c.p. – se effettuato entro la ventiquattresima settimana di gestazione (o anche successivamente nei casi già previsti dalla stessa norma).

¹⁶ A. C. ACOSTA, *Maternidad subrogada*, in *Revista Ciencias Biomédicas*, 2, 2010, 91-97. <https://doi.org/10.32997/rcb-2011-3397>; C. A. ROMERO RUBIO, *Maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?*, in *IUSTA*, 1, 2019, 175-189.

¹⁷ Sentenza del Tribunale colombiano T – 968 del 2009, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm> (ultima consultazione 30/5/2022).

¹⁸ A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute e dignità*, Milano, 2020; M. BARLETTA, *Recensione a A. Di Martino, Pensiero Femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020, pp. 212, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1, 2021, 1-7; L. BATTAGLIA, *La cultura femminista di fronte alla sfida delle nuove tecnologie riproduttive*, in *Global Bioethics*, 5, 1992, 117-125.

La pronuncia segna un punto decisivo nell'affermazione dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne in Colombia e, più in generale, nell'uguaglianza di genere nei paesi dell'America Latina. Infatti, essa riflette le battaglie che molte associazioni femministe stanno avanzando in questa regione del mondo per un maggiore riconoscimento dei diritti delle donne. In proposito, va ricordato che a partire dal 2018 in tutta l'America Latina ha preso piede una campagna che ha avuto il pregio di sensibilizzare l'opinione governativa, tanto da spingere diversi governi a modificare alcune norme o a introdurre di più favorevoli (tra questi, Argentina Messico, Ecuador, Uruguay, Cuba e Guyana)¹⁹. In Colombia ha avuto un ruolo decisivo il movimento "Causa Justa", che ha influenzato l'emana-zione della sentenza in commento, e dunque la revisione legislativa. A riguardo la Corte, esortando le autorità pubbliche a implementare a livello nazionale i dettami della sentenza, raccomanda che le politiche includano I) la divulgazione chiara delle opzioni che sono a disposizione della gestante prima, durante e dopo la gravidanza II) l'eliminazione degli ostacoli che impediscono il diritto di usufruire agevolmente dei diritti sessuali e riproduttivi III) la previsione di strumenti di pianifica-zione e prevenzione della gravidanza IV) lo sviluppo di programmi di educazione in materia di educazione sessuale e riproduttiva per tutte le persone V) la previsione di mezzi che accompagnino le donne a ricorrere anche all'adozione e che assicurino che i diritti dei bambini nati vengano tutelati. La scelta di modificare questa disposizione si basa su diversi presupposti, i quali prendono in consi-derazione non solo l'andamento sociale – che ha avuto un forte impatto –, ma anche altri fattori, come le trasformazioni normative e giurisprudenziali, la comparazione con altri sistemi governativi e le raccomandazioni dei comitati internazionali²⁰.

Per giungere a questa decisione, la Corte è partita da un'attenta analisi degli articoli della Costitu-zione, al fine di operare un bilanciamento tra gli interessi coinvolti: da un lato i diritti della gestante, dall'altro il diritto alla vita in gravidanza (bene giuridico protetto dall'art. 122 c.p.). Questo diritto è tutelato a più livelli: dalla Costituzione colombiana all'art 11, dall'art. 4.1 della Convenzione Intera-mericana dei Diritti Umani, dal diritto consuetudinario dei diritti umani e dai trattati internazionali. Esso è espresso nell'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 6.1 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici²¹. Tuttavia, la Corte rileva che sebbene si tratti di un diritto inviolabile, occorre che esso venga graduato in considerazione dei diritti della madre, come quello

¹⁹ In America Latina la battaglia a favore dell'interruzione volontaria della gravidanza, e quindi della decrimina-lizzazione del reato di aborto, è stata portata avanti da diversi movimenti di matrice femminista e da numerose organizzazioni della società civile. In Argentina ad esempio un forte impatto ha avuto la campagna "La marea verde", che si è estesa in tutta la regione, influenzando anche l'attivismo in Colombia. In proposito, C. BAZÀN, *La «marea verde» del aborto toma impulso en América Latina*, in *efeminista*, 2021, <https://efeminista.com/marea-verde-aborto-america-latina/> (ultima consultazione 30/5/2022); M. ACOSTA, *Activismo feminista en instagram. El caso de la campaña nacional por el derecho al aborto legal seguro y gratuito en argentina*, in *Perspectivas de la comunicación*, 13, 2020, 29-4, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-48672020000100029>.

²⁰ Cfr. Nota 6.

²¹ Art. 11 Cost. colombiana «El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte»; Art. 4.1 Convenzione americana dei diritti dell'uomo «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará pro-tegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitra-riamente» Art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona»; Art. 6.1 Patto internazionale sui diritti civili e politici «Il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve essere protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitraria-mente privato della vita».

alla salute e all'autodeterminazione. Questa considerazione si pone in linea con quanto già statuito dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani, la quale ha sviluppato il concetto di protezione graduale e incrementale della tutela del diritto alla vita. Il sistema delineato dalla Corte Interamericana implica che il diritto alla vita non è assoluto, e che pertanto debbano essere previsti alcuni termini entro cui l'esecuzione dell'aborto è legale²².

La ricerca di questi termini, entro cui si realizzerebbe un corretto bilanciamento tra il diritto all'interruzione della gravidanza e il diritto alla vita, è ancora oggi oggetto di dibattito. Sul punto non c'è un'opinione univoca: alcuni Stati fissano questo momento già a partire dal concepimento, altri fanno riferimento allo *standard* della c.d. autonomia fetale (come in Italia), altri ancora allo *standard* della viabilità del feto (USA, Paesi Bassi e Giappone), che si assesta intorno alla ventiquattresima settimana²³. Quest'ultimo criterio è quello che viene adottato dalla sentenza in commento, la quale individua la *ratio* di tale termine attraverso un'analisi comparata delle pronunce emanate in materia in altre giurisdizioni. Ad esempio, viene fatto riferimento alle conclusioni raggiunte nelle sentenze *Roe v. Wade (1973)* e *Planned Parenthood v. Casey (1992)*, della Corte Suprema degli Stati Uniti, in cui venivano spiegati i motivi scientifici della scelta del limite delle ventiquattro settimane di gestazione.²⁴

Inoltre, a prescindere dalla sua validità scientifica, il termine di ventiquattro settimane rappresenta secondo la Corte un modo concreto per tutelare la libertà di autodeterminazione delle donne, e per prevenire il ricorso all'aborto clandestino, considerato un problema di salute pubblica²⁵.

Attraverso queste considerazioni, la sentenza del 2022 giunge a riflettere anche sulla *ratio* della pena, e sul principio secondo cui questa dovrebbe propendere verso la rieducazione del reo. In questi termini, prendendo in considerazione l'esigenza di rispettare i diritti umani di tutti gli individui, la Corte giudica anacronistico e privo di ragione condannare una donna *tout court* per il fatto di voler interrompere una gravidanza non desiderata al di fuori delle scriminanti previste dall'art. 122. del Codice Penale. Viene sottolineata l'importanza della libertà, soprattutto delle più giovani, di prospettarsi una vita diversa e non imposta, sorpassando vecchie convenzioni e ruoli di genere.

²² Sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Caso di Artavia Murillo et al. c. Costa Rica*, del 28 novembre 2012. Altre sentenze sul tema sono: T-171 del 2007, T-209 del 2008, T-388 del 2009, T-585 del 2010, T-627 del 2012, T-532 del 2014, T-931 del 2016, C-754 del 2015 e C-327 del 2016.

²³ M. BERER, *Abortion Law and Policy Around the World: In Search of Decriminalization*, in *Health and human rights*, 19, 2017, 13-27; A. R. BENEGIAMO, *Aborto in Italia: perché 90 giorni?*, in *LeTrattative*, 2022, <https://www.letrattative.it/2022/02/aborto-italia-perche-90-giorni.html> (ultima consultazione 30/5/2022); R.L., LODDO, *I Greci e l'aborto fra teoria politica e prassi medica. Per una rilettura di Platone, Aristotele e Ippocrate*, in *Erga-Logoi. Rivista di storia, letteratura, diritto e culture dell'antichità*, 1, 2014, 105-13; A. GUILLAUME, C. ROSSIER, P. REEVE, *Abortion around the world. An overview of legislation, measures, trends, and consequences*, in *Population*, 73, 2018, 217-306.

²⁴ Tuttavia, la recente pronuncia della Corte Suprema (*Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, No. 19-1392, 597 U.S.2022) del 24 giugno 2022, ha stabilito che la Costituzione degli Stati Uniti non conferisce il diritto all'aborto, risolvendosi conseguentemente ad operare l'*overruling* delle risalenti pronunce. È possibile consultare la sentenza al link https://www.supreme-court.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

²⁵ In proposito cfr. Sentenze T - 760 del 2008, C-313 del 2014 e T-361 del 2014. Si fa riferimento agli artt. 49, 42 e 16 della Costituzione, relativi alla tutela della salute, al diritto alla famiglia e alla libera espressione della propria personalità.

Da queste considerazioni è possibile cogliere la rilevanza della sentenza rispetto ai diritti delle donne. Essa, infatti, oltre a rappresentare un momento radicale in Colombia, costituisce un tassello fondamentale nel riconoscimento della parità di genere, potendo fungere da esempio per altri stati anche non appartenenti all'America Latina.

Il riconoscimento dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne a livello internazionale è un argomento complesso, che riguarda anche i paesi più evoluti. Ad esempio, basti pensare che attualmente in Italia, e in molti paesi dell'Unione Europea, il termine entro cui è possibile interrompere legalmente una gravidanza si assesta intorno alla dodicesima settimana.

3. 1. Il bilanciamento dei diritti che effettua la Corte rispetto all'obiezione di coscienza

La nuova pronuncia della Corte deve essere letta in parallelo con il rischio che pone l'obiezione di coscienza da parte dei medici. L'obiezione di coscienza è una libertà che deriva dal diritto di credere in una determinata religione o in un culto, e dunque di opporsi a pratiche che siano in contrasto con la propria morale, benché contenute in leggi o pronunce giurisprudenziali. A livello internazionale questo diritto è tutelato da alcuni strumenti giuridici quali il Patto sui diritti civili e politici e la Convenzione americana sui diritti umani. (art. 18 e art. 12)²⁶. Nella legislazione colombiana questo diritto è sancito da diversi articoli della Costituzione, i quali fanno riferimento alla libertà di coscienza, di espressione, di culto e allo sviluppo della propria personalità.²⁷

Al fine di mitigare il rischio di compromettere eccessivamente i diritti della gestante, la giurisprudenza ha contribuito a segnare i limiti entro cui la libertà di pensiero dei medici trova spazio rispetto al diritto alla salute riproduttiva delle donne. In questo senso, la sentenza C-355 del 2006²⁸ ha svolto un ruolo decisivo, in quanto ha specificato la condotta che un medico obiettore è tenuto ad osservare nel caso di richiesta di interruzione volontaria di gravidanza. In primo luogo occorre che il medico fornisca una motivazione espressa, debitamente registrata da parte del sistema sanitario nazionale. In secondo luogo, il medesimo ha l'obbligo di indirizzare immediatamente la donna richiedente presso un altro medico disposto ad operarla. I professionisti sanitari hanno infatti

²⁶ Art. 18 Patto sui diritti civili e politici, «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta, nonché la libertà di manifestare, individualmente o in comune con altri, e sia in pubblico sia in privato, la propria religione o il proprio credo nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento [...] 3. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere sottoposta unicamente alle restrizioni previste dalla legge e che siano necessarie per la tutela della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico e della sanità pubblica, della morale pubblica o degli altrui diritti e libertà fondamentali [...]»; Art. 12 Convenzione americana dei diritti dell'uomo, Libertà di coscienza e religione 1. Ognuno ha diritto alla libertà di coscienza e religione [...] 3. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere soggetta solo alle limitazioni prescritte dalla legge e necessarie a proteggere la sicurezza, l'ordine, la salute o la morale pubblica o gli altrui diritti o libertà [...].»

²⁷ Art. 18 Cost. «Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia; 19 - Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley. 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura».

²⁸ Similmente alla legge Cilena v. *Introduzione*.

l'obbligazione etica, costituzionale e legale di rispettare i diritti della gestante. La Corte chiarisce inoltre che la possibilità di opporsi è garantita solo alle persone fisiche; un ospedale o una clinica non dovrebbero dunque rifiutarsi di garantire la fruibilità del servizio. Questi oneri rappresentano quindi una garanzia di accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, che accanto al ruolo svolto dal sistema sanitario nazionale, dovrebbe permettere alle donne di abortire legalmente²⁹.

4. Conclusioni

La sentenza C-055 del 2022 della Corte costituzionale colombiana rappresenta un passo importante nell'affermazione dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne. Come già accaduto in altri paesi dell'America Latina, essa si pone come risultato di un cambiamento socio-culturale in corso, volto a riconoscere la parità di genere, e a elidere gli ormai anacronistici pregiudizi che ruotano intorno ai concetti di ruolo tra uomo e donna. Attraverso l'analisi dei precedenti giurisprudenziali, delle norme nazionali, regionali e internazionali, la pronuncia illustra le ragioni che sono alla base della scelta di depenalizzare l'interruzione volontaria della gravidanza entro la ventiquattresima settimana di gestazione. Il filo conduttore comune è rinvenibile nella necessità di riconoscere alle donne il pieno diritto di esprimere e sviluppare la propria personalità, senza discriminazioni, e nel pieno rispetto del diritto alla salute e alla dignità umana. Come visto, le considerazioni della sentenza in commento sono le medesime di quelle già espresse nel precedente del 2006, che già avevano portato a riconsiderare la portata della norma penale di cui l'art. 122 c.p., prevedendo tre cause che giustificassero la commissione del reato. Questa modifica, tuttavia, era apparsa insufficiente a garantire il pieno soddisfacimento dei diritti sessuali e riproduttivi, non solo perché continuava a sanzionare la condotta al di fuori dei casi previsti, ma anche perché questi casi ponevano delle limitazioni così stringenti tali da non consentire in realtà la possibilità di interrompere la gravidanza in atto.

L'ampliamento delle cause che escludono il reato posto in essere dalla Corte nel 2022 rappresenta quindi un passaggio importante, che si auspica possa avvenire anche in altri paesi non solo dell'America latina. I diritti sessuali e riproduttivi rappresentano la linea di demarcazione nella parità di genere. Questi sono tutelati a più livelli, eppure fanno parte di un ambito in cui il diritto internazionale, scontrandosi con le realtà e le morali nazionali, non riesce ad avere effettiva influenza. La Risoluzione n. 2469 del 2019 del Consiglio di Sicurezza (parte dell'Agenda Donne, Pace e Sicurezza), ad esempio, nonostante affronti il problema e incoraggi i governi ad adottare misure di prevenzione e riparazione per le vittime di abuso sessuale nei conflitti, non fa alcun esplicito riferimento alla possibilità che queste possano legalmente ricorrere all'aborto. Questo limite, per quanto comprensibile nelle politiche del Consiglio, non solo crea discriminazioni tra donne

²⁹ Sentenza T- 209 del 2008; S. MEDINA, *La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*, in *Revista Academia & Derecho*, 18, 2019, 105 - 126 <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5999> (ultima consultazione 30/5/2022); A. C. GONZALES VELEZ, *Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos: una perspectiva desde Colombia*, in *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, 42, 2018, 1-22, <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n42/1886-5887-bioetica-42-00105.pdf> (ultima consultazione 30/5/2022).

appartenenti a territori diversi, ma genera anche rischi legati alla tutela dei diritti dei figli nati a seguito della violenza.

Morte medicalmente assistita e sua possibile connessione con la legge 219/2017

Francesca Giardina*

MEDICALLY ASSISTED DEATH AND LAW 219/2017

ABSTRACT: The paper reports a speech carried out during a meeting regarding the draft law on medically assisted death. In addition to the criticisms of the text, it is proposed the possibility to insert the regulation within the law 219/2017, in order to reframe assisted death as part of medical treatments and the doctor-patient relationship.

KEYWORDS: Medically assisted death; Law 219/2017; end of life decisions; doctor-patient relationship; medical treatments

ABSTRACT: Il testo riproduce un intervento svolto durante un incontro sul disegno di legge in tema di morte medicalmente assistita, rispetto al quale vengono formulati numerosi rilievi critici. Viene, in diversa prospettiva, individuata la possibilità di inserire la disciplina della materia all'interno della legge 219/2017, con l'intento di ricondurre l'aiuto a morire nell'ambito della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente.

PAROLE CHIAVE: Morte medicalmente assistita; legge 219/2017; decisioni di fine vita; relazione medico paziente; trattamenti medici

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'aiuto a morire e la legge 219/2017: le indicazioni della Corte costituzionale – 3. Il consenso del paziente nella legge 219/2017 e nel disegno di legge: due "mondi" lontani – 4. La pianificazione condivisa delle cure – 5. Le disposizioni anticipate di trattamento – 6. Le cure palliative – 7. La capacità – 8. I trattamenti di sostegno vitale – 9. L'aiuto a morire come possibile "espansione" della legge 219/2017 – 10. Una proposta di integrazione della legge 219/2017 – 11. La Cura come relazione di fiducia tra medico e paziente.

* Professore ordinario a riposo di diritto privato, Università di Pisa. fragianar@gmail.com. Contributo su invito.

«È inutile fare con più ciò che si può fare con meno»

1. Premessa

La formula che ispira questa riflessione richiama alla mente la nota immagine del cosiddetto rasoio di Occam. Declinata più volte, è stata espressa in modi diversi («non considerare la pluralità se non è necessario», «è un buon principio analizzare i fenomeni riconducendoli all'ipotesi più semplice possibile») tutti collegati all'idea che la semplificazione è spesso garanzia di chiarezza. Tradotta in regola, è stata fatta propria dai buoni legislatori che – quando erano anche buoni giuristi – hanno creato norme semplici, generali e astratte, per non incorrere nel rischio, insito nella ricerca del dettaglio, di complicare inutilmente la disciplina delle relazioni umane. Dobbiamo, infatti, alla straordinaria opera di semplificazione di stampo illuminista il superamento di quell'oscuro momento della storia del diritto che va sotto il nome di particolarismo giuridico.

Nel differenziare, inoltre, e nel complicare le regole, si finisce fatalmente per discriminare. E la discriminazione non è mai né frutto, né fonte di buon diritto.

2. L'aiuto a morire e la legge 219/2017: le indicazioni della Corte costituzionale

Questo premissa dovrebbe indurre a pensare che non sia solo inutile, ma potenzialmente dannoso, duplicare regole che hanno – o meglio dovrebbero avere – la stessa finalità: garantire il rispetto della dignità della persona umana nei momenti della fragilità e della sofferenza, fino a quella che la l. 219/2017 chiama, con espressione a mio avviso intensa e sintetica, «imminenza di morte» (art. 2, comma 2). Appare, quindi, quanto meno opinabile affidare a un nuovo disegno di legge la disciplina dell'aiuto a morire quando si dispone di un testo – la legge 219, appunto – che, per usare le parole di Paolo Zatti, ha «in sé il seme di una espansione, il cui confine è segnato da una condizione: lo stato di sofferenza intollerabile provocato da una patologia irreversibile».

E se quella legge non ha inteso prendere in considerazione il tema dell'aiuto al suicidio non è stato per assoluta e inconciliabile diversità del tema rispetto all'oggetto della sua disciplina, ma solo per quello che la Corte costituzionale ha considerato una sorta di ritegno della normativa del 2017, che non è giunta a «trarre dai suoi fondamenti *tutte le conseguenze che essi implicano* riguardo all'aiuto medico a “congedarsi dalla vita”»¹.

Ma non c'è dubbio che la legge, nel garantire il rifiuto di cure anche nel caso in cui tale rifiuto implichi un'accettazione della morte (e talvolta, più o meno implicitamente, una richiesta di morte), consideri irrinunciabile il diritto della persona di salvaguardare la propria dignità rifiutando una sofferenza giudicata intollerabile.

E proprio dalla Corte costituzionale giungerebbe l'invito a inserire la disciplina dell'aiuto medico a morire «nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa

¹ Le frasi di Paolo Zatti sono tratte dai suoi *Contributi* al secondo Seminario de “Un diritto gentile”, in materia di istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente ed eutanasia, 14 febbraio 2022. Gli interventi svolti durante il Seminario sono in corso di pubblicazione sulla Rivista “*Responsabilità medica – Diritto e pratica clinica*”.

opzione nel quadro della “relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico”, opportunamente valorizzata dall’art. 1 della legge medesima» (così l’ordinanza n. 207 del 2018).

Proprio questo sembra il nodo centrale: dal disegno di legge approvato dalla Camera e attualmente all’esame del Senato è completamente assente la considerazione della morte volontaria medicalmente assistita come momento della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico e manca completamente qualunque riferimento a quella che, a mio avviso, è la norma forse più significativa e pregnante della legge 219: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1, comma 8).

Considerando il percorso che conduce alla richiesta di congedarsi dalla vita come momento di comunicazione e di cura, si eviterebbe di comprimere quella richiesta in un unico atto, di burocratica e formalistica fisionomia, un “atto” inteso come manifestazione di volontà capace di fissare inesorabilmente un intangibile autoregolamento, che distingue il voluto e il non voluto con un netto spartiacque tra realtà rigidamente distinte.

Poiché non può essere l’illusorio e rassicurante diritto di autodeterminazione, da solo, senza lo stretto legame con il rispetto dell’identità e della dignità della persona, a fondare le scelte di fine vita.

Nell’ambito delle scelte sanitarie – con attenzione particolare agli scenari di fine vita – non ci si trova mai di fronte a meri atti giuridici, bensì a processi all’interno dei quali la “scelta” deve potersi esprimere in forme diverse e più duttili, adatte al contesto di riferimento.

3. Il consenso del paziente nella legge 219/2017 e nel disegno di legge: due “mondi” lontani

La legge 219/2017 ha percepito gli innumerevoli rischi di una visione formalistica del consenso e ha sostituito il quarto comma dell’art. 1 – originariamente formulato in termini che richiedevano un consenso «espresso in forma scritta» – con una disposizione assai più fluida: il consenso, «acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta», ma anche attraverso strumenti adeguati alle circostanze (videoregistrazioni o dispositivi peculiari di comunicazione).

Così il consenso può risultare «in qualunque forma espresso».

Così si evita di vanificare, sulla base di valutazioni squisitamente astratte e avulse dal contesto, l’eventualità che il malato, sia pure in una condizione di debolezza, abbia comunque gli elementi per esprimere i propri intendimenti.

Così la legge – quella legge – sa essere, più che una legge, un sostegno normativo.

Molto diversamente si atteggia il disegno di legge. «La richiesta di morte volontaria medicalmente assistita [...] deve essere manifestata per iscritto e nelle forme dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata» (art. 4, comma 1). E anche quando le condizioni della persona non lo consentano e si ammette che la richiesta possa essere espressa e documentata con videoregistrazione o qualunque altro dispositivo idoneo che le permetta di comunicare e manifestare inequivocabilmente la propria volontà, si richiede la «presenza di due testimoni e di un pubblico ufficiale che attesti l’autenticità, la data e il luogo di espressione della volontà dell’interessato» (comma 2). Mentre il ripensamento – *pro vita* – consente la revoca della richiesta «in qualsiasi momento senza requisiti di forma e con ogni

mezzo idoneo a palesare la volontà» (comma 1): meglio sarebbe stato immaginare, più che un “ri-pensamento” legato a una riflessione successiva, un “pensamento” frutto di una riflessione precedente.

Di questa attitudine a una farraginosa procedura è testimonianza a dir poco inquietante l’art. 5, in particolare il suo comma 8.

Il medico che riceve la richiesta può rifiutarla; se la trasmette al Comitato etico competente, questo ha trenta giorni per esprimere il proprio parere.

Se il parere è sfavorevole si apre uno scenario kafkiano. Resta «ferma comunque per la persona che abbia richiesto la morte volontaria medicalmente assistita la possibilità di ricorrere al giudice territorialmente competente, entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della decisione motivata del medico di cui al comma 4 o del parere contrario del Comitato».

Dopo i trenta giorni concessi al Comitato etico, altri sessanta giorni e un ricorso a un giudice non sono certo tempi e modi adatti a una scelta di fine vita.

4. La pianificazione condivisa delle cure

Eppure la legge 219 offrirebbe uno strumento ben diverso per un percorso di tanta delicatezza.

Che cosa meglio di una pianificazione condivisa delle cure potrebbe consentire un accurato avvicinamento a una scelta tanto difficile quanto inevitabile? Basterebbe rileggere con occhi attenti l’art. 5, dedicato alla relazione tra paziente e medico quando si assista «all’evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta» (comma 1).

E ancora:

«Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell’unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative»

(comma 2).

Appare degno di essere sottolineato il riferimento alla “qualità della vita”: basterebbe valorizzare questa norma e orientarla adeguatamente alla scelta di morire, nei modi e con i tempi che solo la relazione di cura e fiducia tra medico e paziente può indicare.

5. Le disposizioni anticipate di trattamento

Nessun riferimento, ovviamente, il disegno di legge contiene alle disposizioni anticipate di trattamento che, pure, costituiscono uno strumento, è bene ricordarlo, diretto a manifestare scelte di fine vita.

Se non può più essere messo in dubbio che sia possibile, attraverso le DAT, manifestare il rifiuto di qualunque trattamento sanitario, anche salvavita, notevole resistenza trova la possibilità di decidere anticipatamente di ricorrere a un aiuto a morire, attraverso un suicidio assistito.

La ragione principale di questo diverso atteggiamento rispetto alle scelte di fine vita sta nella pretesa necessità che la scelta di richiedere un aiuto a morire debba essere espressa con una manifestazione di volontà “attuale”, contestuale alla scelta e non anticipata.

Si tratta di un requisito “aggiunto” a quelli richiesti dalla Corte costituzionale e che, nel precludere il ricorso alle DAT per la morte medicalmente assistita, muove da una visione della disposizione anticipata di tipo burocratico, formalistico e negoziale.

La legge 219/2017 non merita questa interpretazione, frutto della mentalità che intende superare: una visione “notarile” delle scelte legate alla salute. Con le DAT si può esprimere non solo un rifiuto, ma anche un consenso: si può, in altri termini, manifestare la propria identità. Né pare che la distinzione tra rifiuto di terapie salvavita e richiesta di aiuto a morire, se si guarda al di là di una sterile linea di confine, possa legittimare una così drastica soluzione. Nella legge 219/2017 la DAT è pensata come «dichiarazione di identità»; «e chi ha partecipato a tutto il lavoro di elaborazione culturale della legge sa che questo è un caposaldo, una conquista contro la concezione formalistica e “negoziale” dell’istituto»².

6. Le cure palliative

Dal dialogo con i medici si ricava poi l’impressione di incongruenza suscitata dal riferimento alle cure palliative contenuto nell’art. 3, comma 1, del disegno di legge. «Può fare richiesta di morte volontaria medicalmente assistita la persona che, al momento della richiesta, abbia raggiunto la maggiore età, sia capace di intendere e di volere e di prendere decisioni libere, attuali e consapevoli, adeguatamente informata, e che sia 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».

Occorre passare per le cure palliative e interromperle, o averle previamente rifiutate?

Molto diverso il collegamento con le cure palliative offerto dalla l. 219. L’art. 2, tra l’altro, reca una rubrica di grande significato: «Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita».

7. La capacità

Il disegno di legge fa poi riferimento alla capacità legale di agire e alla capacità di intendere e di volere, riferimento che la Corte costituzionale ha accuratamente evitato, affidandosi a una formula diversa: la «capacità di prendere decisioni libere e consapevoli».

È sempre più anacronistico affidarsi al formale requisito della capacità legale di agire: costruito come presupposto indispensabile della manifestazione di volontà e pensato in funzione del singolo, compiuto atto di autonomia privata, l’istituto non è adattabile – e non è mai stato in grado di adattarsi senza palesi forzature – all’espressione di esigenze ed interessi non riconducibili alla sfera del patrimonio. Il soggetto che manifesta e consuma in un unico momento una volontà che diviene irrevocabile e astratta da ogni prima e da ogni dopo, che nasce e muore nell’istante produttivo dell’effetto voluto, è il soggetto che dispone dei suoi beni e del suo patrimonio. A questo, e solo a questo, la ca-

² Così ancora Zatti nei *Contributi* citati in precedenza.

pacità legale di agire è stata in grado di fornire il necessario supporto e l'adeguato requisito soggettivo.

“Esportato” nella sfera delle relazioni personali e degli interessi più profondamente radicati nella vita e nelle vicende dell'uomo, l'istituto ha manifestato tutta la sua inadeguatezza. Poiché non è mai stato convincente immaginare l'espressione di interessi strettamente legati al nucleo più squisitamente personale dell'esistenza umana nei termini di un “atto” inteso come manifestazione di volontà capace di fissare inesorabilmente un intangibile autoregolamento.

Ma anche il ricorso alla capacità di intendere e di volere sarebbe stato inappagante: il civilista sa bene che l'incapacità di intendere e di volere altro non è che un modesto temperamento del rigido spartiacque che governa la condizione del soggetto attraverso le coordinate della capacità/incapacità legale di agire. L'incapacità di intendere e di volere nel codice civile, molto semplicemente, permette l'impugnativa di un atto quando si è capaci legalmente di agire: si tratta, in sintesi, di una sorta di «capacità legale occasionale», collegata alla dinamica contrattuale o, più ampiamente, negoziale.

8. I trattamenti di sostegno vitale

Infine, ma non è certo un dettaglio, tra i requisiti necessari spicca la necessità che la persona sia «tenuta in vita da trattamenti sanitari di sostegno vitale, la cui interruzione provocherebbe il decesso del paziente».

Si tratta di un requisito preso di peso dalla sentenza della Corte costituzionale, ma si tratta di un “peso falso” come direbbe un saggio verificatore di pesi e di misure³.

Andrebbe chiarito il significato della formula che non offre adeguate indicazioni e che, anzi, fornisce lo spunto per più di un dubbio di incostituzionalità per disparità di trattamento tra persone affette da una patologia irreversibile e con prognosi infausta, o in condizioni cliniche irreversibili, che cagionino sofferenze fisiche e psicologiche che la persona stessa trova assolutamente intollerabili.

Così sarebbe se si interpretasse il trattamento di sostegno vitale come dipendenza da una macchina: interpretazione dalla quale la giurisprudenza si è già discostata. Non è sufficiente che si sia affetti da una patologia irreversibile, o da una lunga e insostenibile malattia, fonti di sofferenze intollerabili, rispetto alle quali è preferibile la salvaguardia della dignità nella fase finale della vita?

9. L'aiuto a morire come possibile “espansione” della legge 219/2017

Per tutto quanto osservato fin qui, si potrebbe forse trarre una conclusione. Non sarebbe stato più opportuno accogliere l'invito della Corte costituzionale?

Oltre al passo citato in precedenza, tratto dall'ordinanza, sono significativi, e da leggere con estrema attenzione, alcuni passaggi della sentenza 242 del 2019.

Viene giudicato di «fondamentale rilievo [...] l'intervento normativo realizzato con la legge n. 219 del 2017, la quale, nel quadro della valorizzazione del principio costituzionale del consenso informato, ha “positivizzato” il diritto del paziente di rifiutare le cure e di “lasciarsi morire”».

E ancora:

³ J. Roth, *Il peso falso. La storia di un verificatore dei pesi e delle misure*, Milano, Adelphi, 1983, p. 343.

«la Corte potrebbe utilmente attingere alla disciplina delle modalità di raccolta della volontà di revoca del consenso alle cure, di cui all'art. 1, comma 5, della legge n. 219 del 2017. I passaggi procedurali prefigurati da tale disposizione risponderebbero a molte delle esigenze di regolamentazione poste in evidenza dall'ordinanza n. 207 del 2018».

In conclusione, e utilizzando ancora le parole della Corte, si apre la via «all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge ora citata». Cui segue la più decisa e significativa delle affermazioni: «Il riferimento a tale disciplina implica, d'altro canto, l'inerenza anche della materia considerata alla relazione tra medico e paziente».

10. Una proposta di integrazione della legge 219/2017

Accogliere l'invito della Corte costituzionale significa sviluppare il "seme" contenuto nella l. 219. E lo si potrebbe fare abbozzando un'integrazione dell'art. 2 della legge.

«1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38.

2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

3. *Il paziente affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche vissute come assolutamente intollerabili, e che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli, può richiedere l'aiuto medico necessario per porre termine alla propria esistenza. La richiesta è espressa e documentata nelle forme di cui all'art.1, comma 4.*

Il medico ha il dovere di prospettare al paziente i possibili trattamenti di palliazione e di sedazione profonda continua di cui al comma precedente.

Ove il paziente confermi la sua richiesta essa va assecondata. È fatto obbligo alla struttura sanitaria di assicurare la presenza del personale disponibile a norma del comma seguente.

Il medico e il personale sanitario che prestano l'aiuto sono esenti da responsabilità civile o penale.

4. *Il Governo è delegato ad adottare, entro....., un decreto che disciplini la libera dichiarazione di disponibilità da parte dei medici a prestare l'aiuto di cui al precedente comma, e la conseguente riserva di una quota adeguata di posizioni e ruoli professionali a favore dei medici che si siano dichiarati disponibili.».*

Si tratta, com'è ovvio, solo di un punto di partenza, destinato ad una più ampia riflessione. Ma sembra utile notare fin d'ora che, tra gli altri vantaggi di questa soluzione, il possibile quarto comma integrativo dell'art. 2 consentirebbe di evitare il ricorso all'obiezione di coscienza, istituto che non ha mai dato gran prova di sé – si pensi alla disciplina dell'interruzione della gravidanza – che non a caso è as-

sente dalla legge 219 ed è invece introdotto, in termini non certo appaganti, dall'art. 6 del disegno di legge.

11. La Cura come relazione di fiducia tra medico e paziente

Vorrei chiudere con qualche riflessione tratta dal pensiero di Giorgio Bert, padre della medicina narrativa. La Cura – con l'iniziale maiuscola – non dovrebbe essere solo la cura – con l'iniziale minuscola – che, ingabbiata nell'universo ristretto della medicina, ha come unico obiettivo la riduzione o l'eliminazione del malessere, del disagio, della malattia: dovrebbe invece essere ciò che garantisce «il raggiungimento del maggior benessere possibile in un dato momento e in un dato contesto».

«La Cura insomma non è (solo) un intervento tecnico che un sapiente compie nei confronti di un oggetto danneggiato: la Cura è una relazione tra due soggetti che insieme costruiscono uno spazio (sempre provvisorio e variabile) di salute. Lo spazio nasce dal mettere in comune le risorse di ciascuno: quelle che a uno dei soggetti fornisce la competenza tecnica e quelle che all'altro, persona, quindi corpo/mente/anima, dà la consapevolezza, l'esperienza, la conoscenza di sé»⁴.

Il testo del disegno di legge sembra invece ignorare, o voler ignorare, totalmente quanto la giurisprudenza e i giuristi che si occupano di diritto della medicina, in dialogo con i medici, hanno costruito in un quarto di secolo per ridisegnare la relazione tra medico e paziente.

⁴ Le parole di Giorgio Bert sono tratte da un breve articolo rintracciabile al link <https://ecolloquia.it/14-cura/cura-una-parola-mitica-dai-molti-significati/>.

La posizione della partoriente come misura del grado di medicalizzazione del parto: ricostruzione storica e prospettive odierne

*Sibilla Zoraide Maria Cipolla **

THE POSITION OF THE WOMAN IN LABOUR AS AN INDICATOR OF BIRTH'S MEDICALIZATION LEVEL: HISTORICAL RECONSTRUCTION AND CURRENT PERSPECTIVES

ABSTRACT: This article aims at analyzing the current process of birth's medicalization starting from the observation of the position of woman in labour as a proof of the medical approach to gestation and pregnancy. This research traces the historical origin of the birth's medicalization from the XVII century when the male doctor appeared and replaced the midwives, thus breaking the traditional exclusiveness of women on the birth scene. Looking at the state-of-the-art in Italy, this paper highlights the frequent risks of excessive medicalization, through a comparison of the methods of hospital assistance in different geographical areas.

KEYWORDS: Childbirth; medicalization; position of woman in labour; female body; pregnant woman

ABSTRACT: Il presente articolo si propone di analizzare l'attuale processo di medicalizzazione del parto a partire dall'osservazione della posizione della partoriente quale emblema di un approccio medicalizzato su gravidanza e gestazione. Il testo intende ripercorrere l'origine storica del processo di medicalizzazione della gravidanza, segnata dall'apparizione della figura del medico sulla scena del parto nel XVII secolo, sostituendo così le figure femminili delle ostetriche ma, soprattutto, determinando la rottura della storica esclusività femminile nella stanza della partoriente. A partire da un breve sguardo sullo stato dell'arte in Italia, si intendono qui evidenziare i frequenti rischi di eccessiva medicalizzazione, attraverso un confronto delle modalità di assistenza ospedaliera in diverse aree geografiche.

PAROLE CHIAVE: Parto; medicalizzazione; posizione del parto; corpo femminile; partoriente

SOMMARIO: 1. Dalle levatrici ai medici: l'affermazione della posizione litotomica – 2. Stato dell'arte: dati e considerazioni sulla medicalizzazione del parto in Italia – 3. Quali conseguenze su donne e gravidanza? – 4. Come si partorisce nel mondo? Un confronto tra paesi sulla posizione della partoriente – 5. Le alternative possibili – 6. Considerazioni finali

* *Dottoressa in Diritti dell'uomo, delle migrazioni e della Cooperazione internazionale, Università degli studi di Bergamo. Mail: sibillacipolla@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Dalle levatrici ai medici: l'affermazione della posizione litotomica¹

Gavidanza e parto sono stati a lungo “affari di donne”, ovvero esperienze vissute da donne tra donne all'interno di un comune orizzonte simbolico. Il parto, momento interamente femminile, avveniva nell'abitazione della partoriente, in cucina davanti al camino, nella stalla e, ancora, in molte zone dell'Europa nordorientale, nella sauna. Era un momento assimilato ad un rito di iniziazione femminile in cui la donna entrava finalmente nella schiera delle madri. Le levatrici e le puerpere erano profondamente legate da una comunicazione intergenerazionale e dallo scambio di conoscenze. Questa alleanza intergenerazionale e femminile trovava massima espressione nel momento del parto che diventava così un luogo protetto e sacro di risignificazione femminile; il parto, dunque, era un momento in cui le donne si aiutavano le une con le altre con una ritualità e delle conoscenze tramandate in linea femminile da una generazione all'altra. In particolare, erano state storicamente due le forme di assistenza durante l'evento della nascita: l'aiuto reciproco oppure il ricorso ad una donna esperta, la levatrice, chiamata anche comare o mammana. Pertanto, l'uomo era bandito dalla stanza della partoriente, anche perché il sangue mestruale e le evacuazioni del parto erano considerate fonte di contaminazione per la componente maschile, ribadendo con questo la distinzione di spazi e ruoli tra i due sessi.

Così, la maternità permetteva alla donna di rompere con la dipendenza gerarchica dell'uomo, proprio per la sua esclusione dal processo di gestazione. In questa rottura gerarchica la posizione della partoriente assume un significato centrale: in piedi, accovacciata o anche a carponi, le donne affermavano il loro potere generativo attraverso la libera disposizione del corpo durante l'evento della nascita. Di questo si ritrovano lungo la storia documenti e raffigurazioni di dee partorienti erette o accovacciate, mentre, invece, la posizione litotomica, emblema del processo di medicalizzazione del parto, è spesso assente².

Il parto era immerso in un'atmosfera di mistero e tabù che lo rendevano ancora più straordinario e affascinante; tuttavia, nel processo di disciplinamento della donna all'interno del matrimonio, gli aspetti magici della procreazione e della gravidanza vennero lentamente svuotati e rimossi dal sapere medico³. La visione religiosa cristiana del corpo, quale luogo di mistero, trovava la sua manifestazione anche nel parto, evento ricondotto al peccato di Eva e, dunque, “giusto castigo” per la donna, peccatrice per natura⁴. Così, già a partire dal Concilio di Trento (1545-1563) e dalla conseguente riforma

* Dottoressa in Diritti dell'uomo, delle migrazioni e della Cooperazione internazionale, Università degli studi di Bergamo. Mail: sibillacipolla@gmail.com

¹ Posizione supina con i piedi sollevati sopra il livello delle anche.

² A tal proposito si riportano in Appendice esempi di rappresentazioni di donne partorienti, risalenti a diversi secoli, in cui si denota come le posizioni prevalenti durante il parto fossero accovacciata o seduta o, ancora, in piedi.

³ M. DEL PRIORE, *Ao sul do corpo, cão feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia*, San Paolo, 1990, 228; E. CHIARAMONTE, G. FREZZA, S. TOZZI, *Donne senza Rinascimento*, Milano, 1991, 129-135.

⁴ Sullo studio del corpo gravido come anche delle malattie femminili, legate ai movimenti dell'utero, si trova un'abbondante produzione lungo tutto il Cinquecento nelle raccolte di testi antichi e contemporanei dal titolo *Gynaecae*. E. CHIARAMONTE, G. FREZZA, S. TOZZI, *op.cit.*, 119-128.

cattolica, vennero poste le basi per la persecuzione del sapere femminile⁵ con la regolamentazione delle levatrici, in linea con il *Rituale Romanum*⁶. In tal modo,

«le donne furono espropriate da un patrimonio di saperi empirici su erbe e rimedi curativi che avevano accumulato e trasmesso di generazione in generazione, e la cui perdita ha aperto la strada a una nuova forma di recinzione. È nata così la medicina professionale, che ha eretto davanti alle “classi inferiori” un muro di inoppugnabile sapere scientifico, proibitivo nei costi e alieno, nonostante le sue pretese terapeutiche. La sostituzione della guaritrice popolare/strega con il dottore solleva la questione del ruolo che lo sviluppo della scienza moderna e della visione scientifica del mondo ha svolto nella nascita prima e nella fine poi, della caccia alle streghe⁷».

Secondo Carolyn Merchant⁸, la visione organica del mondo, in cui donna, natura e terra erano considerate nutrici e assimilate nella loro complessità, viene sostituita dalla filosofia meccanicistica di Descartes e dalla scienza moderna, basata sul nuovo metodo scientifico, che guardavano alla capacità riproduttiva della donna e della terra come risorse da sfruttare. La donna, dunque, nella sua assimilazione alla natura selvaggia, viene perseguitata proprio per il suo aspetto disordinato e fuori controllo, che la scienza doveva assoggettare⁹. È poi con il Rinascimento che si afferma una nuova cultura del corpo caratterizzata da un periodo di sviluppo di tecniche, da ampliamento delle conoscenze sia geografiche che sociali e filosofiche, da un nuovo spirito commerciale accompagnato da un dinamismo geografico e urbano che concorrono all'emergere di un nuovo individuo: consapevole di sé stesso e padrone del proprio corpo. Le nuove conoscenze geografiche erano state accompagnate da esplorazioni anatomiche, in cui l'obiettivo comune era la comprensione delle leggi e dei meccanismi della natura, ormai dominata da una visione meccanicista. Si apriva così, la strada alla “mascolinizzazione” del pensiero scientifico e alla rottura dell'esclusività femminile nel parto¹⁰. Ed è proprio nel corso del XVII secolo che si accentuò la «gerarchia professionale che sottoponeva le levatrici ai medici»¹¹, riaffermando in questo l'ormai riuscito processo di disciplinamento del sapere femminile, iniziato nei secoli addietro. L'origine storica della medicalizzazione del corpo femminile si può far, dunque, coincidere con il XVIII secolo, ossia l'apparizione della figura del medico sulla scena del parto¹². E difatti, nel corso del '700 si diffonde un'immagine del corpo femminile come frammentato, parcellizzato, un insieme di congegni di cui scoprire le leggi di funzionamento. Inoltre, si prende coscienza dei numeri critici di morti infantili e del bisogno di formare e controllare l'operato delle levatrici, declassate ad aiutanti dei medici. Le conoscenze femminili tradizionali vennero sottratte e riorganizzate in trattati di

⁵ Approfondimento interessante riguardo il sapere femminile nel Cinquecento si trova nel testo E. CHIARAMONTE, G. FREZZA, S. TOZZI, *op.cit.*, 137 ss.

⁶ Il testo regola la pratica dei sacramenti secondo le indicazioni del Concilio di Trento e fissava una serie di regole per l'esercizio della professione, che prevedevano una stretta sorveglianza della Chiesa sull'operato e sulla validità delle levatrici. N.M. FILIPPINI, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Roma, 2017.

⁷ S. FEDERICI, *Calibano e la strega le donne, il corpo e l'accumulazione originaria*, Milano, 2004, 264.

⁸ Carolyn Merchant è una filosofa e storica della scienza ecofemminista americana.

⁹ S. FEDERICI, *op. cit.*, 265-267.

¹⁰ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, (in collaborazione con), *Corpo medico e corpo femminile. Parto, riproduzione artificiale, menopausa*, Milano, 2007, 24-26.

¹¹ N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 171.

¹² F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 18.

uomini di scienza, oppure tacciate di incantesimi pagani, malefici e magie. La ricerca medica si spese nella modifica e introduzione di strumenti per risolvere i parti più difficili, senza però grandi risultati; in particolare, il forcipe diventò il simbolo della nuova ostetricia e principale strumento d'arte¹³. È nel corso di questo secolo che lo Stato estromette la Chiesa dal controllo sul parto e sulla procreazione attraverso la riforma settecentesca dell'ostetricia, che produsse la scolarizzazione delle mammane. Il Settecento segna, difatti, una difficile ridefinizione dei rapporti tra Stato e Chiesa, proprio in risposta all'affermazione di un'egemonia statale nell'ambito riproduttivo, alimentata dalla laicizzazione della scienza positivista¹⁴. In aggiunta, vennero istituite le prime cattedre di ostetricia nella Facoltà di Medicina e vennero emanati editti per la limitazione del mestiere delle mammane, se non previo controllo statale. Per la prima volta, dunque, gli uomini istruivano le donne sull'arte del parto, sostituendo alla cultura popolare un'idea di sviluppo e progresso¹⁵.

Nel corso del XIX secolo si affermarono istituzioni quali ospedali e Maternità, ovvero strutture per il ricovero di partorienti illegittime e povere, sorti accanto agli ospizi per gli esposti. In queste strutture le nuove figure dei chirurgo-ostetricante¹⁶ avevano modo di osservare da vicino il corpo femminile, assistere al travaglio e portare avanti esperimenti sui corpi gravidi. Diverse furono le innovazioni in campo medico come l'auscultazione del battito cardiaco fetale, l'uso dello stetoscopio, nuovi studi sulla gestazione, sulla respirazione e sulla circolazione, indagini diagnostiche sulla gravidanza che portarono lentamente ad una rottura nei confronti della tradizione e ad una spinta verso la medicalizzazione¹⁷. Ed è proprio all'interno di questi ospedali che si affermano modelli e pratiche terapeutiche destinate a perdurare nel tempo. Alla progressiva sostituzione delle levatrici ad opera dei chirurghi-ostetricanti si accompagnava così la fine della conoscenza ed egemonia femminile nell'evento del parto, in cui l'affermazione della posizione litotomica ne era l'emblema: la donna, privata della comunità femminile che anticamente assisteva all'evento, si ritrovava sola, distesa su un lettino in cui "l'oggetto della scienza" era il suo stesso corpo gravido, agito dalla medicina mediante macchinari e strumenti. La storica presenza attiva della partorientente nell'intero processo veniva così sostitutiva da una passività, in cui la nascita veniva delegata ad un'azione chirurgica del medico¹⁸.

Nella formazione dello stato-nazione nell'Europa del XIX secolo, il controllo del corpo, soprattutto quello femminile, assunse il carattere di *res publica*: l'affermazione di una medicina nazionalizzata e istituzionale portò con sé l'assunzione di un potere centrale della categoria professionale dei medici, che partecipavano «all'elaborazione di discorsi regolatori del corpo, insieme biologico e politico, della nazione»¹⁹. Si assiste, così, nel corso del XIX secolo all'affermazione della riproduzione quale campo esclusivo di intervento della medicina, proprio attraverso il processo di esautoramento del ruolo delle levatrici e della gestione femminile del parto per una medicalizzazione dell'intero processo procreativo. Il trasferimento delle donne gravide in ospedale segnò, così, il progressivo passaggio del parto

¹³ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 26-27.

¹⁴ N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 179-180.

¹⁵ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 28-30.

¹⁶ Ovvero un chirurgo specializzato nell'assistenza al parto, N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 197.

¹⁷ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 32 ss.

¹⁸ N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 223.

¹⁹ V. RIBEIRO COROSSACZ, *Il corpo della nazione, Classificazione razziale e gestione sociale della riproduzione in Brasile*, Roma, 2004, 184.

«da campo del sapere popolare, orale e femminile, a sapere scientifico, tecnico, scritto e maschile»²⁰. I molti trattati e nuovi studi²¹ rivoluzionarono le antiche teorie organogenetiche, ponendo le basi per una nuova visione e rappresentazione dell'embrione, che posero le basi per le future tecniche di osservazione fetale²².

Nella prima metà del XX secolo si verifica la rottura finale con la tradizione storica su parto e gravidanza, conoscenza appartenuta al solo mondo femminile e tramandata storicamente da madre in figlia, consegnando, così, l'universo riproduttivo nelle mani della medicina e dello Stato. Difatti, l'interesse statale per il tasso di natalità decrescente e per l'elevata mortalità infantile giustificò lo sviluppo di progetti pubblici per il controllo e la salvaguarda della maternità²³. A partire dagli anni '30 del '900 si diede avvio al processo di ospedalizzazione del parto grazie anche all'introduzione di tecniche quali i raggi X e, poi nella seconda metà del secolo, degli ultrasuoni per controllare lo sviluppo del feto; l'interesse medico si spostò verso l'interno dell'utero dando origine ad un approccio medico nuovo riguardo parto e maternità. L'ultimo passaggio nell'ambito della riproduzione avviene nel XXI secolo con l'avvento di nuove tecniche in grado di controllare e intervenire nel processo stesso, producendo cambiamenti enormi sull'immaginario collettivo riguardo riproduzione e maternità. Non si guarda più alla maternità come un evento naturale che la donna può solo subire ma una realtà su cui agire; a questo si aggiunge l'allontanamento dalla concezione del parto come evento naturale, sostituito da una visione dello stesso come necessario di intervento medico²⁴. Da questa visione della necessaria presenza medica nei processi di procreazione e gravidanza «scaturisce la delega del proprio atto di mettere/non mettere al mondo, agli esperti della medicina e della tecnologia della riproduzione»²⁵. Infine, il determinismo biologico proprio delle tecniche di procreazione assistita diventa causa primaria di ogni relazione, riconducendo tutto ad un dato e un'azione biologica e meccanica.

2. Stato dell'arte: dati e considerazioni sulla medicalizzazione del parto in Italia

Da questa prima breve ricostruzione storica del lungo percorso di affermazione della medicalizzazione del parto si intende ora guardare la situazione italiana, volgendo lo sguardo sulle attuali criticità emerse nei molti studi condotti.

L'OMS definisce la salute riproduttiva come uno «stato di completo benessere fisico, psicologico e sociale [...] in tutto ciò che attiene il sistema riproduttivo, le sue funzioni ed i suoi meccanismi» e auspica che «le persone siano in grado di avere una vita sessuale soddisfacente e sicura, la possibilità di riprodursi, la libertà di decidere se e quando farlo»²⁶. Durante la conferenza *United Nation's International Conference on Population and Development* del 1994 al Cairo la salute riproduttiva viene fatta rientrare

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. BATTISTA BIANCHI, *De naturali in humano corpore vitiosa morbosaque generatione Historia*; S.T. SOMMERING, *Icones embryonum humanorum* in N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 235.

²² N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 237-238.

²³ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 44 ss.

²⁴ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 54.

²⁵ L. LOMBARDI, *Medicalizzazione del corpo e potere della medicina: questioni di genere?*, in E. CAMUSSI, N. MONACELLI (a cura di), *Questioni sul corpo in Psicologia Sociale, Giornate di studio Gdg*, Milano, 2010, *passim*.

²⁶ ISTAT, *La salute riproduttiva della donna*, Collana Letture statistiche, Roma, 2017, 21.

all'interno del concetto di salute quale componente irrinunciabile. Inoltre, viene sottolineato quale aspetto importante della stessa, il diritto di concepire liberamente e in maniera sicura, quindi, il diritto ad accedere a forme di contraccezione. In questo, sono ancora profondamente rilevanti, nell'evoluzione dei comportamenti riproduttivi, i fattori culturali. Storicamente, la 'rivoluzione contraccettiva', ovvero la transizione verso metodi moderni ed efficaci, vede il suo verificarsi in Europa nord-occidentale negli anni '60 e '70, in Sud Europa negli anni '80-'90 e, in alcuni paesi, è ancora in corso, come in Italia dove si ha un'elevata diffusione del coito interrotto (ISTAT, 2017). Anche negli obiettivi del *Millennium Development Goals* per il 2015, si è posto quale traguardo l'aumento della contraccezione come fattore di *empowerment* femminile²⁷.

In particolare, in Italia la gravidanza, primo motivo di ricovero delle donne (ISTAT, 2017), viene trattata come un evento eccessivamente medicalizzato: gli esami e i controlli medici sono molto più frequenti rispetto a quanto previsto dalle linee guida ministeriali e non sono sempre giustificati da gravidanze patologiche. Difatti, i dati rispecchiano un generale aumento della medicalizzazione già dal 2005; l'80,3 per cento (ISTAT, 2017) delle donne ha fatto oltre tre esami ecografici; il 37,6 per cento (ISTAT, 2017) si è sottoposta a sette o più, anche in caso di gravidanze singole e senza disturbi gravi. Così come la gravidanza, anche il parto in sé risulta fortemente medicalizzato. *In primis*, si ha un elevato ricorso al taglio cesareo, con una grossa incidenza anche tra le primipare e conseguente rischio di ripetizione dello stesso in parti futuri. Tuttavia, anche in caso di parto spontaneo si ha un frequente ricorso a pratiche mediche non sempre giustificate da determinate e particolari condizioni cliniche, come previsto dalle linee guida.

In questo senso, occorre evidenziare i fattori di vulnerabilità che si intrecciano con l'evidente medicalizzazione della gravidanza e che si riscontrano nell'analisi dei dati forniti dall'ISTAT. È, tuttavia, necessario sottolineare come il concetto di vulnerabilità si caratterizzi per una ambiguità definitoria che rischia di produrre una ulteriore vittimizzazione dei soggetti, in questo caso le donne. Difatti, nella sua accezione dominante comporta molto spesso una codificazione di determinate categorie di soggetti essenzializzati e cristallizzati in uno status di debolezza e impotenza, rispondendo ad una visione della vulnerabilità quale carattere ontologico, fisso e immutabile del soggetto²⁸. In questo senso, le persone sono *rese vulnerabili* dal loro particolare posizionamento sociale ed economico che "configura condizioni idonee a produrre una discriminazione e un'esclusione di carattere sistematico, strutturale"²⁹. Pertanto, si intende far qui riferimento al concetto di vulnerabilità come privazione del riconoscimento del potere e dell'autodeterminazione sul proprio corpo e sulla propria gravidanza della donna partoriente.

Fattori di vulnerabilità rilevati sono, dunque, età ed etnia, come anche condizione economica e geografica. In Italia, si può, infatti, osservare come si verifichi una maggiore incidenza di donne che effettuano la visita al primo mese di gravidanza tra donne laureate, con un'età compresa tra i 35 e i 49 anni, primipare e residenti nel Nord o nel Centro Italia. Effettuano invece, la prima visita al limite del periodo

²⁷ ISTAT, *op. cit.*, 20-22.

²⁸ C.F. PEDACE, *Vulnerabilità, vittime e diritti: un percorso attraverso la vittimologia, la criminologia critica e la critica femminista del diritto*, in A. SIMONE, I. BOIANO (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica, Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Roma, 2018.

²⁹ M.G. BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Napoli, 2021, 33.

consigliato prevalentemente donne più giovani, con bassa scolarità, straniere e residenti nel Mezzogiorno³⁰. In questo senso, anche la collocazione geografica dei dati dimostra lo storico abbandono nel Meridione nelle scelte di politica pubblica, che pesano, in particolare, sulle donne. Per quanto riguarda l'etnia e la fragilità data dall'essere donna straniera, si può osservare come lo strumento della lingua italiana risulti necessario nell'eliminazione di quel *gap* comunicativo tra personale medico e paziente: l'assenza di una comunicazione chiara e lineare finisce spesso per lasciare ampio spazio a fenomeni di violenza ostetrica, intesa come esposizione a trattamenti e pratiche non autorizzate mediante consenso informato o carenti di informazioni comprensibili dalla gestante.

Anche per quanto riguarda il tasso di abbandono dell'allattamento, fattore fortemente influenzato dal grado di medicalizzazione dei punti-nascita, a livello territoriale i dati mostrano un minor rischio (-65 per cento) nel Mezzogiorno, se confrontato con il Nord est, rilevando come le pratiche ospedaliere inappropriate abbiano enorme peso. Infine, si conferma l'effetto protettivo della cittadinanza straniera, tale per cui le donne straniere hanno un minor rischio di non avviare l'allattamento rispetto alle donne con cittadinanza italiana³¹. In questo, si può forse considerare come il differente senso di comunità in culture altre favorisca la creazione di una comunicazione intergenerazionale e, con essa, il passaggio di conoscenze tra donne, fonte di protezione contro l'eccessiva medicalizzazione e la delega della propria gravidanza.

3. Quali conseguenze su donne e gravidanza?

Le criticità emerse nell'osservazione della medicalizzazione del parto in Italia vengono qui intese come dati di interesse da cui formulare considerazioni critiche su parto e gravidanza. Difatti, il lungo processo di espropriazione del sapere femminile, analizzato nel suo sviluppo storico, si afferma in un'attuale privazione delle conoscenze e competenze nonché di fiducia e di potere delle donne sul proprio corpo gravido, realtà che si riscontra analizzando i dati della medicalizzazione sul territorio nazionale. La medicalizzazione dell'intero processo di gestazione vede il suo apice nel momento del parto, anch'esso fortemente ospedalizzato e controllato, soprattutto, mediante l'utilizzo eccessivo di procedure assistenziali e del taglio cesareo. Come mostrato da studi e ricerche scientifiche³², infatti, il taglio cesareo, se non con precise indicazioni cliniche specifiche, aumenta il rischio di mortalità materna di circa tre volte e non porta a evidenti miglioramenti per la vita del neonato. Tra le possibili complicanze legate all'intervento, si annoverano un periodo di ripresa *post partum* molto più lento, perdite abbondanti di sangue, infezioni della ferita oppure della cavità uterina, danni più o meno gravi alla vescica e lesioni a livello intestinale, in ultimo il fenomeno della placenta accreta nelle successive gravidanze, un difetto di adesione placentare alla parete uterina, che predispone la partoriente a possibili emorragie *post partum*. È, altresì, necessario rimarcare come si riscontrino conseguenze anche per la salute del bambino come l'incremento della possibilità di sviluppare allergie e di indebolire il sistema immunitario; infine, la mancanza del contatto con i batteri vaginali materni può comportare lo sviluppo di una flora

³⁰ M.G. BERNARDINI, *op.cit.*, 41-42.

³¹ ISTAT, *op. cit.*, 7-8.

³² ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ, *Taglio cesareo: una scelta appropriata e consapevole*, Sistema Nazionale per le linee guida.

intestinale meno varia ed equilibrata³³. L'utilizzo eccessivo di questa tecnica, dunque, non può trovare causa solo in condizioni specifiche e delicate della gestante ma risulta riconducibile a comportamenti clinico-assistenziali non appropriati, radicati a livello territoriale³⁴. Ulteriore rischio, spesso legato alle procedure messe in atto in ospedale, è l'insuccesso e/o abbandono precoce dell'allattamento al seno, quale approccio naturale, che vede un elevato aumento nei casi di gravidanza e parto maggiormente medicalizzati e vissuti non come eventi fisiologici³⁵. Di conseguenza, anche l'allattamento al seno, fattore di influenza sulla salute della madre e del bambino, in particolare nella prevenzione di una serie di patologie quali cancro, diabete, allergie, obesità, subisce diverse alterazioni nel suo successo e durata proprio come conseguenza di una medicalizzazione eccessiva dell'evento della nascita.³⁶ Si osserva, spesso, che l'abbandono precoce è influenzato da elementi legati alle diverse fasi del percorso gestazionale e anche in questo caso, sono rilevanti le pratiche adottate nel punto nascita e il tipo di parto; si riscontra, infatti, un aumento del 60 per cento di probabilità di abbandono precoce per donne sottoposte a tagli cesareo³⁷.

Accanto alle conseguenze fisiche, qui elencate, dell'eccessiva medicalizzazione si vuole, però, sottolineare il portato culturale e sociale che l'assenza del potere decisionale femminile nell'evento della nascita comporta ad oggi. Un primo fattore rilevante è di certo la mancanza di conoscenza e competenza delle donne sul proprio corpo gravido, dovuto da un lato ad un lungo e storico processo di esaurimento della conoscenza femminile, dall'altro, ad una costante mancanza di comunicazione medico-paziente. Difatti, si rileva spesso un profondo disconoscimento da parte delle partorienti dei rischi legati al taglio cesareo in fase *pre* e *post partum*, come anche dei benefici del parto naturale. Rispetto a ciò, è interessante osservare come i dati ISTAT mostrino una profonda assenza di comunicazione tra personale medico e donne, causa principale della mancata frequenza ai corsi di accompagnamento alla nascita. I dati riportano, infatti, come il 42,0 per cento (ISTAT, 2017) delle donne intervistate a due anni dalla nascita del figlio non ritenesse utile il corso e il 6,0 per cento (ISTAT, 2017) non ne conoscesse neppure l'esistenza. Inoltre, la carenza di offerta nel territorio di residenza è stata di ostacolo alla frequenza del corso per il 9,7 per cento delle donne con una quota che raggiunge il 14,1 per cento nel Mezzogiorno³⁸. In questo, emerge, dunque, come la riduzione dell'agire femminile sulla scena del parto e l'affermazione di una visione passiva del corpo gravido come oggetto di scienza, abbia portato con sé la progressiva destituzione delle conoscenze femminili sul proprio corpo e l'inevitabile delega dello stesso all'istituzione medica.

E ancora. Secondo le linee guida ministeriali il numero delle visite non dovrebbe essere inferiore a quattro con una certa attenzione a effettuare i test e accertamenti, quando possibile, durante gli incontri previsti. I dati dimostrano, però, come attualmente in Italia sia in aumento la percentuale di donne che si sottopone a 7 o più ecografie: dal 28,9 per cento nel 2005 al 37,6 per cento nel 2013 (ISTAT, 2017). L'incremento ha riguardato anche le donne con gravidanza singola e senza disturbi gravi

³³ A. GRAZIOTTIN, *Taglio cesareo i rischi a lungo termine*, <https://www.fondazionegraziottin.org/it/index.php> (ultima consultazione 8/04/2022).

³⁴ I dati ISTAT fanno qui riferimento al territorio nazionale.

³⁵ ISTAT, *op. cit.*, 7-8.

³⁶ ISTAT, *op. cit.*, 67.

³⁷ ISTAT, *op. cit.*, 70 ss.

³⁸ ISTAT, *op. cit.*, 43.

(da 26,0 per cento a 33,5 per cento), per le quali, secondo le linee guida, dovrebbero essere sufficienti tre controlli ecografici³⁹.

La costante, dunque, che si rileva nella lettura dei dati è una visione della gravidanza come malattia, che spiegherebbe, così, la necessità di subire una continua ospedalizzazione. Ed è proprio dalla metà del XX secolo che il prestigio della medicina viene amplificato e l'ospedale diventa «il luogo di cura per eccellenza»; la sicurezza e il rifiuto del rischio di morte del neonato orientano profondamente le scelte delle donne ma, accanto a questo, anche i cambiamenti economico-sociali del secondo dopoguerra sono stati rilevanti. Difatti, «la sofferenza, il dolore, il sangue, gli umori che il parto comporta venivano allontanati dalla vita quotidiana all'insegna di un'immagine di salute, benessere e felicità»⁴⁰ che caratterizzava gli anni del boom economico. Si afferma così una visione del parto come ricovero, omologato a tutti gli altri, che produce una progressiva perdita della componente biosociale specifica dell'atto di nascita. L'ospedalizzazione modifica la gravidanza in un insieme di rituali standardizzati e spersonalizzati, nei quali la partoriente è trasformata in «paziente» e il parto in un «mero processo fisiologico/patologico da controllare, indurre, pilotare in maniera via via più tecnologica»⁴¹. Ed è in questa visione che la posizione litotomica assume, ancora una volta, una valenza specifica: la donna, collocata in una sala operatoria, «su un lettino alto, con le gambe immobilizzate sulle staffe, in piena luce»⁴² è reificata e oggettivata dall'agire medico. La totale assenza di intimità o di riservatezza, di personalizzazione dei bisogni e di informazioni riguardo ai trattamenti mutano il rapporto medico-paziente in «un'asettica distanza affettiva», in cui le richieste femminili sono totalmente silenziate; alla partoriente si richiede «una totale delega all'autorità medica, cioè una passività ubbidiente»⁴³. Così, la delega del proprio corpo e della propria gravidanza al medico priva le donne «della sicurezza di sé, [della] fiducia nel fatto che la natura sa quello che fa»⁴⁴, della capacità di percepire e sentire attraverso i propri sensi il proprio corpo gravido. L'effetto simbolico delle procedure ospedaliere porta inevitabilmente a cristallizzare nelle partorienti «comportamenti sociali che denotano un profondo senso di impotenza personale e, dunque, di necessaria dipendenza dalla medicina»⁴⁵.

Accanto a ciò, risultano sempre più frequenti segnalazioni di violenza ostetrica, ovvero forme di micro-aggressioni sottoforma di trattamenti e pratiche medico sanitarie agite senza il consenso della partoriente; si annoverano fra questi depilazioni del pube, la rottura artificiale delle membrane fatta di routine⁴⁶, clisteri pre-parto, somministrazioni eccessive o prive di consenso di farmaci⁴⁷, taglio cesareo senza consenso informato⁴⁸, sottoposizione all'episiotomia⁴⁹ – un intervento chirurgico finalizzato a

³⁹ ISTAT, *op. cit.*, 46.

⁴⁰ N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 279.

⁴¹ N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 280.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ B. DUDEN, *I geni in testa e il feto nel grembo. Sguardo storico sul corpo delle donne*, Torino, 2006, 102.

⁴⁵ B. DUDEN, *op. cit.*, 112.

⁴⁶ I dati ISTAT rivelano come donne sottoposte a parto spontaneo subiscano la rottura artificiale delle acque nel 32,1 per cento dei casi.

⁴⁷ La somministrazione di ossitocina viene dichiarata dal 22,3 per cento delle donne, ma una quota non affatto trascurabile (14,2 per cento) dichiara di non sapere se le sia stata o meno somministrata. ISTAT, *op. cit.*, 64.

⁴⁸ N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 295.

⁴⁹ I dati ISTAT riportano come dati di sottoposizione ad episiotomia nel 34,6 per cento dei casi.

facilitare il passaggio del feto durante il parto vaginale, mediante l'incisione del perineo, considerato, tuttavia, inutile e dannoso⁵⁰.

Si può in questo senso annoverare la violenza ostetrica all'interno della nozione di violenza di genere, intesa come quella violenza agita solo e soltanto sul corpo delle donne da parte di un'istituzione maschile, in quanto espressione di un posizionamento gerarchico e gerarchizzante tra i generi. Pertanto, si intendono come cause di questa violenza non solo la mancanza di comunicazione medico-paziente all'interno degli ospedali ma anche l'assetto socioculturale di tipo patriarcale che, mediante un lungo percorso storico di appropriazione della conoscenza ed egemonia femminile nell'evento della nascita, subordina le donne, rendendole vulnerabili – intendendo con il termine vulnerabilità, la privazione della consapevolezza della propria autonomia e potere.

4. Come si partorisce nel mondo? Un confronto tra paesi sulla posizione della partoriente

Uno sguardo attento sulle diverse pratiche e sulle abitudini durante il parto nel mondo permette di analizzare il grado di medicalizzazione della gravidanza; in particolare, secondo alcune ricerche⁵¹, il parto si configura quale evento rivelatore del ruolo della donna all'interno della società, come se 'la scena del parto' fosse una rappresentazione simbolica del rapporto tra i generi. Sicuramente, lo studio della gestione della gravidanza e della nascita nelle società industrializzate permette di osservare il rapporto tra corpo e tecnologie, ossia l'intervento delle stesse nei processi biologici⁵². Segnatamente, il parto è un evento complesso e *biosociale*, ovvero luogo di intersezione tra dinamiche biologiche e sociali. Si caratterizza per la sua complessità, ossia per la presenza di variabili spesso non comprensibili con strumenti univoci. È un evento altamente coinvolgente poiché carico di emotività e che investe un campo ricco di simboli e pregiudizi, legati alla vita e alla morte; rientra, dunque, nelle realtà biosociali, con una particolare preminenza della componente biologica nei paesi occidentali, dove la medicalizzazione e ospedalizzazione è maggiore.

Volgendo lo sguardo alle culture antiche si ritrovano come posizioni maggiormente utilizzate durante il parto quella accovacciata e seduta. In Egitto, ad esempio, il parto si svolgeva su uno sgabello rudimentale formato da tre mattoni che permettevano alla donna di appoggiarsi; in Grecia e a Roma la donna partoriva generalmente da seduta, grazie all'utilizzo di una sedia ginecologica, caratterizzata da un sedile con un'ampia cavità a forma di mezzaluna e con due braccioli su cui la madre poteva aggrapparsi; inoltre, spesso la partoriente era sorretta posteriormente da un'assistente al parto⁵³. Ebbene, sono pochi i documenti storici⁵⁴ che descrivono parti avvenuti a letto e in posizione supina, mentre in molte raffigurazioni antiche le dee partorienti, emblemi della potenza generatrice, sono rappresentate in posizione verticale, accovacciata e seduta⁵⁵. Anche nei papiri di età egizia si ritrovano raffigurazioni in cui le donne che aiutano la partoriente rappresentano simbolicamente le dee protettrici: colei che

⁵⁰ ISTAT, *op.cit.*, 63.

⁵¹ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 55 ss.

⁵² F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 54-55.

⁵³ M. CORRIDORI, V. FANOS, I. FARNETANI, *Nascere nella storia*, Milano, 2006, 41-42.

⁵⁴ Si riportano in Appendice esempi di raffigurazioni di parti nell'antichità a partire dal testo M. CORRIDORI, V. FANOS, I. FARNETANI, *op. cit.*, 2006.

⁵⁵ Vedi fig.5. e fig. 6 in Appendice.

mantiene diritta la partoriente rappresenta la dea Nefti, la donna che esorta a spingere è la dea Heket, la terza donna che accoglie il neonato svolge il ruolo di Iside⁵⁶.

Eppure, nel corso del XVIII secolo, con l'apparizione del medico sulla scena del parto e l'interesse della scienza medica per la riproduzione, vengono introdotti supporti volti ad agevolare il lavoro degli operatori; la diffusione della posizione litotomica è, infatti, collegata all'utilizzo di strumenti come il forcipe e di pratiche come l'episiotomia. I dati della letteratura scientifica e una riflessione critica sull'introduzione di questa posizione, però, hanno dimostrato come essa costituisca uno dei principali fattori iatrogeni nella storia della medicina. Al contrario, le ricerche scientifiche mostrano come l'adozione di alcune posizioni rispetto ad altre in momenti diversi del travaglio ne aiuti la progressione sia nella fase dilatante sia in quella espulsiva. In particolare, si raccomanda di incoraggiare l'adozione della mobilità e di una posizione eretta durante il travaglio nelle donne a basso rischio, così come si incoraggia la libera scelta della donna della posizione di nascita, comprese le posizioni erette⁵⁷. Difatti, la donna sa utilizzare il movimento pelvico spontaneamente, soprattutto per alleviare la sensazione dolorosa legata alle contrazioni uterine; la funzione principale del dolore durante il travaglio è proprio quella di guida per la ricerca di posizioni diverse che aiutino la progressione della dilatazione uterina e il movimento del bambino nel canale del parto⁵⁸.

Ebbene, la postura distesa della donna durante il parto sarebbe un indicatore della visione della stessa come 'oggetto della scienza', luogo su cui medici e infermiere, con una gerarchia maschile ben precisa, agiscono attraverso tecnologie e strumenti medici. Pertanto risulta di grande interesse approfondire le diverse pratiche e approcci alla gravidanza nei diversi paesi, proprio per comprendere il differente spazio di autonomia lasciato alle donne durante un evento così profondamente femminile. Queste ricerche hanno permesso di mostrare «le costanti umane relative al parto» e le differenze culturali: segnatamente, la posizione della gestante nella maggior parte delle culture non medicalizzate è tendenzialmente seduta o accovacciata⁵⁹.

Ad esempio, secondo alcuni studi⁶⁰, in Svezia, si usano sedativi, farmaci per il dolore, l'induzione e la stimolazione artificiale del travaglio; in Olanda, invece, la gestante, nella maggioranza dei casi, non chiede né ottiene farmaci di alcun tipo. Anche in Giappone si fa uno scarso uso di antidolorifici e la degenza in ospedale è molto prolungata: fino a cinque giorni per un parto vaginale e dieci per un parto cesareo. La maggior parte delle donne si affida principalmente ad un'ostetrica, mentre il medico interviene solo in caso di complicazioni e gravidanza a rischio. Inoltre, più della metà delle donne sceglie di partorire in casa, così come avviene anche in India, soprattutto nelle zone rurali. In Turchia come anche Egitto e Marocco, invece, è prevalente il ricorso a parti cesarei, la percentuale sfiora il 75% nelle cliniche private; inoltre, il cesareo viene eseguito generalmente in anestesia generale e non locale. In Africa subsahariana la posizione preferita è quella accovacciata in cui la partoriente è sorretta da altre donne; l'allattamento è considerato fondamentale sia per la salute e lo sviluppo del neonato sia per il legame affettivo che si crea tra madre e figlio. In Cina le donne preferiscono rimanere distese a letto

⁵⁶ Vedi fig.4 in Appendice.

⁵⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Recommendations Intrapartum care for a positive childbirth experience*, 2018, 5.

⁵⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *op. cit.*, 8-9.

⁵⁹ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 59.

⁶⁰ *Ibidem*.

durante il travaglio e prediligono la posizione litotomica; inoltre, si utilizza maggiormente il latte artificiale per la necessità delle donne di tornare presto al lavoro. Infine, in Est Europa il parto risulta essere molto medicalizzato per l'utilizzo di antidolorifici e di diverse procedure assistenziali; in più, in alcuni Paesi, come l'Ungheria, la Repubblica Ceca, la Lituania e la Croazia, pur non essendo proibito alle donne di partorire a casa è proibito alle ostetriche e ad altri professionisti sanitari assistere ai parti a domicilio.

5. Le alternative possibili

Nonostante il rafforzamento e il radicamento della medicalizzazione e ospedalizzazione del parto non sono di certo assenti alternative e soluzioni femminili che pongano al centro la libera decisione della donna partorientente sul proprio corpo gravido e sull'evento della nascita. Difatti, all'interno delle rivendicazioni femministe del '900 appare la volontà di riaffermazione di un potere decisionale sul proprio corpo e sulla propria gravidanza che si esprimeva attraverso lo slogan "riprendiamoci il parto". In questo senso si affermava come l'eccessiva medicalizzazione fosse espressione di un'espropriazione di autodeterminazione femminile, che intendeva, invece, guardare al parto come evento naturale e non patologico. È in questa realtà che si apre la possibilità di forme alternative di parto in cui la libertà di scelta della posizione durante il travaglio simboleggia la nuova presa di posizione delle donne nell'evento della nascita. In questo senso il rifiuto della medicalizzazione del parto passava proprio dal rifiuto della posizione litotomica come massimo emblema di subordinazione e assenza di libera scelta femminile, a cui si contrapponevano le innumerevoli posizioni alternative assunte durante il parto: seduta, accovacciata, in piedi, su una palla, a carponi⁶¹. Nascono in questi anni azioni di riappropriazione del parto mediante l'affermazione di un'alternativa femminile alla medicalizzazione che rivendica una nuova assistenza al parto, in cui al centro sia posta la libertà femminile nella scelta della posizione durante travaglio e parto, nell'immediato contatto tra madre e figlio, nella assistenza psicologica e sociale per la preparazione della donna alla maternità, nel rispetto dei valori e della cultura di ogni partorientente. Da queste rivendicazioni e movimenti anche a livello istituzionale si riscontra l'introduzione di riforme che accolgono le istanze femministe: in Gran Bretagna nasce l'*Association for Improvements in Maternity Services* che incentiva il parto a casa, mentre il *National Childbirth Trust* si batte per il rafforzamento dell'*empowerment* femminile nella maternità; in Italia con la legge 405/75 si istituiscono i consultori famigliari in cui l'obiettivo è l'assistenza per una maternità consapevole; a Parigi la *Clinique de Lilla* predispone un'équipe di ostetriche che assistono il parto a casa. Infine nel 1985 l'OMS pubblica il documento *Tecnologia appropriata per la nascita*, in cui si ritrovano raccomandazioni per una corretta assistenza al parto fisiologico⁶².

A tal proposito, in merito all'eccessiva medicalizzazione, le indicazioni della *World Health Organization* sono molto chiare: si afferma, infatti, come l'approccio interventista non sia adeguatamente sensibile ai bisogni, ai valori e alle preferenze personali della donna, causando un indebolimento delle proprie capacità durante il parto e rischiando di avere un impatto negativo sulla sua esperienza gestazionale. Inoltre, l'uso discutibile delle tecnologie anche quando i benefici clinici non sono chiari, ha ulteriormente ampliato il divario di equità per le donne incinte e i neonati nelle popolazioni svantaggiate. Si

⁶¹ N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 291 ss.

⁶² N.M. FILIPPINI, *op. cit.*, 293 ss.

denuncia come le pratiche *intrapartum* non cliniche, come la fornitura di supporto emotivo attraverso l'accompagnamento del personale, la comunicazione efficace e l'assistenza rispettosa, che possono essere abbastanza economiche da implementare, non siano considerate prioritarie in molti contesti. Allo stesso modo, le opzioni di parto che rispettano i valori delle donne e promuovono la scelta durante la prima e la seconda fase del travaglio non sono costantemente fornite. Questi aspetti non clinici del travaglio e dell'assistenza al parto sono componenti essenziali dell'esperienza di cura che dovrebbero integrare eventuali interventi clinici necessari per ottimizzare la qualità delle cure fornite alla donna e alla sua famiglia, riaffermando con questo l'aspetto complesso e biosociale dell'evento del parto⁶³. Rispetto a ciò, il rapporto sulla pratica ostetrica nel mondo, *A Universal Pathway. A Woman's Right to Health*, prodotto congiuntamente dall'UNFPA, Who e Icm, rimarca la necessità di non considerare la gravidanza come una malattia, dando rilevanza centrale all'assistenza ostetrica, elemento chiave della cura per la salute sessuale, riproduttiva, materna e neonatale, connotata profondamente al femminile. Ulteriore esempio di azione a riguardo si ritrova nel Programma *Midwifery2030*, un report che include un nuovo quadro per la fornitura di assistenza sanitaria sessuale, riproduttiva, materna, neonatale e adolescenziale incentrata sulla donna. Come già delineato nel *World Health Report 2005 Make every mother and child count*, si intende promuovere modelli di cura incentrati sulla donna e gestiti dall'ostetrica, che hanno dimostrato di generare maggiori benefici di salute e risparmio economico rispetto ai modelli di cura medicalizzati⁶⁴. Inoltre, in Italia, dal 2007 l'Osservatorio nazionale sulla salute della donna e di genere (ONDA) ha avviato il progetto Bollini Rosa, con l'obiettivo di premiare gli ospedali che offrono percorsi diagnostico-terapeutici e servizi dedicati alle patologie femminili di maggior livello clinico ed epidemiologico, riservando particolare cura alla centralità della paziente e promuovendo un approccio di genere.

6. Considerazioni finali

In conclusione, il processo di medicalizzazione del corpo femminile si afferma quale risposta della modernità «alla necessità di controllo sociale sull'attività riproduttiva della donna»⁶⁵. Ma il controllo sul corpo delle donne porta con sé anche il controllo «dell'universo culturale in cui quel corpo è immerso e dal quale è plasmato»⁶⁶. Il corpo, difatti, vede in sé l'intreccio di due dimensioni, quella biologia e quella sociale e così il processo di riproduzione, che prende avvio dalla fecondazione, «ma la cui componente essenziale resta *l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza*», ossia la relazione che la donna intesse con il proprio corpo e con la vita che porta dentro di sé⁶⁷. In tal senso, la riscoperta e riaffermazione della centralità ed esclusività femminile nel processo di gestazione e sulla “scena del parto” si afferma quale necessità di riappropriazione dell'autonomia decisionale – in cui si includono anche la libera scelta della posizione da assumere durante il travaglio e il parto, come anche la corretta

⁶³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *op. cit.*, 8-10.

⁶⁴ UNFPA, *State of the World's Midwifery 2014 - Executive summary*, 2014, <https://www.unfpa.org/sowmy-2014> (ultima consultazione 8/04/2022).

⁶⁵ F. PIZZINI, L. LOMBARDI, *op. cit.*, 11.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ 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, 195.

preparazione e informazione su rischi e benefici dei diversi approcci medici – da parte della donna e delle donne, qui intese come assistenza ostetrica al femminile.

Appendice



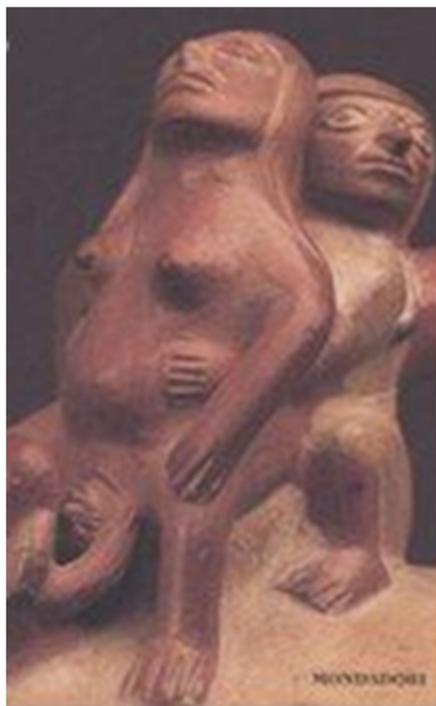
1

Egitto, Cairo, Museo Egizio, targa in bassorilievo che mostra una donna sulla sedia per il parto. Rilievo risalente alla fine del IV secolo a.C., proveniente dal tempio della dea Hathor a Dendera.



2

Terracotta del II secolo proveniente da Ostia, tomba dell'ostetrica Scribonia Attice. Ostia, Museo Ostiense. Rappresentazione dell'ostetrica Scribonia mentre adempie al suo lavoro.



3

Lima, Museo Arqueológico Rafael Larco Herrera, bottiglia peruviana, di epoca precolombiana, con raffigurazione di parto.



4

Il Cairo, Ragab Papyrus Institute, raffigurazione di una nascita in un papiro egiziano, Nuovo Regno, XIX dinastia (1292-1186).



5

Ankara, Museo della Civiltà Anatolica, Dea Madre partoriente in posizione seduta e accompagnata da due leoni ai lati, scultura in terracotta del VII millennio a.C. da Çatal Hüyük, Anatolia.



6

Bassorilievo in pietra situato nella chiesa di *SS Mary & David's*, Kilpeck, Herefordshire. La dea celtica Sheila na Gig è una delle grandi dee della Vita e della Morte, simbolo del potere femminile del parto.



Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi

Nicoletta Rangone *

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PUBLIC ADMINISTRATIONS: ADDRESSING THE MANY RISKS TO GAIN ALL THE BENEFITS

ABSTRACT: The paper aims at analysing the most relevant examples of the use of artificial intelligence within the Italian public administrations, in order to highlight related benefits and risks. It focuses on the internal organization, rulemaking and enforcement decisions. There appears to be a need for a general regulatory framework, as well as for specific procedural disciplines in each administration in order to allow real accessibility, comprehensibility and non-discrimination for the stakeholders. At the same time, these disciplines should introduce mechanisms and evaluation adequate to verify the appropriateness of the use of artificial intelligence instead of human intelligence, with a view to the effectiveness of organization and administrative action.

KEYWORDS: artificial intelligence; administrative decision; regulation; transparency; cognitive bias

ABSTRACT: Lo scritto parte dall'analisi delle più rilevanti esperienze di uso dell'intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane, che attengono all'assetto organizzativo, all'adozione di decisioni generali e all'attuazione amministrativa, per mettere in luce vantaggi e rischi. Ne emerge l'esigenza di un inquadramento normativo generale e di discipline procedurali delle singole amministrazioni, tali da assicurare reale accessibilità, comprensibilità e non discriminazione, oltre a meccanismi di controllo che consentano di verificare l'adeguatezza del ricorso all'intelligenza artificiale in luogo dell'intelligenza umana in un'ottica di effettività dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

* Professoressa di diritto amministrativo, Università Lumsa. Mail: n.rangone@lumsa.it. Una prima versione del contributo è destinata alla pubblicazione in A. LALLI (a cura di), *Le amministrazioni pubbliche nell'era digitale*, Giappichelli in corso di pubblicazione. Le considerazioni svolte sono frutto della ricerca avviata nell'ambito del progetto PRIN 2017 "governance of/through Big Data: challenges for european law" e proseguita nel gruppo di ricerca ASTRID «Amministrazione e Intelligenza Artificiale» coordinato con B. Marchetti ed E. Chiti. L'autore è titolare della cattedra Jean Monnet on EU approach to Better regulation; il sostegno della Commissione europea alla produzione di questa pubblicazione non costituisce un'approvazione del contenuto, che riflette esclusivamente il punto di vista dell'autore, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per l'uso che può essere fatto delle informazioni ivi contenute. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: intelligenza artificiale; decisioni amministrative; regolazioni; trasparenza; bias comportamentali

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Intelligenza artificiale per ottimizzare prestazioni e organizzazione delle amministrazioni pubbliche – 3. Intelligenza artificiale per il *rule-making* – 4. Intelligenza artificiale per l'attuazione amministrativa – 4.1. Trasparenza effettiva e spiegabilità: obiettivi raggiungibili? – 4.2 Non esclusività della decisione algoritmica: criticità – 5. Esigenza di un quadro normativo minimo, da specificare a livello di singola amministrazione.

1. Introduzione

Diverse e sempre più diffuse sono le applicazioni di intelligenza artificiale¹ nelle pubbliche amministrazioni italiane, a supporto di servizi al pubblico, di esigenze organizzative e conoscitive. Le nuove tecnologie sono inoltre utilizzate nei processi decisionali, o nella relativa fase prodromica, che si tratti dell'adozione di *policies*, di regole o di decisioni amministrative.

Questi usi di nuove tecnologie sono all'origine di numerosi vantaggi per i pubblici poteri, che vanno dalla possibilità di comprimere i tempi per decidere e di razionalizzare l'impegno di risorse umane, alla elaborazione di indicazioni anche prospettiche, alla possibilità di evitare errori umani e di limitare le occasioni di corruzione². L'intelligenza artificiale costituisce dunque uno strumento per l'effettività dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, in ultima analisi di un diritto amministrativo che sia osservato, attuato e foriero di risultati coerenti con gli obiettivi per cui è stato previsto³. Un importante stimolo all'uso dell'intelligenza artificiale nell'organizzazione e azione amministrativa è svolto dagli

¹ In tal contesto, si può richiamare la definizione di intelligenza artificiale offerta dal Consiglio di Stato, per cui il *machine learning* «crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico» (punto 9.1, Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891). Quanto alla definizione di intelligenza artificiale elaborata in seno alla proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (considerando 6 e art. 3), si rinvia a G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenza di una specifica data governance*, in F. DONATI, A. PAJNO, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, Il, 2022, cap. 2, 47-48.

² Nella nota vicenda della mobilità docenti, il Consiglio di Stato (sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881) ha evidenziato che «l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata».

³ G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Il diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, 15. Il capitolo 3 di tale testo sviluppa una prima articolazione delle argomentazioni svolte in questo lavoro.



incentivi europei di tipo economico⁴ (da ultimo il *Recovery and Resilience Facility*)⁵ e non economici che derivano dal confronto delle pratiche in sede internazionale⁶ ed europea⁷.

Gli indubbi vantaggi connessi all'uso delle nuove tecnologie non possono adombrare però i rischi, che vanno dall'opacità, all'errore, alla discriminazione⁸. Ed invero, se l'intelligenza artificiale nel processo decisionale consente di ridurre il «rumore» (*noise*), vale a dire la «variabilità» ingiustificata nei giudizi umani su situazioni identiche⁹, può essa stessa essere il veicolo attraverso il quale sono perpetrate «le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani»¹⁰ (*garbage in, garbage out*)¹¹. Distorsioni possono anche essere legate alla scarsa qualità dei dati che alimentano l'intelligenza artificiale, ad esempio perché raccolti da soggetti in conflitto di interessi, basati su presunzioni non validate dal diretto interessato o esclusivamente su dati storici (che da un lato lasciano «sotto il radar» i nuovi entranti e nuovi rischi, dall'altro sono usati sulla base dell'assunto che il comportamento osservato non cambi in futuro¹²), raccolti per scopi diversi oppure tratti da «tracce» lasciate in rete dalle persone¹³. Ed ancora, un modello potrebbe risultare impreciso quando utilizzato nel mondo reale¹⁴.

Vi sono poi problematiche specifiche, che attengono ai diversi momenti ed obiettivi per i quali i pubblici poteri fanno uso dell'intelligenza artificiale, su cui si concentra il presente contributo, che invece non affronta il tema delle competenze. Il paragrafo 2 è dedicato all'uso dell'intelligenza artificiale per il miglioramento delle prestazioni al pubblico e l'organizzazione interna, il paragrafo 3 alle nuove tecnologie nei procedimenti di regolazione e normativi, il paragrafo 4 all'attuazione amministrativa. Le

⁴ Ad esempio, la *detection* algoritmica del linguaggio d'odio da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha ricevuto impulso anche da un progetto finanziato dalla Commissione europea (*Innovative Monitoring Systems and Prevention Policies of Online Hate Speech-IMSYP*) che ha portato l'autorità a lavorare nell'ambito di un consorzio di ricerca internazionale.

⁵ Al rispetto e all'implementazione del principio, tra gli altri, del *digital by default* sono vincolate le riforme supportate dal *Recovery and Resilience Facility*.

⁶ Ad esempio, il premio UNESCO al sistema INPS di smistamento delle PEC. Ed ancora, gli scrutini periodici di *mutual evaluation* realizzati a livello OCSE nel Gruppo intergovernativo d'Azione Finanziaria Internazionale-GAFI sono l'occasione per lo scambio di buone pratiche anche con riferimento all'uso dell'intelligenza artificiale nella vigilanza di Banca d'Italia. Questi esempi sono riportati da E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in F. DONATI, A. PAJNO, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, cit., II, cap. 1, e in questa rivista.

⁷ Ad esempio, in ambito ESMA.

⁸ In tema, si veda F. COSTANTINO, *Rischi o opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 43 ss.

⁹ «Whether the patent office grants or rejects a patent is significantly related to the happenstance of which examiner is assigned the application. This variability is obviously troublesome from the standpoint of equity» (D. KAHANEMAN, O. SIBONY, C.R. SUNSTEIN, *Noise. A Flaw in human judgment*, New York, 2021, 6-7).

¹⁰ Consiglio di Stato, VI, 13 dicembre 2019 n. 8472.

¹¹ S.G. MAYSON, *Bias In, Bias Out*, in *The Yale Law Journal*, 128, 2019, 2218 ss.

¹² Definita «illusion of validity» su cui *infra*.

¹³ T.B. GILLIS, *The input fallacy*, in *Minnesota Law Review*, 106, 2022, 1175 ss.

¹⁴ «First, a model can simply fail to fit any data — training or test — well. In such a scenario, even if the training and test data were perfectly representative of real-world data, the model would be inaccurate when deployed. Second, an algorithm can fit its training and, perhaps, test data well, but fail to generalize and perform equally well in real-world data» (D. LEHR, P. OHM, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, in *University of California*, 51, 2017, 711).



conclusioni, di cui al paragrafo 5, sollevano l'esigenza di un inquadramento normativo per gli usi dell'intelligenza artificiale basato sulla trasparenza (in termini di effettiva conoscibilità), come regola minima e comune a tutte le applicazioni, ed esteso ai presidi della motivazione (come effettiva spiegabilità) e verificabilità dei sistemi per gli usi da parte delle pubbliche amministrazioni nei processi decisionali pubblici.

2. Intelligenza artificiale per ottimizzare prestazioni e organizzazione interna delle amministrazioni pubbliche

L'intelligenza artificiale viene utilizzata per ottimizzare le prestazioni al pubblico e l'organizzazione interna.

Quanto ai servizi al pubblico, alcune applicazioni predisposte o in via di sperimentazione sono volte a facilitare il rapporto con i cittadini, rendendo più efficaci le funzioni di prestazione.

Pur restando fondamentale la possibilità di interfacciarsi con una persona fisica¹⁵, di grande utilità appare il miglioramento del supporto all'utenza che può essere offerto da chatbot "intelligenti" in grado di comprendere le richieste di cittadini diversi per preparazione e provenienza geografica (in uso ad esempio da parte di INPS e Agenzia delle entrate)¹⁶. Nella medesima ottica di facilitare il dialogo con l'amministrazione, muovono le applicazioni che attengono al miglioramento della funzionalità di motori di ricerca (anch'essi "intelligenti") di siti istituzionali, riducendo le barriere all'accesso e indirizzando l'utente verso pagine di effettiva utilità (come nella sperimentazione INPS). I sistemi che apprendono dalle ricerche fatte dai cittadini consentono, ad esempio, di selezionare le parole che consentono di raggiungere un determinato servizio all'interno del sito istituzionale (come può essere l'indicazione di "mensa scolastica" in luogo di "refezione"). Questi usi dell'intelligenza artificiale (come anche quelli che consentono la traduzione automatica da e verso varie lingue straniere o di filtrare messaggi di posta elettronica che costituiscono spam) potenziano i risultati ottenibili attraverso sistemi deduttivi alimentati attraverso un numero limitato di dati e presentano bassissimi livelli di rischio (in termini di gravità e probabilità) per la riservatezza dei dati raccolti dagli utenti e altri diritti fondamentali.

Una seconda tipologia di servizi al pubblico attiene alle numerose applicazioni che caratterizzano le *smart cities*¹⁷, come la resa di informazioni raccolte attraverso l'internet delle cose e fornite agli utenti tramite app o siti istituzionali in ordine, ad esempio, alla disponibilità di parcheggi, alla densità di frequentazione di una determinata area di una città, a pericoli presenti sul manto stradale (in

¹⁵ C. COGLIANESE, *Administrative law in the automated State*, in *American Academy of Arts and Sciences*, 2021, 204 ss.; S. RANCHORDÁS, *Empathy in the digital administrative law*, in *Duke Law Journal*, 71, 1341 ss.; J. PONCE SOLÉ, *Inteligencia artificial, Detecho admiistrativo y reserve de humanidad: algoritmos y procedimiento administrative debito tecnologico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.

¹⁶ G. BUONO, P. BONANNI, G. DEL MONDO, A. CIRIELLO, *Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali*, in *Biolaw Journal*, 1, 2022, 261 ss.

¹⁷ E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE (a cura di), *L'uso dell'intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano*, rapporto 3/2022, *SMART cities e intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2022, 251 ss. Sull'uso dell'internet delle cose e l'intelligenza artificiale per offrire informazioni più puntuali, quando non personalizzate, agli utenti e adeguare l'organizzazione dell'offerta, si veda OCSE, *Shaping the future of regulators. The impact of emerging technologies on economic regulators*, 2020.

sperimentazione in alcuni comuni, come Padova, Trento e Venezia)¹⁸. Si tratta di funzionalità che potrebbero presentare rischi, soprattutto in termini di tutela privacy, là dove i dati siano raccolti attraverso telecamere e sensori acustici¹⁹. È dunque importante, in queste ipotesi, non solo assicurare la trasparenza degli usi, ma anche – ove possibile – evitare a monte questi rischi anonimizzando i dati proprio attraverso l'intelligenza artificiale e registrando solo il metadato (come nelle esperienze di Padova e Venezia), oppure creando un *blind learning environment*, che consente di evitare la condivisione di dati “in chiaro” all'interno di un medesimo soggetto pubblico (come nel caso di Banca d'Italia)²⁰.

Altri usi dell'intelligenza artificiale attengono all'organizzazione interna delle pubbliche amministrazioni e consentono di ottimizzare la distribuzione del lavoro tra uffici o la classificazione automatica della posta in entrata (come sperimentato dall'INPS)²¹. Si tratta di applicazioni che non sembrano presentare particolari rischi per i dipendenti o i soggetti terzi, se non in termini di una eventuale inefficiente organizzazione del lavoro o ritardati servizi all'utenza.

Diverso è il caso della razionalizzazione di attività che comportino la raccolta di informazioni che possono risultare prodromiche all'avvio eventuale di un procedimento di controllo, regolatorio o decisionale. Si pensi alla categorizzazione di esposti e denunce effettuata da Banca d'Italia²² e alla vigilanza bancaria per la rilevazione di anomalie indicative di possibili azioni di riciclaggio²³, alla classificazione per grado di rischio di documenti oggetto di vigilanza (come nel caso documenti sintetici – KID – che illustrano le caratteristiche dei prodotti finanziari PRIIPs rivolti agli investitori al dettaglio oggetto di

¹⁸ Altre applicazioni possibili, in corso di realizzazione in altri ordinamenti giuridici, attengono alla robotica e consentono, ad esempio, la consegna di medicinali attraverso droni o la corrispondenza attraverso mezzi a guida autonoma (D.F. ENGSTROM, D.E. HO, C.M. SHARKEY, M.F. CUELLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, Report submitted to the Administrative Conference of the United States, 65-69. Per un commento al report, si veda L. Parona, “*Government by algorithm*” un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni amministrative, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2021, 10 ss.).

¹⁹ Ed invero, la proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale elenca come ad alto rischio «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'identificazione biometrica remota “in tempo reale” e “a posteriori” delle persone fisiche» (allegato III).

²⁰ E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano: prove generali*, cit.

²¹ G. BUONO, P. BONANNI, G. DEL MONDO, A. CIRIELLO, *Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali*, cit.

²² Regolamento sul trattamento dei dati personali nella gestione degli esposti del 2022, pubblicato in gazzetta ufficiale e sul sito di Banca d'Italia. In base a tale regolamento, seppure la segnalazione non porti all'avvio un procedimento amministrativo, colui che presenta l'esposto e gli intermediari potenzialmente interessati devono sapere che le informazioni acquisite vengono trattate attraverso *machine learning*. Devono poi essere predisposte tecniche per garantire il rispetto della riservatezza dei dati personali, la sorveglianza umana del monitoraggio e dell'aggiornamento delle tecniche di *machine learning* (anche per assicurarne la spiegabilità), l'assenza di uso per decisioni automatizzate, profilazione o predizione di comportamenti. Questi gli aspetti particolarmente apprezzati dal Garante della privacy, nel parere del 24 febbraio 2022 alla Banca d'Italia sullo schema di regolamento concernente il trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito della gestione degli esposti.

²³ E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE (a cura di), *L'uso dell'intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano*, rapporto 2/2021, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di Banca d'Italia*, in *BioLaw Journal*, 4, 2021, 229 ss.

controllo da parte della Consob)²⁴, al monitoraggio dell'offerta abusiva *on line* di attività finanziarie riservate effettuato da Consob, o dell'uso del *data mining* e *machine learning* da parte di Agenzia delle entrate e INPS per rilevare i fenomeni fraudolenti nella lotta all'evasione contributiva. Nella valutazione di esposti e denunce (di cui si dirà nel paragrafo successivo) il rischio consiste in un possibile impoverimento del bagaglio informativo del decisore pubblico se non adeguatamente valutate/classificate, oltre a violazioni della privacy.

L'uso dell'intelligenza artificiale per la programmazione dei controlli informati al rischio (come nelle sperimentazioni supportate dall'OCSE e che coinvolgono la provincia autonoma di Trento e le regioni Lombardia e Campania)²⁵, che consente controlli più mirati anche in funzione prospettica, la eventuale limitata qualità dei dati utilizzati (come nel caso dell'uso di "data from the wild")²⁶, unitamente alla mancanza di trasparenza sul loro impiego, potrebbe non consentire ai soggetti interessati di contestare, ad esempio, l'erroneità del dato utilizzato. Inoltre, seppure un controllo non comporti necessariamente una conseguenza giuridica (in termini ad esempio di sanzione), esso rappresenta di per sé stesso un costo quando effettuato in loco; peraltro, la rilevazione di una anomalia anche non grave costituirà un precedente preso in considerazione nella mappatura del rischio che caratterizza un determinato individuo o impresa, comportando l'esposizione a nuovi controlli futuri. È dunque importante che i dati siano verificabili e trasparenti e che gli esiti dei controlli "algoritmici" siano costantemente monitorati in modo da "allenare" ed ricalibrare l'algoritmo ove necessario. Il ricorso a controlli "algoritmici" dovrebbe essere reso noto al pubblico (trasparente) nelle forme che verranno evidenziate nel paragrafo 5.

L'intelligenza artificiale può, poi, supportare l'organizzazione di controlli in un'ottica di ordine pubblico, come nel caso di applicazioni utilizzate da alcune questure italiane che processano dati raccolti da telecamere dislocate sul territorio e dati in possesso della Polizia, del Ministero dell'interno o altri soggetti pubblici (in alcuni contesti anche social media) per aumentare l'effettività dei controlli, attraverso una loro programmazione in base al rischio. Oltre ai pericoli menzionati, le applicazioni di polizia predittiva, seppure nel nostro ordinamento giuridico limitate a tracciare «mappe» del rischio²⁷ e non «persone a rischio»²⁸, potrebbero riprodurre pregiudizi tipici della valutazione umana rispetto a certe

²⁴ E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE (a cura di), *L'uso dell'intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano*, rapporto 1/21, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di CONSOB, Agcom e ARERA*, in *Biolaw*, 4, 2021, 215.

²⁵ F. BLANC, M. BENEDETTI, C. BERTONE, *L'informatica e il machine learning al servizio della semplificazione dei controlli sulle imprese: un equilibrio ancora da definire*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 209, 2021, 121 ss.

²⁶ Si tratta dell'uso di dati raccolti a fini diversi o prodotti in esito ad altre attività che vanno ad alimentare sistemi di intelligenza artificiale (che da questi apprendono) senza che vi sia stato un riscontro esplicito e consapevole da parte del proprietario del dato o un monitoraggio da parte di terzi sulla qualità dello stesso (N. CRISTIANINI, *Shortcuts to Artificial Intelligence*, in M. PELILLO, T. SCANTAMBURLO (a cura di), *Machines We Trust: Perspectives on Dependable AI*, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2021, 15-17).

²⁷ Sulle esperienze di alcune questure italiane che utilizzano sistemi di polizia predittiva KeyCrime, X-Law, E-Security si rinvia a M.B. ARMIENTO, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2020, 990-991 e, dello stesso autore, *Nuove tecnologie e "nuova" sicurezza delle città*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 209, 2021, 95 ss.

²⁸ I sistemi che interessano le persone nell'ambito delle attività di contrasto di reati sono considerati ad alto rischio dalla proposta di regolamento europeo, allegato III.

zone e dunque persone che vi abitano²⁹ e, là dove diano un peso prevalente ai dati storici, possono portare a concentrare i controlli su certi tipi di crimini o aree perdendone di vista altre o nuovi rischi, se non a stigmatizzare determinate persone. Questi sistemi, pur non essendo considerati a livello europeo (forse paradossalmente) tra quelli ad alto rischio, devono comunque essere informati al principio della trasparenza in base alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale. A ciò si aggiunge il monitoraggio dei risultati e la verifica del buon funzionamento dell'algoritmo.

3. Intelligenza artificiale per il *rule-making*

Nei procedimenti di regolazione e normativi, le nuove tecnologie sono utili per riorganizzare e analizzare i commenti raccolti nell'ambito di consultazioni con un elevato numero di partecipanti³⁰, per supportare la raccolta e l'elaborazione di dati di varia provenienza (come denunce e reclami) che possono far emergere l'esigenza di un intervento di regolazione³¹, per svolgere attività automatizzata o semi-automatizzata di *drafting*.

Nel nostro ordinamento non sembrano esservi esperienze di uso del *machine learning* per la lettura dei risultati di consultazioni, fatta eccezione per due politiche del 2014, «La buona scuola»³² e «Rivoluzione@governo»³³. I commenti ricevuti nella seconda consultazione sono stati il risultato di diverse campagne di mobilitazione promosse da soggetti organizzati per l'invio di commenti identici o sostanzialmente tali, di seguito definiti commenti di massa³⁴. Nessuna applicazione in questo ambito si rileva invece, al momento, nelle autorità indipendenti italiane, che pure vantano le esperienze più avanzate in termini di consultazioni, presumibilmente per il numero contenuto di commenti normalmente ricevuto.

Quali considerazioni si possono svolgere sull'uso dell'intelligenza artificiale nelle consultazioni? A fronte di un prezioso supporto offerto ai decisori, l'uso in questa fase delle tecnologie più avanzate presenta rischi specifici, di cui occorre avere consapevolezza affinché possano essere adeguatamente affrontati dagli sviluppatori e dai decisori pubblici. Nella trattazione dei commenti di massa, l'intelligenza artificiale consente di identificare³⁵ e riorganizzare le osservazioni ricevute, generando un

²⁹ P.J. BRANTINGHAM, M. VALASIK, G.O. MOHLER, *Does Predictive Policing Lead to Biased Arrests? Results From a Randomized Controlled Trial*, in *Statistics and Public Policy*, 5, 1, 2017, 1 ss.

³⁰ Ad esempio, nell'ambito delle consultazioni realizzate per l'analisi preventiva di impatto della proposta di direttiva europea su *Energy performance of buildings (recast)* «the results of the feedback were analysed using Atlas.ti (text processing software)» (SWD(2021) 453 final, 142).

³¹ M.A. LIVERMORE, V. EIDELMAN, B. GROM, *Computational assisted regulatory participation*, in *Notre Dame Law Review*, 2018, 93, 3, 977 ss.

³² Nella consultazione, svoltasi dal 15 settembre al 15 novembre 2014, le 6.470.000 risposte strutturate ricevute sono state analizzate, per l'estrazione di concetti chiave, attraverso la linguistica computazionale con il supporto della Fondazione Bruno Kessler.

³³ Le 39.343 mail pervenute nell'ambito della consultazione che si è svolta dal 30 aprile – 30 maggio 2014 sono state analizzate attraverso strumenti di *text mining* per classificare i messaggi ricevuti secondo il grado di pertinenza con i 44 punti della riforma, con il supporto del Dipartimento di metodi e modelli per l'economia, il territorio e la finanza dell'Università Sapienza.

³⁴ «As a rule of thumb, the minimum threshold should be 10 or more identical responses (across all the closed questions) to count as a campaign» (European Commission, *Better Regulation Toolbox*, 2021, 473).

³⁵ Sui software dedicati si veda European Commission, *Better Regulation Toolbox*, 2021, 473.





considerevole risparmio di tempo all'amministrazione che conduce la consultazione³⁶. Questo sistema di razionalizzazione dell'analisi rischierebbe però di alterare il bagaglio informativo su cui si basa il processo decisionale se supportasse l'automatica esclusione dei commenti di massa in quanto tali o la loro considerazione come un unico commento³⁷. Lo stesso è da dirsi per l'uso delle nuove tecnologie per semplificare l'analisi di un'importante mole di dati frutto di segnalazioni, denunce o reclami (sperimentata da Consob e Banca d'Italia)³⁸, là dove ricevessero un'attenzione minore perché, ad esempio, contenenti errori ortografici o un gergo poco appropriato³⁹.

Nel *rule-making*, le nuove tecnologie consentono inoltre la traduzione in codici di una regola esistente, la scrittura in tale forma di nuove regole o la riforma di queste. Le norme potrebbero poi essere scritte *ab origine* in doppio formato, tradizionale e in codice, in attuazione del più generale principio del *digital by default*⁴⁰. Ciò consente di facilitare l'attività di *drafting*, supportando, ad esempio, la rilevazione delle incongruenze o incompatibilità tra norme⁴¹. Al contempo, il "rules as code" agevola l'implementazione, consentendo l'automazione dell'attuazione amministrativa che non implichi discrezionalità⁴², come sembrerebbe possibile anche nel nostro ordinamento giuridico⁴³.

³⁶ Administrative Conference of the United States, Recommendation 2021-1, *Managing Mass, Computer-Generated, and Falsely Attributed Comments*, 17 giugno 2021.

³⁷ Al riguardo la Commissione europea e la Corte dei Conti suggeriscono di effettuare un'analisi separata dei commenti di massa e di evidenziarne a parte i risultati (Better Regulation Toolbox 2021, 75, 472-474, Court of Auditors, *'Have your say!': Commission public consultations engage citizens, but fall short of outreach activities*, special report 14/2019, 39-40). Sul punto si vedano S.J. BALLA, A.R. BECK, E. MEEHAN, A. PRASAD, *Lost in the flood?: Agency responsiveness to mass comment campaigns in administrative rulemaking*, in *Regulation & Governance*, 2020 e la series of essays, *Mass Comments in Administrative Rulemaking*, in *The Regulatory Review*, 13-21 dicembre 2021 (<https://www.theregreview.org/2021/12/13/mass-comments/> ultima consultazione 19/06/2022); S. KATZEN, *Public input in rulemaking*, in *The Regulatory Review*, 7 marzo 2022 (<https://www.theregreview.org/2022/03/07/katzen-public-input-in-rulemaking/> ultima consultazione 19/06/2022).

³⁸ L'impiego dell'IA nell'attività di CONSOB, AGCOM e ARERA, cit., 215 ss.

³⁹ «Addressing the lack of participation by marginalized communities in regulatory decision-making is crucial, but there is another fundamental issue. The input of marginalized communities will not matter if agencies ignore or devalue it because these insights are not expressed using the standard narratives of policymaking» (S.A. SHAPIRO, *Marginalized Groups and the Multiple Languages of Regulatory Decision-Making*, in *The Regulatory Review*, 14 marzo 2022, <https://www.theregreview.org/2022/03/14/shapiro-marginalized-groups-multiple-languages/> ultima consultazione 19/06/2022).

⁴⁰ Comunicazione della Commissione europea, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM (2021)118 final e Better Regulation Toolbox 2021, TOOL#18, 145 e TOOL#28, 228 ss.

⁴¹ «The idea with "rules as code" is that the government would make its single coded version available via an API [Application Programming Interface] to the public, including developers, not just those in government» (M. WADDINGTON, *Machine-consumable legislation: A legislative drafter's perspective – human v artificial intelligence*, in *The Loophole*, giugno 2019, 27).

⁴² «Objective criteria in the legislation are a prerequisite for automation of case processing. [...] For example, the criterion "majority of the year" may be subject to discretion and interpretation whereas "more than 250 calendar days per year" can be assessed objectively. If fully automated case processing is introduced based on objective criteria» (così il documento dell'agenzia danese per la digitalizzazione del 2018 *Guidance on digital-ready legislation - on incorporating digitisation and implementation in the preparation of legislation*, 11, https://en.digst.dk/media/20206/en_guidance-regarding-digital-ready-legislation-2018.pdf ultima consultazione 19/06/2022).

⁴³ Consiglio di Stato, sez. cons. att. norm., 17 novembre 2020 n. 1322.



Non mancano però potenziali risvolti negativi. In primo luogo, la traduzione o la scrittura anche in codici comporta una estrema semplificazione (aspetto positivo)⁴⁴, ma che può tradursi in un impoverimento del dettato normativo, se non in una distorsione in ipotesi estreme⁴⁵. In secondo luogo, il “rule as a code”, quando porta all’automazione della decisione amministrativa, implica una tendenziale sovrapposizione tra *rule-making* e *adjudication* con perdita delle garanzie procedurali ad entrambi i livelli⁴⁶. È dunque importante assicurare la trasparenza, rendendo esplicita la formulazione in codici delle regole e consentendo la partecipazione degli interessati a questo livello, così come dovrebbe essere reso pubblico il fatto che alcune previsioni non discrezionali ricevano applicazione automatizzata⁴⁷.

L’intelligenza artificiale può essere utilizzata anche per adeguare le regole al mutamento del contesto o del quadro normativo di riferimento. La revisione dello *stock* può non rivelarsi una operazione neutra, se espressione di politiche de-regolatorie o al contrario favorevoli a una regolazione pervasiva, esiti particolarmente preoccupanti se influenzati da portatori di interessi di parte ben organizzati⁴⁸.

In generale, trasparenza e partecipazione dovrebbero dunque essere sempre assicurati, unitamente ad un costante monitoraggio e una valutazione *ex post* dei risultati conseguiti, sia per la definizione di nuove regole, che per la revisione di quelle esistenti con l’ausilio dell’intelligenza artificiale.

4. Intelligenza artificiale per l’attuazione amministrativa

Le numerose applicazioni di algoritmi lineari ai procedimenti per l’adozione di decisioni individuali (che vanno dalla mobilità dei docenti, al riconoscimento di incentivi ad imprese, ai contratti pubblici, alla determinazione di tariffe di servizi pubblici) hanno portato il giudice amministrativo italiano⁴⁹ a

⁴⁴ Ad esempio, il citato document danese suggerisce che «the rules should be worded clearly and simply, unambiguously and consistently. Simple rules do not necessarily mean a brief law text. It may require more words to make it unambiguous and clear what the rules are. This does not, however, change the overall legal principle that superfluous words in the law text should be avoided» (*Guidance on digital-ready legislation*, cit., 8 e 9). Dello stesso tenore il Better Regulation Toolbox 2021 della Commissione europea, TOOL#28 *Digital-ready policymaking*, in particolare p. 238.

⁴⁵ «Policy is often distorted when programmers translate it into code. [...] This is, in part, because the artificial languages intelligible to computers have a more limited vocabulary than human languages. Computer languages may be unable to capture the nuances of a particular policy. Code writers also interpret policy when they translate it from human language to computer code» (D.K. CITRON, *Technological Due Process*, *Washington Law Review*, 6, 85, 2008, 1261).

⁴⁶ D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1249.

⁴⁷ «The decision is sufficiently transparent to enable the citizen to assess his/her avenues of complaint and it must be possible to verify the decision» (*Guidance on digital-ready legislation*, cit., 11).

⁴⁸ C.M. SHARKEY, *AI for retrospective review*, in *Belmont Law Review*, 8, 3, 2021, 374 ss.

⁴⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenze 13 dicembre 2019 n. 8472, 8473 e 8474, nonché Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 881, cit. Tali pronunce fanno riferimento all’art. 22 GDPR, che sancisce il diritto per gli interessati a non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato.



delineare un rafforzamento delle tutele tradizionali: trasparenza come reale conoscibilità⁵⁰ e spiegabilità, non esclusività della decisione algoritmica⁵¹. Si tratta di garanzie effettive?

4.1. Trasparenza effettiva e spiegabilità: obiettivi raggiungibili?

Le applicazioni di intelligenza artificiale utilizzate a livello di amministrazioni centrali e locali non sono facilmente individuabili, nascoste in notizie di stampa, generiche comunicazioni istituzionali⁵², circolari⁵³ o altri documenti⁵⁴ (con l'unica eccezione, al momento in cui si scrive, del regolamento di Banca d'Italia citato in nota 22). Che si tratti del controllo del flusso di traffico, dell'accesso ai parcheggi, di polizia predittiva, di verifiche del corretto pagamento di tributi o contributi, dell'individuazione di abusi di mercato, manca una chiara indicazione dei procedimenti interessati, delle tecnologie utilizzate, dei criteri in base ai quali ci si è rivolti al mercato invece di produrre internamente l'algoritmo, delle ragioni dell'utilizzo, dell'impostazione o meno di un monitoraggio del funzionamento e dei relativi esiti⁵⁵.

Questa limitata trasparenza determina ovviamente una limitata effettività delle garanzie di partecipazione: perché l'interessato dovrebbe chiedere l'accesso al codice sorgente se non sa che viene utilizzato un algoritmo? Il problema del limite alle garanzie di partecipazione che consegue alla mancanza

⁵⁰ «Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato» (Consiglio di Stato n. 8472/2019, cit.).

⁵¹ Salvo quanto alle decisioni seriali e standardizzate (A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubblico*, 2, 2020, 945-946). Sui principi elaborati dal giudice amministrativo, si rinvia a E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2020, 273 ss.

⁵² Ad esempio, la direzione studi e ricerche INPS, in base al sito istituzionale, «fornisce supporto tecnico-scientifico all'elaborazione delle decisioni che l'Istituto assume nell'ambito delle proprie attività istituzionali attraverso [...] l'elaborazione di statistiche, di modelli di *data mining* e *machine learning*, anche in riferimento ai *big data*» (<https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=53263> ultima consultazione 19/06/2022).

⁵³ Ad esempio, INPS, circolare n. 23/2010, *Funzione di accertamento e verifica amministrativa - Attuazione del nuovo modello organizzativo delle strutture territoriali di produzione previsto dalla circolare n. 102 del 12/08/2009* e circolare n. 23/2010, *Funzione di accertamento e verifica amministrativa - Attuazione del nuovo modello organizzativo delle strutture territoriali di produzione previsto dalla circolare n. 102 del 12/08/2009*.

⁵⁴ Come nel caso del cd. risparmiometro, menzionato nel Piano della performance dell'Agenzia delle entrate 2018-20, ma poi descritto solo in una decisione del Garante della Privacy del 20 luglio 2017, n. 321, *Sperimentazione di una procedura basata sull'utilizzo di informazioni fornite dall'Archivio dei rapporti finanziari e degli elementi presenti nell'Anagrafe tributaria per l'individuazione di profili di evasione rilevanti*.

⁵⁵ Il problema della limitata trasparenza resta attuale anche per numerose agenzie Nordamericane (D. FREEMAN ENGSTROM, D.F. HO, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, in *Yale Journal of Regulation*, 37, 2020, 800 ss.) e non sembra sia stato dato seguito all'«Agency Inventory of AI use Cases» richiesto dall'Executive Order n. 13960/2000 (J.F. WEAVER, *Everything Is Not Terminator. The Federal Government and Trustworthy AI*, in *Robotics, Artificial Intelligence & Law*, 4, 3, 2021, 291 ss.). «In the absence of timely action of the executive or legislative branches to establish procedures to mitigate for administrative agency AI accountability gaps (like bias) and transparency gaps (like being understandable and traceable), the judiciary may dictate such procedures via remands under the administrative record provision of the Administrative Procedure Act of 194623 as it first did fifty years ago with informal adjudications» (A.A. GAVOOR, *The impeding judicial regulation of artificial intelligence in administrative State*, in *Notre Dame Law Review*, 97, 2, 2022, 183).



di trasparenza si pone ancor prima di quello legato alla reale possibilità, per soggetti privi di particolari competenze tecniche, di comprendere il funzionamento di un codice sorgente. Questa stessa mancanza di trasparenza potrebbe impattare negativamente anche sull'esercizio delle garanzie processuali, dal momento che soggetti potenzialmente interessati ma non al corrente del ricorso all'intelligenza artificiale in un processo decisionale, non possono contestarne né l'uso, né gli esiti. La trasparenza diventa dunque cruciale per l'effettività delle garanzie procedurali e processuali. Si tratta di una trasparenza che, per assicurarne l'effettività, andrebbe realizzata su due livelli: l'informazione sulle tecnologie utilizzate e le relative funzionalità andrebbe messa a disposizione del pubblico in forma semplificata e facilmente comprensibile, con possibilità di approfondimento per gli interessati⁵⁶.

Trasparenza significa anche spiegabilità, declinazione particolarmente delicata sia quando l'algoritmo viene sviluppato da unità specializzate all'interno di una pubblica amministrazione, che in caso di acquisto sul mercato. Se nella prima ipotesi un adeguato disegno organizzativo interno dovrebbe assicurare il costante e reciproco coinvolgimento di sviluppatori e funzionari che faranno uso del sistema (non solo per assicurare una progettazione funzionale alle esigenze dei secondi, ma anche per consentire a questi di comprendere e saper spiegare il funzionamento), nel secondo è cruciale assicurare trasparenza e verificabilità dell'operatività del sistema di intelligenza artificiale attraverso il bando di gara⁵⁷. Questa è la sede sia per prevedere che il funzionamento dell'algoritmo sia oggetto di audit e "spiegabile" al soggetto pubblico (che a sua volta dovrà poterlo spiegare agli interessati), che per imporre un sistema di gestione del rischio⁵⁸.

Il problema della spiegabilità si pone però anche su un piano più generale e deriva dalle caratteristiche stesse delle tecnologie *data driven*, che si basano sull'osservazione di correlazione statistiche tra dati e sull'apprendimento automatico da questi (e non sul tradizionale metodo deduttivo). A ciò si aggiunga il frequente e già menzionato ricorso a "data from the wild" (si pensi all'uso di dati raccolti dai *social*

⁵⁶ Ad esempio, il registro degli usi di intelligenza artificiale messo a disposizione del pubblico della città di Helsinki offre informazioni approfondite, pur essendo al contempo perfettamente comprensibili anche da non esperti, su: *dataset* (vale a dire le fonti di dati utilizzate nello sviluppo e nell'uso del sistema, il loro contenuto e i metodi di utilizzo), *data processing* (la logica operativa dell'elaborazione automatica dei dati e del ragionamento eseguito dal sistema e i modelli utilizzati), non discriminazione (connesso, per esempio, al numero di lingue disponibili), supervisione umana durante l'uso del servizio, *risk management* (vale a dire ai rischi legati al sistema e al suo uso e i loro metodi di gestione).

⁵⁷ «Establishing contractual pre-conditions for acquiring algorithmic systems ensures that systems that do not comply with specific conditions of transparency or fairness are not acquired or used by governments, or that, if a vendor fails to meet contractual conditions, they are subject to contractual liability. Procurement conditions also allow for interventions in the design of algorithmic systems, as well as during their use» (Ada Lovelace Institute, AI Now Institute and Open Government Partnership, *Algorithmic Accountability for the Public Sector*, 2021, 33-35 e 44-45, <https://www.opengovpartnership.org/documents/%20algorithmic-accountability-public-sector/>, ultima consultazione 19/06/2022).

⁵⁸ Linee guida per la redazione dei bandi sono state definite dal governo inglese (Guidelines for AI procurement 2020, in <https://www.gov.uk/government/publications/guidelines-for-ai-procurement>, ultima consultazione 19/06/2022) e dalla città di Amsterdam (*Standard Clauses for Procurement of Trustworthy Algorithmic Systems*, 2020 (<https://www.amsterdam.nl/innovatie/digitalisering-technologie/contractual-terms-for-algorithms/>, ultima consultazione 19/06/2022)). Il Canada ha invece optato per una lista di fornitori pre-selezionati anche in base al rispetto di "demonstrated competence in AI ethics" (<https://buyandsell.gc.ca/procurement-data/tender-notice/PW-EE-017-34526>, ultima consultazione 19/06/2022).

media)⁵⁹, tanto che diventa arduo rendere spiegabile l'intelligenza artificiale che faccia uso del *machine learning* e praticamente impossibile quanto al *deep learning*. Un tentativo di spiegabilità dei risultati prodotti dal *machine learning* va comunque impostata già in sede di addestramento di un modello al fine, quantomeno, di rendere evidente graficamente l'importanza delle diverse variabili di input⁶⁰.

4.2. Non esclusività della decisione algoritmica: criticità

La non esclusività della decisione algoritmica (o sorveglianza umana nel linguaggio europeo) significa che occorre garantire l'intervento umano quando la decisione sia frutto di discrezionalità (in base alle pronunce del Consiglio di Stato), così come per i sistemi di intelligenza artificiale classificati come ad alto rischio (secondo la proposta di regolamento europeo)⁶¹.

Si tratta di un presidio fondamentale, che resta però indeterminato nella sua dimensione attuativa⁶². Gli interrogativi che si pongono sono numerosi, tra questi, non solo quanto intervento umano vada assicurato⁶³, ma soprattutto come evitare che il decisore finale si appiattisca sulle risultanze istruttorie elaborate da sistemi di intelligenza artificiale, che si tratti di un funzionario richiesto di una licenza o di un ispettore chiamato a valutare quale impresa sottoporre a controllo.

⁵⁹ Ad esempio, N. CRISTIANINI (*op. cit.*, 23) evidenzia che «when we communicate with other users on social networks, or we access databases of content, it would be useful to drop the pretense that this is a direct interaction, making instead explicit the presence of an intelligent agent acting as intermediary- so that we can explicitly decide which engagement actions are communicative acts aimed at the other users, and which ones are aimed at the recommending agent».

⁶⁰ «One family of approaches fundamentally attempts to describe how important different input variables are to the resulting predictions. Within this family, some methods operate on a global, or “algorithmwide,” level; they do not ask how important certain input variables are to generating a prediction for a given individual on which a running model is deployed, but how important they were to the algorithm’s accuracy during training across many individuals. The output of such methods is known as a variable importance plot, which displays graphically the relative importances of the different input variables. [...] The other kind of importance-measuring methods attempts to operate on the individual level, explaining what the most important variables were for a given individual’s predictions. But these methods are particularly novel and have yet to be thoroughly tested» (D. LEHR, P. OHM, *op. cit.*, 708-709).

⁶¹ Ad esempio, «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi», «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per effettuare valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato o recidiva in relazione a una persona fisica o il rischio per vittime potenziali di reati», «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti per verificare l'autenticità dei documenti di viaggio», «i sistemi di IA destinati ad assistere le autorità pubbliche competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e dei relativi reclami per quanto riguarda l'ammissibilità delle persone fisiche che richiedono tale status» (allegato II alla proposta di regolamento europeo).

⁶² B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 367 ss.

⁶³ Il giudice amministrativo italiano non lo spiega e la definizione che ne dà il Gruppo di esperti indipendenti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea è alquanto vaga: “la sorveglianza [umana] può avvenire mediante meccanismi di governance che consentano un approccio con intervento umano (human-in-the-loop-HITL), [vale a dire] «la possibilità di intervento umano in ogni ciclo decisionale del sistema, che in molti casi non è né possibile né auspicabile» (*Orientamenti etici per una IA affidabile*, Bruxelles, 2019, 18).



L'intervento umano è utile se effettivamente in grado di valutare l'adeguatezza delle indicazioni, se non di realizzare una "sorveglianza umana" sul processo che ha portato a queste. Stante la difficoltà oggettiva di quanto sembra richiedersi ai funzionari, la proposta di regolamento europeo fa ricadere sugli sviluppatori l'obbligo di rendere possibile la "sorveglianza umana" per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio⁶⁴. Ma anche in questi termini appare un obiettivo di difficile realizzazione, almeno per gli stessi motivi per cui è difficile assicurare la spiegabilità quando siano in uso tecnologie di *deep learning*.

Il presidio dell'intervento umano rischia peraltro di restare lettera morta anche per motivi che nulla hanno a che fare con la tecnologia, quanto con il funzionamento del cervello umano. Sono ipotizzabili, a fronte della limitata razionalità degli individui, due possibili opposte reazioni dell'intelligenza umana di fronte ai dati derivanti dall'intelligenza artificiale: da un lato una eccessiva deferenza⁶⁵, dall'altro diffidenza se non rifiuto. A falsare questo rapporto entrano in gioco veri e propri *bias* cognitivi⁶⁶, come l'*automation bias*⁶⁷ (menzionato anche dalla proposta di regolamento europeo)⁶⁸ che comporta un completo affidamento nei confronti di una presunta oggettività dell'indicazione derivante dall'intelligenza artificiale. Se si dovesse verificare l'operatività di questo *bias*, la differenza tra un sistema completamente automatizzato e uno in cui ha un ruolo l'elemento umano si perderebbe completamente⁶⁹. È anche possibile che si manifesti un atteggiamento opposto di rifiuto, che può derivare da sfiducia nella tecnica (*algorithm aversion*)⁷⁰ o da limitate competenze tecnologiche⁷¹, oppure da un vero e proprio *bias* di avversione all'algoritmo. Potrebbe, inoltre, entrare in gioco quella che è stata definita

⁶⁴ L'art. 14, comma 3, della proposta di regolamento europeo (COM(2021)206 def.).

⁶⁵ D.S. RUBENSTEIN, *Acquiring Ethical AI*, in *Florida Law Review*, 73, 2021, 797 ss.

⁶⁶ N. RANGONE, *Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale: problemi e prospettive* in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 209, 2021, 22-25. ivi ampi riferimenti dottrinari ai suddetti *bias*.

⁶⁷ L'*automation bias* viene descritto come "the use of automation as a heuristic replacement for vigilant information seeking and processing" (L.J. SKITKA ET AL., *Automation Bias and Errors: Are Crews Better Than Individuals?*, in *The International Journal of Aviation Psychology*, 2000, 10, 1, 85). Di particolare interesse a questo riguardo sono gli studi e gli esperimenti svolti con riferimento alle reazioni alle indicazioni delle "macchine" dei piloti di aereo (K.L. MOSIER ET AL., *Automation Bias: Decision Making and Performance in High-Tech Cockpits*, in *International Journal of Aviation Psychology*, 8, 1, 1997, 47 ss.) e in medicina (K. GODDARD, A. ROUDSARI, J.C. WYATT, *Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators*, in *Journal of the American Medical Informatics Association*, 19, 2021, 121 ss.).

⁶⁸ Così l'art. 14 comma 4, lett. a) e d) della proposta di regolamento europeo, già citata, che evidenzia anche che vanno predisposte misure affinché le persone cui è affidata al sorveglianza umana siano consapevoli «della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio ("distorsione dell'automazione"), in particolare per i sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche» (lett. b).

⁶⁹ «We are worried that if we simply thrust the human at the output end of the running model, there is very little she can do to root out bias. The human becomes a rubber stamp for the machine, providing nothing more than a cosmetic reason to lull ourselves into feeling better about the results» (D. LEHR, P. OHM, *op. cit.*, 716). Sul punto anche D.K. CITRON (*op. cit.*, 1272) che evidenzia anche come «over time, human operators may lose the skills that would allow them to check a computer's recommendation».

⁷⁰ B.J. DIETVORST, J.P. SIMMONS, C. MASSEY, *Algorithm aversion: People erroneously avoid algorithms after seeing them err*, in *Journal of Experimental Psychology: General*, 144, 1, 2015, 114 ss., 10-11 in Scholarly Commons.

⁷¹ F. DE LEONARDIS, *Big Data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 159.





*illusion of validity*⁷² (un'ingiustificata fiducia nel ragionamento umano che spesso caratterizza gli esperti)⁷³ o il *confirmation bias*⁷⁴, che induce a tener conto dei dati elaborati dall'intelligenza artificiale quando a supporto dell'intuizione o convinzione formatasi dal funzionario ed a rifiutarli in caso di difformità.

Seppure non sia possibile dare indicazioni definitive e generali rispetto al ruolo dei *bias* nel processo decisionale del funzionario, non vi è dubbio che queste diverse eventualità vadano analizzate e affrontate con strumenti adeguati. Una volta constatato il potenziale ruolo di determinati *bias* (secondo alcuni nell'ambito della valutazione di impatto dell'algoritmo)⁷⁵ le diverse reazioni potrebbero essere affrontate con strumenti di *empowerment* cognitivo⁷⁶, per aumentare la consapevolezza della loro esistenza. Ciò potrebbe avvenire con una formazione mirata sui *bias* che intercorrono più frequentemente nel rapporto uomo-macchina⁷⁷. Inoltre, un sistema di *accountability* interna o esterna che porti il funzionario a individuare e indicare i dati generati dalla tecnologia che lo hanno indotto ad adottare una determinata decisione potrebbe aumentarne la consapevolezza⁷⁸. Infine, un ruolo importante hanno il monitoraggio e la valutazione *ex post* degli esiti dell'uso dell'intelligenza artificiale alla luce di diversi parametri, tra i quali va inclusa l'accettazione nel sistema organizzativo.

5. Esigenza di un quadro normativo minimo, da specificare a livello di singola amministrazione

Come già evidenziato, le amministrazioni italiane sperimentano e utilizzano l'intelligenza artificiale per esigenze conoscitive, a supporto di servizi al pubblico, nei processi decisionali per l'adozione di *policies*, regole, decisioni amministrative, così come nei controlli. Numerosi sono i vantaggi

⁷² A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185, 4157, 1974, 1126.

⁷³ D. KAHNEMAN, G. KLEIN, *Conditions for Intuitive Expertise. A Failure to Disagree*, in *American Psychologist*, 2009, 517.

⁷⁴ Si tratta di un *bias* molto diffuso, che interessa gli individui in quanto destinatari delle regole e in quanto regolatori. Sul punto la letteratura è diffusa, si veda, per tutti, C. TAYLOR, *Biased Assimilation: Effects of Assumptions and Expectations on the Interpretation of New Evidence*, in *Social and Personality Psychology Compass*, 5, 3, 2009, 827 ss.; E. ZAMIR, D. TEICHMAN, *Behavioural law and economics*, Oxford, 2018, 399; S. STERN, *Cognitive Consistency: Theory Maintenance and Administrative Rulemaking*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 63, 2002, 589-591.

⁷⁵ Per un'analisi di impatto che cerchi di individuare specificatamente queste reazioni si veda l'art. 6 della proposta di *Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration* elaborate dall'European Law Institute nel 2022: «an assessment of the specific and systemic impact of the system on: [...] iii. the administrative authority itself, in particular the estimated acceptance of the system and its decisions by the staff, the risks of over- or under-reliance on the system by the staff, the level of digital literacy, and specific technical skills within the authority» (consultabile in: https://www.europeanlawinstitute.eu/news-events/upcoming-events/events-sync/news/eli-issues-guidance-on-the-use-of-algorithmic-decision-making-systems-by-public-administration/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=f4a2a4a677e3dcf6e391d9f0a2a9bd6a).

⁷⁶ Sulla distinzione tra *nudging* and *empowerment* sia consentito rinviare a F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Policymakers*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective?*, Oxford, 2015, 29.

⁷⁷ D.K. CITRON, *op. cit.*, 1306-1307.

⁷⁸ M. HALLSWORTH, M. EGAN, J. RUTTER, J. MCCRAE, *Behavioural Government. Using behavioural science to improve how governments make decisions*, The Behavioural Insights Team, 2018.



potenzialmente ricavabili, sia in termini di risparmi di risorse economiche ed umane, che di interventi più mirati anche in termini prospettici. Dunque si può dire che le nuove tecnologie supportino il diritto a una buona amministrazione.

Non mancano però i rischi, in parte gestibili, a condizione che se ne riconosca l'esistenza e se affrontati nelle sedi adeguate, senza adagiarsi su facili soluzioni formali (come il riconoscimento del diritto di accesso esteso al codice sorgente dell'algoritmo, in quanto soluzione generalizzata anche per le tecnologie più avanzate). Vi è in particolare da chiedersi se le tutele tradizionali, seppure rafforzate, possano ritenersi sufficienti, o se non debba immaginarsi un nuovo diritto amministrativo dello Stato digitale⁷⁹.

Ragionare in questa direzione significa, ad avviso di chi scrive, intervenire su più livelli, uno normativo generale e uno di singola amministrazione.

Un inquadramento normativo generale minimo dell'uso dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali pubblici⁸⁰ appare necessario sia per individuare le ipotesi in cui si possa ricorrere a decisioni automatizzate (previsione, per il vero, che discenderà e sarà riconducibile al regolamento europeo una volta approvato), sia per sancire regole quadro volte ad assicurare trasparenza, motivazione (dunque anche spiegabilità) e verificabilità dei sistemi ed esplicitare le regole minime da rispettare per rendere effettivi tali principi.

La trasparenza degli utilizzi potrebbe, in particolare, essere realizzata sia attraverso i siti delle singole amministrazioni, sia con un *repository* centrale (strumenti non necessariamente alternativi) che, con funzione di *single access point*, dia informazioni sui sistemi di intelligenza artificiale in uso, sui motivi dell'utilizzo e i relativi rischi, su due livelli di approfondimento. Quanto alle modalità di declinazione della trasparenza, potrebbe essere impostato un approccio su due livelli, un primo molto semplice e intuitivo, un secondo più dettagliato e da specificare in sede di disciplina di singola amministrazione, che comprenda i dati utilizzati, la logica che ne è alla base, i rischi correlati e i sistemi di gestione del rischio.

La motivazione delle regole e delle decisioni in cui abbia avuto un ruolo l'intelligenza artificiale dovrebbe essere arricchita con l'indicazione (sintetica) delle fasi di utilizzo, le caratteristiche dei sistemi di intelligenza artificiale utilizzati, le ragioni dell'utilizzo, i dati lavorati e i meccanismi predisposti per la supervisione del relativo funzionamento.

Tale inquadramento generale dovrebbe, poi, prevedere che vengano indicati (a livello di singola amministrazione) i presidi da predisporre per la verificabilità dei sistemi (come audit, monitoraggio e valutazione *ex post*) e le clausole minime da inserire nei bandi di gara quando la tecnologia sia acquistata sul mercato.

Spetterà, inoltre, alla disciplina delle singole amministrazioni indicare, eventualmente, chi decide del ricorso a nuove tecnologie, se avviare una sperimentazione interna o acquistare sul mercato, gli indicatori per il monitoraggio e la valutazione *ex post* degli esiti dell'uso dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali alla luce di parametri rilevanti per l'amministrazione di riferimento, ma che

⁷⁹ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale e il diritto amministrativo*, in *Liber amicorum*, dedicato a M. D'Alberti, Torino, in corso di pubblicazione.

⁸⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, 27, 1, 2021, 103 ss.



dovrebbero comunque comprendere la rilevazione degli errori riscontrati⁸¹ e un'analisi controfattuale ove possibile⁸². In altre parole, la decisione di fare ricorso all'intelligenza artificiale o all'intelligenza umana supportata dall'intelligenza artificiale non andrebbe presa una volta per tutte, ma dovrebbe essere oggetto di valutazione alla luce dei risultati raggiunti⁸³.

⁸¹ R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, 153. D. FREEMAN ENGSTROM, D.F. HO (*op. cit.*) propongono di impostare un "prospective benchmarking", vale a dire una comparazione tra casi decisi con il supporto dell'intelligenza artificiale e frutto di un processo decisionale tradizionale «This "human alongside the loop" approach provides critical information and a comparison set to help smoke out when an algorithm has gone astray, when encoding the past may miss new trends, when an algorithm may create disparate impact, or when "automation bias" causes excessive deference to machine outputs».

⁸² «Regulators should develop tests for considering when the outcomes an algorithm creates are impermissible, based on regulatory policy goals. Regulators should begin by asking meaningful questions that can be answered by examining algorithmic outcomes, such as whether similarly situated borrowers are treated differently or whether the move from traditional pricing to algorithmic pricing has increased disparities» (T.B. GILLIS, *op. cit.*).

⁸³ C. COGLIANESE, A. LAI, *Digital Versus Human Algorithms*, in *Duke Law Journal*, 71, 2022, 1281 ss.

L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali

*Edoardo Chiti, Barbara Marchetti, Nicoletta Rangone**

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE BY ITALIAN PUBLIC ADMINISTRATIONS: DRESS REHEARSAL

ABSTRACT: This article aims at mapping and analyzing the ever increasing recourse by Italian public administration to AI systems. It focuses on three different types of administrations: independent authorities, smart cities and central administrations. For each group of administrations, it asks through which proceedings a decision concerning the use of AI systems is taken, which AI systems are in the process of being experimented and for which purposes, who controls the functioning of the AI. Particular attention is paid to administrative practices and legal and institutional reality.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; digitalization; administrative law; public administrations; smart cities

ABSTRACT: Questo scritto mira a fotografare e analizzare l'affacciarsi delle amministrazioni italiane sul mondo dell'IA, per individuare i processi in corso e alcune tendenze generali. Si considerano tre diversi tipi di amministrazioni: le autorità indipendenti, le smart cities e le amministrazioni centrali. Per ciascun gruppo di amministrazioni, si affrontano le seguenti domande: chi decide, all'interno dell'amministrazione, di ricorrere all'IA? Quali sono i tipi di sistemi che le amministrazioni stanno concretamente sperimentando o utilizzando? Per quali compiti e con quali obiettivi? E chi assicura la sorveglianza della macchina, correggendone gli eventuali difetti di funzionamento? Particolare attenzione è posta, nell'indagine, alle effettive pratiche amministrative e alla realtà giuridica e istituzionale.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale; digitalizzazione; diritto amministrativo; amministrazioni pubbliche; *smart cities*

SOMMARIO: 1. Tre problemi – 2. Come si acquisiscono i sistemi di intelligenza artificiale? – 2.1. Le autorità indipendenti: collaborazione inter-funzionale e ricorso all'auto-produzione – 2.2. Le amministrazioni centrali: disallineamenti – 2.3. Le *smart cities*: gara pubblica o auto-produzione – 2.4. Il problema delle competenze – 3. Quali impieghi e per quali scopi? – 3.1. Le autorità indipendenti: diverse velocità – 3.2. Le amministrazioni centrali: una pluralità di tecnologie e di funzionalità – 3.3. Le *smart cities*: la collaborazione con i privati. 3.4. La rilevanza delle

* 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. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



condizioni e le questioni aperte – 4. Chi controlla la macchina? – 4.1. Una tendenza unitaria: *Human Out of the Loop* – 4.2. Uno sviluppo problematico – 5. Conclusioni.

1. Tre problemi

Il processo di digitalizzazione che attraversa la società ha un impatto via via crescente sull'amministrazione e sul modo in cui essa opera. Non solo comporta la dematerializzazione dell'attività pubblica e dei rapporti tra autorità amministrative e privati, con intenti di semplificazione e modernizzazione, ma porta con sé anche l'impiego di strumenti e tecnologie digitali che modificano il potere e i modi del suo esercizio. In particolare, le amministrazioni italiane hanno cominciato a sperimentare e utilizzare applicazioni di intelligenza artificiale (IA) più o meno sofisticate per esigenze conoscitive generali, per comunicare con i cittadini (ad esempio tramite *chatbot*), per acquisire dati necessari a indirizzare le proprie attività e *policy*, per emanare le proprie decisioni.

I sistemi di IA, però, oltre che fornire alle autorità pubbliche significativi vantaggi in termini di efficienza e conoscenza, grazie a strumenti potenti di analisi dei dati e di predizione, portano con sé dei rischi, su cui da tempo si è concentrata l'attenzione della scienza giuridica, non solo italiana¹: si tratta di rischi

¹ C. COGLIANESE, *Administrative Law in the Automated State*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. 21-15, disponibile alla pagina https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2273; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era*, in *Georgetown Law Journal*, 2017, 105, 1147 ss.; M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2016, 29, 353 ss.; D. FREEMAN, D.E. HO, C.M. SHARKEY, M.-F. CUÉLLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, disponibile alla pagina <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf>. Anche la letteratura italiana in tema di IA e diritto (pubblico) è ormai molto vasta. Si vedano, *ex multis*, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informativi. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; A. PAJNO e al., *AI: profili giuridici. Intelligenza artificiale: criticità emergenti e nuove sfide per i giuristi*, in *Biolaw Journal*, 3, 2019, 205 ss.; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019, 1149 ss.; J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3, 619 ss.; L. TORCHIA, *Lo Stato digitale e il diritto amministrativo*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022; N. RANGONE, *Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022; F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, relazione al Convegno Associazione Gruppo di Pisa, Genova, 18-19 giugno 2021 su *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?* in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Biolaw Journal, Special Issue*, 2, 2019, 711 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 101 ss.; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020; B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journal*, 2021, 2, 367 ss.; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei Big Data*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 43 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano, troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2019, 5 ss.; E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2019, 1657 ss.; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 415 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019; M.C. CAVALLARO e G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*,



per la *privacy*, per la sicurezza dei cittadini, per i diritti fondamentali, per gli stessi principi democratici. L'IA è infatti, nelle sue applicazioni più avanzate, opaca, difficile da comprendere, non sempre affidabile e talvolta discriminatoria (a causa dei *bias* che può incorporare), sicché non è affatto certo che il suo utilizzo sia compatibile con i principi di trasparenza, motivazione, partecipazione e imparzialità ai quali l'azione amministrativa è soggetta.

Il presente contributo si inserisce in un modo specifico nella riflessione giuridica sull'uso dei sistemi di IA da parte delle amministrazioni. Il suo obiettivo è quello di fotografare e analizzare, nell'attuale momento storico, l'affacciarsi delle amministrazioni italiane sul mondo dell'IA, per individuare i processi in corso e alcune tendenze generali. Esso mira, cioè, a dare conto di come le autorità amministrative si stiano effettivamente muovendo per dotarsi di sistemi di IA utili per lo svolgimento dei loro compiti. I problemi considerati, in particolare, sono tre. Il primo riguarda la *governance* del processo e il quadro normativo di riferimento: chi decide, all'interno dell'amministrazione, di ricorrere all'IA? Quali sono le pratiche utilizzate per dotarsi di un sistema di IA? Le amministrazioni, ad esempio, ricorrono al mercato oppure vi provvedono *in house*? E in quale quadro di regole o linee guida un'applicazione di IA viene implementata dall'amministrazione?

Il secondo problema è relativo al *quomodo*: quali sono i tipi di sistemi che le amministrazioni stanno concretamente sperimentando o utilizzando? E per quali compiti e con quali obiettivi? Ad esempio, le applicazioni di IA sono utilizzate per finalità di comunicazione con il cittadino o nel procedimento decisionario? Si tratta di algoritmi *rule based* o anche di algoritmi *machine learning*? Quali sono i dati in possesso delle amministrazioni e come sono utilizzati per sviluppare gli algoritmi?

Il terzo e ultimo problema riguarda il controllo: chi assicura la sorveglianza della macchina, correggendone gli eventuali difetti di funzionamento, intervenendo sugli *output* e, nel caso, premendo lo *stop button*? Queste attività sono effettivamente previste all'interno delle singole amministrazioni? Nel caso, sono conferite al programmatore del sistema o al funzionario che se ne avvale per lo svolgimento dei propri compiti? Se i compiti di sorveglianza sono attribuiti al secondo, il personale amministrativo ha le competenze tecniche necessarie?

Per raccogliere elementi utili a rispondere a queste domande, si sono interrogate le stesse pubbliche amministrazioni. Operando come gruppo di lavoro nell'ambito della più ampia ricerca Astrid sui profili giuridici della «rivoluzione dell'intelligenza artificiale»², si sono individuate alcune amministrazioni rappresentative di tre specifiche componenti del sistema amministrativo italiano, diverse per caratteristiche organizzative e funzionali. La prima componente è quella delle autorità indipendenti, che è stata esaminata attraverso le esperienze della Banca d'Italia, della Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera) e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom). La seconda è quella delle amministrazioni centrali, esplorata a partire dai casi del Ministero della giustizia, dell'Agenzia delle entrate e dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). La terza componente è quella delle *smart cities*, studiata attraverso le

6, 2019; S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa algoritmica*, in *Diritto e società*, 2, 2020, 281 ss.; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, 593 ss.

² Per una descrizione dei lavori del gruppo di ricerca, si rinvia a E. CHITI, B. MARCHETTI e N. RANGONE, *Il progetto: L'uso dell'intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2021, 209 ss.



esperienze di Venezia, Milano, Padova e Trento. Le pratiche di queste amministrazioni sono state ricostruite per mezzo di una interlocuzione diretta, invitando le stesse amministrazioni a misurarsi con le domande sopra richiamate nel contesto di quattro seminari: i primi due, svoltosi nel maggio e nel giugno del 2021, hanno riguardato la Banca d'Italia, Consob, Arera e Agcom³; nel terzo, tenuto nel mese di dicembre 2021, sono state discusse le esperienze di Venezia, Milano, Padova e Trento⁴; nel quarto, tenutosi nel gennaio 2022, sono state esaminate le pratiche del Ministero della giustizia, dell'Agenzia delle entrate e dell'INPS⁵.

I limiti di questo approccio sono evidenti. Le tre componenti rappresentano solo una parte del sistema amministrativo italiano. Le amministrazioni considerate, a loro volta, non possono essere considerate esemplari dei modelli ai quali sono riconducibili, considerate le variabili e le differenziazioni interne a tali modelli. Le risposte emerse nel corso dei seminari, inoltre, potrebbero essere parziali o incomplete. Attraverso l'analisi di questi casi e la loro discussione nella forma specifica di una interlocuzione con le stesse amministrazioni, tuttavia, è possibile almeno avviare un'indagine sulle reali pratiche di impiego dell'IA da parte delle amministrazioni italiane, verificare se amministrazioni riconducibili a modelli che presentano tratti organizzativi e funzionali molto diversi tra loro procedono nella stessa direzione o seguono linee di sviluppo differenti, individuare alcune tendenze comuni che spetterà ad ulteriori fasi della ricerca confermare e articolare.

I risultati di questa indagine saranno presentati, nelle pagine seguenti, secondo l'ordine dei problemi sopra indicati: si partirà, dunque, dai modi di acquisizione dei sistemi di IA (§ 2), per poi passare al loro utilizzo nell'esercizio delle varie attività amministrative (§3) e alla sorveglianza sul loro funzionamento (§4). Un breve paragrafo conclusivo ricapitolerà le principali conclusioni (§5).

2. Come si acquisiscono i sistemi di intelligenza artificiale?

Rispetto alla prima delle tre questioni, le indicazioni che sono emerse dall'interlocuzione con le amministrazioni possono essere presentate distinguendo tra le esperienze delle autorità indipendenti, delle amministrazioni centrali e delle *smart cities*.

2.1. Le autorità indipendenti: collaborazione inter-funzionale e ricorso all'auto-produzione

Dalle testimonianze raccolte presso le autorità indipendenti (in particolare Banca d'Italia, Consob, Agcom) si ricavano, nonostante la varietà delle scelte operate, due tendenze comuni, quella alla collaborazione inter-funzionale, sia in fase di pianificazione che in fase di valutazione dei sistemi, e quella alla auto-produzione, cioè allo sviluppo e alla produzione *in house* delle applicazioni di IA, seppure in qualche caso ricorrendo a *partnership* e collaborazioni con università e centri di ricerca.

³ I risultati sono presentati nel *Rapporto 1/2021 – L'impiego dell'IA nell'attività di CONSOB, AGCOM e ARERA* e nel *Rapporto 2/2021 – L'impiego dell'IA nell'attività di Banca d'Italia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2021, rispettivamente 211 ss. e 229 ss.

⁴ Si veda il *Rapporto 3/2022 – SMART cities e intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2022, 253 ss.

⁵ *Rapporto 4/2022 - Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2021, 261 ss.



In particolare, il dato mostra come il processo di digitalizzazione prediliga applicazioni disegnate su misura e dall'interno delle istituzioni. Gli esperti delle unità funzionali (vigilanza bancaria e finanziaria, informazione finanziaria, politica monetaria) individuano le nuove esigenze informatiche per la facilitazione e l'ottimizzazione dei loro compiti e le comunicano agli esperti informatici, i quali cercano di trovare la soluzione tecnica per soddisfarle. La cooperazione tra le diverse funzioni avviene non solo nella fase di pianificazione vera e propria, ma anche nel momento della sperimentazione del sistema. Tali interazioni avvengono in una cornice che dovrebbe orientare e guidare le decisioni complessive: in Banca d'Italia, è stato definito un *Framework operativo per l'intelligenza artificiale/machine learning* (ML), che appare fondamentale per la definizione di tali scelte. Queste ultime dipendono da una valutazione volta ad accertare il valore aggiunto rappresentato dal ML rispetto alla informatica tradizionale: in tale valutazione, si deve tenere conto sia della complessità dello sviluppo e della manutenzione di sistemi di IA, sia dei rischi rispetto a *bias* e *fairness*, sia ancora dei pericoli che il sistema generi *output* errati, inutili o basati su dati incompleti o non di qualità: rischi, questi ultimi, che sarebbero assenti nell'impiego di algoritmi deterministici o di tecnologie informatiche tradizionali. Le enormi potenzialità dell'IA devono essere soppesate con la componente di rischio.

La medesima collaborazione inter-funzionale è alla base delle scelte che governano l'adozione di sistemi di IA anche in Consob, ma in questa amministrazione un ruolo importante è svolto dallo *Steering Committee Fintech*, affidato ad uno dei componenti del Collegio, cui spetta lo studio dell'impatto della digitalizzazione sulle principali aree di competenza dell'autorità e l'individuazione delle soluzioni tecniche. La sperimentazione e la valutazione dell'applicazione concreta restano tuttavia affidate all'interazione tra gli esperti dell'unità funzionale in cui il sistema è destinato ad operare e i tecnici del dipartimento di informatica.

La necessità di applicazioni ritagliate sulle esigenze specifiche delle diverse unità funzionali spiega il ricorso, sia in Banca d'Italia, che in Consob alla auto-produzione. I sistemi di IA, dunque, non sono reperiti sul mercato ma per lo più sviluppati *in house*, sfruttando le competenze informatiche interne, eventualmente in collaborazione con enti di ricerca e università. La rinuncia all'*outsourcing* può avere diverse spiegazioni: la prima può essere rappresentata dal peculiare regime dei dati di cui si nutre l'algoritmo: se i dati sono riservati la loro cessione a terzi per lo sviluppo e la produzione del software diventa problematica. Ad esempio, le tecniche di *machine learning* cui sta lavorando l'Unità di informazione finanziaria della Banca d'Italia per misurare il rischio di riciclaggio degli intermediari finanziari utilizzano dati estremamente riservati, che sarebbero incompatibili con l'affidamento a soggetti privati, al punto da aver richiesto l'esclusione della condivisione di dati in chiaro con lo stesso Dipartimento di informatica della Banca d'Italia. Un secondo vantaggio è rappresentato dall'autonomia e dalla specificità assicurate dall'auto-produzione. Le soluzioni tecniche concepite in base ad una collaborazione inter-funzionale sono «cucite su misura» per le specifiche esigenze rappresentate dalle diverse unità dell'autorità.

Inoltre, per amministrazioni con queste dotazioni, l'*in house* pare una soluzione preferibile anche dal punto di vista economico finanziario, qualora l'amministrazione sia in grado di fornire un prodotto competitivo rispetto ad applicazioni simili presenti sul mercato. Ovviamente si tratta di un'opzione non sempre percorribile, soprattutto se si considerano le amministrazioni meno attrezzate sia finanziariamente, sia in termini di competenze tecnico-informatiche. Per queste ultime, la realizzazione *in house*

W
&
Law

potrebbe risultare inadeguata rispetto ai prodotti forniti dal mercato, avere costi comunque elevati (anche quanto all'aggiornamento) e tempi di elaborazione troppo dilatati. Nel caso di Arera, per esempio, è stata praticata l'opzione della ricerca sul mercato.

2.2. Le amministrazioni centrali: disallineamenti

Le esperienze di Inps, Agenzia delle entrate e Ministero della giustizia mostrano stadi di sviluppo e modalità di azione parzialmente divergenti. Le prime due istituzioni sono accomunate da un processo di digitalizzazione molto avanzato e dalla sperimentazione (e messa in servizio) di *chatbot* e sistemi di IA consolidati, sia in funzione antifrode, che di lotta all'evasione fiscale. Il Ministero della giustizia, invece, è contraddistinto da un processo di digitalizzazione lento e disomogeneo nei diversi settori della giustizia (sostanzialmente completato per quella tributaria e amministrativa, in fase di avvio per la giustizia civile e penale), con evidenti ricadute in termini di possibile impiego, in tale ambito, di applicazioni di IA. La digitalizzazione dei dati, la loro anonimizzazione e pseudo-anonimizzazione e il loro accesso libero costituiscono, infatti, i presupposti imprescindibili per lo sviluppo e la messa in servizio di IA, a partire dai sistemi di giustizia predittiva, sicché al momento si registra un considerevole ritardo rispetto alle amministrazioni più avanzate sul fronte della tecnologia digitale, come quelle francesi⁶. Tali divergenze, peraltro, sono comprensibili se si considera una differenza importante tra le prime due amministrazioni e il Ministero della giustizia: Inps e Agenzia delle entrate vantano un approccio unitario e centralizzato sulle scelte in materia di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) e IA, mentre il Ministero fatica a svolgere un ruolo di direzione unitaria, in ragione della struttura

⁶ In Francia, una riforma voluta nel 2016 (*loi* n. 2016/1321) su *La République Numérique* (Stato digitale) ha previsto la messa a disposizione gratuita del pubblico di tutti i dati in possesso della p.a. e di tutte le decisioni dei giudici. Ovviamente, questo ha comportato il libero accesso a moltissimi dati giudiziari e dunque la possibilità di algoritmi di giustizia predittivi per predire il possibile esito di una controversia. Preoccupato dei possibili effetti di tale apertura, il legislatore francese ha stabilito sia un divieto di profilazione dei giudici (intervenendo, dunque, sul lato degli utenti della giustizia), sanzionato con la pena della reclusione fino a 5 anni (*loi* n. 2019/222), sia il divieto di decisioni giudiziarie che si fondino su valutazioni del comportamento di una persona basate su un trattamento automatizzato di dati personali riguardanti aspetti della personalità di tale persona (*loi* n.78/78 come modificata dalla legge 2018/493). Simili divieti, al contrario, non sono stabiliti, ad esempio, né negli Stati Uniti, né nel Regno Unito, dove sono stati realizzati programmi che, servendosi degli *open data* giudiziari, profilano i magistrati per ricostruire il loro pensiero giuridico e giudiziario, al fine di impostare su base predittiva la difesa (*Ravel Law*) ovvero che forniscono al giudice, come abbiamo visto nel caso di COMPAS, predizioni sulla probabilità di recidiva di un imputato. Anche in Cina, algoritmi di giustizia predittiva trovano impiego al di fuori di una qualsiasi cornice normativa. In argomento cfr. R.W. CAMPBELL, *Artificial Intelligence in the Courtroom: The Delivery of Justice in the Age of Machine Learning*, in *Colorado Technology Law Journal*, 18.2, 2020, 323 ss.; E. VOLOKH, *Chief Justice Robots*, in *Duke Law Journal*, 2019, 1135 ss.; R.E. STERN, B.L. LIEBMAN, M. ROBERTS, A.Z. WANG, *Automating Fairness? Artificial Intelligence in the Chinese Court*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 59, 2021, 515 ss.; J. DENG, *Should the Common Law System Welcome Artificial Intelligence: A Case Study of China's Some-type Case Reference System*, in *Georgetown Law Technology Review*, 3, 2019, 223 ss.; E. NIILER, *Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So*, *Wired*, 2019, Mar. 25, scaricabile al sito <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so>; T. KERIKMÄE e E. PÄRN-LEE, *Legal Dilemmas of Estonian artificial intelligence strategy: in between of e-society and global race*, in *AI & Society*, 36, 2021, 561 ss.; F. G'SELL, *Les progrès à petits pas de la "justice predictive" en France*, *ERA Forum*, 21, 2020, 299 ss. In generale, in prospettiva europea, si veda il noto lavoro di A. GARAPON e J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021.



estremamente articolata, differenziata e decentrata dell'amministrazione della giustizia che ha favorito, tra l'altro, l'avvio di sperimentazioni autonome di IA da parte di alcuni uffici giudiziari. La spinta che si produrrà per effetto dei finanziamenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) accelererà il processo di digitalizzazione e favorirà presumibilmente la regia ministeriale di raccolta e analisi dei dati. Al momento, però, non sono maturi i tempi per la progettazione e la messa in servizio di sistemi di giustizia predittiva.

Dal punto di vista del reperimento dei sistemi di IA, l'Agenzia delle entrate e l'Inps seguono percorsi parzialmente differenti. Nella prima è la Direzione tecnologia e innovazione che, su sollecitazione del vertice, dota l'Istituzione degli strumenti digitali più adatti allo svolgimento dei compiti dell'agenzia. A tal fine, la Direzione si avvale della consulenza e della collaborazione della SOGEI, ovvero della Società generale di informatica S.p.A. (il cui capitale è detenuto al 100% dal MEF), la quale, a sua volta, può sia rivolgersi al mercato, indicando specifiche gare, che utilizzare sistemi *open*. Il reperimento del sistema di IA vede quindi, in questo caso, l'interposizione tra l'Agenzia e il mercato di un soggetto che, in ragione della sua missione, risulta particolarmente attrezzato per governare la scelta tecnologica. Quanto all'Inps, la cui sperimentazione di sistemi di IA nasce da un confronto «dal basso» sulle specifiche esigenze dell'amministrazione, il canale principale di fornitura delle applicazioni tecnologiche è stato rappresentato, fino ad ora, dalla Consip, anche se nella programmazione dell'istituto decine di progetti, caratterizzati da esigenze di manutentabilità (e di innovatività) significative, preludono al possibile reperimento dell'IA sul mercato, anche grazie ai finanziamenti PNRR destinati a coprirne i costi.

2.3. Le smart cities: gara pubblica o auto-produzione

Le esperienze delle città intelligenti indagate nella ricerca sono riconducibili a due modelli alternativi di acquisizione di IA: la gara pubblica o l'auto-produzione.

Un esempio significativo del primo tipo è la gara internazionale bandita dalla città di Venezia per la realizzazione di una piattaforma di controllo della città lagunare (*control room*) al fine di raccogliere tutti i dati, provenienti dalla municipalità, ma anche da soggetti privati, relativi al traffico presente in laguna, sia pedonale, sia acqueo, sia stradale. Il dato interessante riguarda il rapporto tra le scelte operate dall'amministrazione (che ha bandito la procedura) e le opzioni tecniche concretamente attuate dalla società che si è aggiudicata la gara (*Mindicity*). La procedura indetta dall'amministrazione è stata regolata dalla disciplina del partenariato per l'innovazione (art. 65 del d.lgs. 50 del 2016, Codice degli appalti), prevista dal Codice per il caso in cui la pubblica amministrazione debba procurarsi prodotti, servizi e lavori innovativi che non sono reperibili sul mercato. L'obiettivo che l'amministrazione intendeva conseguire era la realizzazione di una piattaforma di *Urban Intelligence*, capace di raccogliere ed elaborare una enorme quantità di dati utile ad affrontare gli annosi problemi di mobilità della città.

La società aggiudicataria ha dimostrato di possedere una tecnologia sofisticata, innovativa e potente, capace di rilevare in tempo reale il traffico pedonale, tramite alcuni sensori acustici, quello dei canali, tramite l'installazione di 80 telecamere, e quello stradale di accesso alla laguna. Rispetto alle modalità di raccolta dei dati e sul loro uso, tuttavia, si registra una discrasia informativa tra quanto è stato presentato e valutato in sede di gara, da un lato, e i dettagli operativi e pratici relativi alla fase di esecuzione della prestazione, dall'altro. Nel caso specifico, ad esempio, l'amministrazione non si è





confrontata con la società circa le modalità di rilevazione dei flussi, né sono stati discussi e affrontati i possibili profili di rischio, legati alla violazione della *privacy* prodotta dalla installazione di videocamere o alle possibili implicazioni (anche sul fronte sanzionatorio) correlate alla registrazione dei flussi nei canali per eccesso di velocità. Tali aspetti sono emersi e hanno formato oggetto di discussione solo in un secondo momento, nella fase esecutiva del contratto, a dimostrazione delle difficoltà dell'amministrazione, in sede di gara, di prevedere in modo esaustivo i caratteri che il sistema deve avere, anche sotto il profilo della accuratezza, robustezza, sicurezza.

La soluzione di ricorrere al mercato, in altre parole, può significare una prevalenza della «visione» privata su quella pubblica, qualora la pubblica amministrazione non si mostri capace o non abbia le competenze per comprendere a fondo le modalità e i contenuti dell'applicazione di IA, per controllarne gli aspetti di rischio, per individuarne le criticità anche con riguardo alle possibili violazioni di diritti. Di qui l'importanza di una elaborazione accorta del bando e dei capitolati di gara e della fase di aggiudicazione.

Il secondo modello, dell'autoproduzione, è stato invece prescelto da Trento *smart city*, che lo ha preferito alla ricerca nel mercato: qui le diverse applicazioni di IA sono state sviluppate *in house* con la collaborazione della Fondazione Bruno Kessler (FBK), un ente di ricerca della costellazione pubblica, e nell'ambito di progetti europei volti a promuovere mobilità sostenibile, sistemi di illuminazione intelligente, algoritmi per la sicurezza degli attraversamenti pedonali (ad esempio *Stardust* e *See Roads 2*). In questa ipotesi, vale quanto rilevato sopra in termini di vantaggi legati ad autonomia, controllo e specificità dei sistemi. Anche in ragione della dimensione dell'ente e delle limitate competenze interne, però, la collaborazione con istituti di ricerca ad alta competenza tecnica come FBK risulta un presupposto fondamentale per l'auto-produzione, considerata anche la necessità di individuare soluzioni tecniche competitive.

2.4. Il problema delle competenze

Il principale problema che emerge dal quadro che si è tratteggiato è quello delle competenze. In tutti i casi considerati, è indubbio che l'amministrazione procedente debba poter fare affidamento su adeguate competenze interne sia quando decide di ricorrere al mercato, perché solo così può governare la scelta tecnologica e controllarne le implicazioni in sede di gara, sia quando procede all'auto-produzione, dovendo sviluppare software competitivi, anche sotto il profilo della manutenzione e dell'aggiornamento. Il dato della *expertise* tecnica interna all'amministrazione, dunque, è imprescindibile, quale che sia il metodo di acquisizione prescelto per dotarsi di IA.

In questa direzione spinge, del resto, anche il processo di graduale costruzione del quadro giuridico. Il mondo dell'IA manca ancora di una disciplina generale, così come mancano regole che governano l'impiego di *software* di IA da parte delle autorità pubbliche. Tuttavia, è attualmente in corso di discussione la proposta di regolamento presentata dalla Commissione, che prefigura una disciplina complessiva della materia destinata a riguardare anche le amministrazioni pubbliche⁷. Se la proposta sarà approvata, il regolamento stabilirà il doveroso rispetto da parte di chi fornisce un sistema di IA di requisiti rigorosi in tema di *data governance*, di sicurezza e accuratezza, di informazione, di sorveglianza umana

⁷ COM (2021) 206.



oltre che l'assoggettamento a una procedura di conformità quale condizione per l'immissione nel mercato o la messa in servizio del sistema. Il suo impatto sulle amministrazioni sarà significativo, considerato che genererà obblighi di conformità alla disciplina europea soprattutto per le amministrazioni che decidano di sviluppare *in house* le applicazioni di IA di cui necessitano. Gli oneri derivanti dall'applicazione del regolamento costituiranno, quindi, un elemento da soppesare in vista dell'alternativa mercato/auto-produzione.

Inoltre, il Codice dell'amministrazione digitale stabilisce già, all'art. 68, i criteri che l'amministrazione è tenuta a seguire per decidere come procedere all'acquisizione di programmi informatici (e IA)⁸. Si tratta, in particolare, della valutazione dei costi complessivi (di produzione e manutenzione) del sistema, dei vantaggi che esso comporta in termini di interoperabilità e cooperazione applicativa e delle garanzie che il fornitore è in grado di dare in materia di livelli di sicurezza, conformità alla normativa, protezione dei dati personali, servizio (tenuto conto della tipologia di software acquisito). La preferenza del legislatore è però per i sistemi aperti o in auto-produzione, dal momento che l'accesso a *software* di tipo proprietario (con licenza d'uso) è ritenuto ammissibile solo se l'autorità dimostra motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno dell'amministrazione o a software liberi⁹.

La decisione sui metodi di acquisizione dei sistemi di IA, dunque, è complessa e tutt'altro che neutra: essa può avere effetti sul piano organizzativo interno (effetti crescenti, alla luce del futuro regolamento europeo) e sul piano dei rapporti con i cittadini; deve tenere conto dei costi complessivi, ma al contempo favorire l'apertura e l'interoperabilità; è chiamata a reperire tecnologie innovative (e facilmente manutenibili) e, allo stesso tempo, ben cucite sulle esigenze delle specifiche funzioni; deve assicurare il rispetto della *privacy* e al tempo stesso sfruttare i vantaggi offerti dalla grande disponibilità di dati pubblici. Si tratta di un quadro articolato, che conferma l'esigenza che le amministrazioni si dotino al più presto delle competenze necessarie a governare efficacemente l'acquisizione degli strumenti di IA.

3. Quali impieghi e per quali scopi?

Anche rispetto alla seconda delle tre questioni poste al centro dell'indagine, è possibile presentare le indicazioni emerse distinguendo tra le esperienze delle autorità indipendenti, delle amministrazioni centrali e delle *smart cities*.

3.1. Le autorità indipendenti: diverse velocità

Quanto alle autorità indipendenti prese in considerazione, i regolatori dei mercati finanziari vantano una significativa esperienza di uso di nuove tecnologie nelle attività di vigilanza, mentre sembra più limitata quella dei regolatori dei servizi pubblici.

Nel caso della Banca d'Italia, i cui sistemi di IA sono realizzati *in house* sulla base di una ben definita struttura organizzativa, le tecnologie utilizzate vanno dal *natural language processing* per analizzare

⁸ L'art. 68, co. 1, del Codice prevede sei modalità di acquisizione: l'autoproduzione, riutilizzo di software elaborati in autoproduzione; accesso a software liberi o codici sorgente aperti; acquisto di software di tipo proprietario (mediante ricorso a licenza d'uso); utilizzo di *software* che sono la combinazione delle precedenti soluzioni.

⁹ Art. 68, co. 1-ter.



messaggi postati su *social media* (al fine costruire indicatori di *sentiment*, ad esempio, per misurare aspettative di inflazione o costruire *early warning indicator* sulle banche italiane) o per processare esposti della clientela a fini di vigilanza. Viene fatto ricorso al *machine learning* per prevedere, ad esempio, probabilità di default di imprese italiane, per la classificazione automatica delle operazioni sospette, per la rilevazione di indicatori di rischi di riciclaggio o di infiltrazioni mafiose. *Neural networks* possono essere utilizzati per fare previsioni di variabili, come la produzione industriale. Il *web scraping*, consente, ad esempio, di fare ricerche su *google trend* per prevedere fenomeni come la disoccupazione.

La *Consob*, che realizza anch'essa sistemi *in house* e ha optato per una *governance* della digitalizzazione finanziaria diffusa e coordinata da uno *Steering Committee Fintech*, vanta numerose e diversificate esperienze. Quanto alla vigilanza sui prodotti finanziari, una prima sperimentazione è stata volta alla selezione dei documenti sintetici (cartacei in formato pdf) che illustrano le caratteristiche dei prodotti finanziari PRIIPs rivolti agli investitori al dettaglio. Il prototipo, sviluppato nel 2019 in collaborazione con una università appositamente selezionata, si basa sull'applicazione di tecniche di *natural language processing* per estrarre dai documenti parole e concetti chiave. È attualmente allo studio l'uso del *machine learning* per effettuare uno *screening* automatico e selezionare i documenti su cui potrà lavorare l'analista.

Per contrastare l'offerta abusiva *on line* di attività finanziarie riservate, è in fase di sviluppo un progetto di *intelligent crawling*: un motore di ricerca basato sul *machine learning* analizza il web per individuare le piattaforme *on line* interessate da abusi di mercato e attraverso l'elaborazione del linguaggio naturale viene effettuato il *text mining* degli esposti. In prospettiva, il *machine learning* dovrebbe portare a una individuazione autonoma (non più sulla base degli esposti) dei siti web attraverso i quali sono svolte attività abusive.

La vigilanza dell'ordinato svolgimento delle negoziazioni sui mercati per prevenire, individuare e sanzionare abusi si svolge da tempo attraverso analisi statistiche e algoritmi che lanciano *alert*. L'obiettivo è definire sistemi intelligenti che ottimizzino le analisi condotte per dare seguito ai segnali di anomalia. Questo *supervised machine learning* in grado di replicare i ragionamenti degli analisti è in corso di definizione in collaborazione con una università italiana.

L'Agcom, invece, ha sviluppato un sistema di prevenzione e *detection* algoritmica del linguaggio d'odio sui servizi media e piattaforme *on line* attraverso l'IA. In particolare, l'Autorità svolge analisi dell'informazione *on line* attraverso tecniche di *natural language processing* per rilevare l'uso di espressioni di odio (*hate speech*) e i reati connessi. I risultati di questa attività sono messi a disposizione del pubblico attraverso l'Osservatorio sulla disinformazione *online* (il cui terzo e ultimo numero risale però al 2020)¹⁰.

In prospettiva, l'IA potrebbe essere utilizzata dall'Agcom e dall'Arera nei procedimenti di regolazione (ad esempio per processare le risposte ricevute in sede di consultazione o le denunce) e per svolgere controlli sulle imprese (ad esempio, per analizzare i dati stoccati dagli operatori di servizio al fine di verificare il rispetto dei parametri di qualità).

¹⁰ Si veda <https://www.agcom.it/documents/10179/19226924/Documento+generico+29-06-2020/3b8d1a2d-61fc-4865-b5b0-bb6343933465?version=1.0>.



3.2. Le amministrazioni centrali: una pluralità di tecnologie e di funzionalità

Anche rispetto alle amministrazioni centrali si registrano diversi gradi di avanzamento nell'impiego di sistemi di IA. Se Inps e Agenzia delle entrate segnalano vari usi di *machine learning*, *deep learning* e *natural language processing*, l'amministrazione della giustizia sembra trovarsi a uno stadio precedente volto alla digitalizzazione dei dati¹¹.

Le esperienze dell'Agenzia delle entrate e dell'Inps mostrano diversi usi dell'intelligenza volti, rispettivamente, a migliorare i servizi all'utenza, a razionalizzare e rendere più efficienti le procedure interne, a supportare i processi decisionali e di controllo.

Con riferimento all'IA al servizio del pubblico, sia l'Agenzia delle entrate che l'Inps utilizzano *chatbot* intelligenti per l'assistenza agli utenti. Ad esempio, Inps mette a disposizione assistenti virtuali per guidare utenti finali (cittadini o professionisti)¹², basati su motori di ricerca cognitivi capaci di comprendere il linguaggio – spesso eterogeneo – dell'utente, nel rispetto delle indicazioni del Garante della privacy (per evitare profilazioni è operato un *matching* per segmenti di utenza). Un esempio di *chatbot* basata sull'IA e volta a orientare il cittadino nella prestazione di un servizio è quella relativa alla Nuova assicurazione sociale per l'impiego-NASPI (in produzione). Per la migliore fruibilità del sito istituzionale, l'Inps sta sperimentando motori di ricerca «cognitivi», basati su meccanismi di *deep learning* e *natural language processing* e oggetto di sperimentazione (ad esempio, il «portale della genitorialità» per l'assistenza all'apertura di pratiche che riguardano i bonus bebè e la genitorialità).

Quanto all'IA per ottimizzare le procedure interne, può essere menzionato il sistema di smistamento a livello nazionale delle pratiche INPS (che consente un processo decisionale completamente automatizzato di *resource planning*), la classificazione automatica delle PEC-Inps, l'analisi predittiva attraverso *machine learning* sulla mediabilità delle controversie Inps. L'Agenzia delle entrate riporta l'uso del *text mining* per la categorizzazione automatica o semiautomatica dei documenti basata sul riconoscimento di *pattern* all'interno di testi non strutturati così da facilitare l'estrazione di dati di interesse.

La funzione più delicata da un punto di vista dei diritti che possono essere incisi è quella dell'IA a supporto delle decisioni e dei controlli. Agenzia delle entrate e Inps segnalano varie applicazioni, che non sostituiscono mai l'intervento umano. Ad esempio, l'Agenzia entrate utilizza un applicativo informatico per applicare il redditometro, così come il cosiddetto «evasometro anonimizzato». Dal 2005, Inps utilizza il *data mining* e *machine learning* per rilevare i fenomeni fraudolenti nella lotta all'evasione contributiva.

3.3. Le *smart cities*: la collaborazione con i privati

L'esperienza delle *smart cities* conferma che la varietà delle tecnologie e delle funzionalità utilizzate da alcune amministrazioni italiane.

¹¹ Le sperimentazioni sull'uso di nuove tecnologie per l'amministrazione della giustizia si svolgono prevalentemente a livello decentrato e sono basate sulla collaborazione con università; questa frammentazione ha il limite, tra gli altri, di operare su campioni limitati di dati, laddove l'intelligenza artificiale opera utilmente con big data. Sarebbe dunque importante una centralizzazione presso il Ministero della giustizia.

¹² «Supporto all'utente (es. su richieste sullo stato delle pratiche, sull'invio di documentazione). Supporto all'operatore (es. scadenze previste dall'iter procedurale, risoluzione di problematiche procedurali/instradamento ticket mediante «chatbot»)», slides INPS quarto seminario.



La piattaforma *open source Mindlcity*¹³, ad esempio, offre alla città di Venezia – e, in prospettiva, ad altre città – una *Smart Control Room* che, attraverso *machine learning* e *deep learning*, lavora dati raccolti attraverso l'*internet of things* e di provenienza diversa. Alcuni sono «prodotti dalla città» attraverso videocamere intelligenti, sensori collocati in aree strategiche (pedonali, stradali e autostradali) come già evidenziato; altri forniti da soggetti terzi di natura privata, come le società TIM e Abertis. Al progetto collaborano l'Università di Bologna e società specializzate, come Engine¹⁴.

Anche a Padova una importante spinta all'uso dell'intelligenza per la realizzazione di una *smart city* viene dalla collaborazione con privati e università. La prospettiva è di utilizzare dati raccolti con l'*internet of things* (da telecamere collocate da soggetti pubblici e privati) o con rilevazioni tradizionali (come le informazioni sulla sicurezza stradale contenute nelle comunicazioni dei taxisti alle cooperative di riferimento), poi lavorati con l'IA per progetti di interesse locale o regionale, come la mobilità sostenibile.

A Trento, le nuove tecnologie per la città, sviluppate in collaborazione con università e centri di ricerca, lavorano dati pubblici e dati raccolti con l'*internet of things*, come sensori nell'asfalto per dare informazioni in tempo reale sulla disponibilità di parcheggi, telecamere dislocate sul territorio comunale per individuare pericoli potenziali (e consentire, quando poste su piste ciclabili, l'illuminazione al passaggio di utenti in zone poco frequentate), gestione intelligente dei semafori, sicurezza degli attraversamenti pedonali.

I dati raccolti dalle *smart cities* consentono l'offerta di nuovi servizi ai cittadini (che potrebbero essere offerti tramite app o siti istituzionali), come l'indicazione della disponibilità di posti nei parcheggi, la concentrazione di traffico di veicoli o pedonale in una determinata zona, la qualità dell'acqua per la balneazione. In prospettiva, la resa di informazioni potrebbe essere utilizzata per la modifica di comportamenti o stili di vita in linea con gli obiettivi dell'agenda 2030 delle Nazioni Unite.

I dati possono essere (e in alcuni casi vengono) utilizzati anche a supporto dell'*enforcement*, come negli esempi di applicazioni di polizia predittiva, per la rilevazione della violazione di limiti velocità o del mancato uso delle cinture di sicurezza.

I dati raccolti dalle *smart cities*, infine, possono supportare, in prospettiva, l'adozione di politiche e la verifica di politiche pubbliche (ad esempio per la sostenibilità) e la definizione di pianificazioni (come quelle per trasporti intermodali e a limitato impatto sull'ambiente).

3.4. La rilevanza delle condizioni e le questioni aperte

Le indicazioni raccolte suggeriscono tre considerazioni generali, relative alle condizioni che facilitano l'uso di strumenti di IA e alle questioni aperte.

La prima considerazione riguarda gli incentivi (economici e non) all'impiego dell'IA nelle pubbliche amministrazioni.

Il ruolo dei finanziamenti o co-finanziamenti europei è rilevante nel supporto all'introduzione di sistemi di IA sia a livello locale che nelle amministrazioni centrali e indipendenti. Tanto Padova quanto Trento sottolineano l'impulso dato dai progetti europei, che hanno favorito, tra l'altro, partenariati pubblico-privati (ad esempio, un algoritmo in uso a Trento è stato messo a disposizione da un'impresa coreana).

¹³ Si veda <https://dilservice.it/it/soluzioni/smart-city>.

¹⁴ Si veda <https://www.fabbricadigitale.com/smart-control-room-veneziamindicity/>.

Nelle amministrazioni centrali, la Commissione europea supporta dal 2021 l'Agenzia delle entrate in un progetto per l'adozione di tecniche di IA nel contrasto all'evasione; il programma operativo nazionale-PON Legalità 2014 ha consentito di censire l'uso dell'IA e già menzionava l'uso del *machine learning* per l'antifrode INPS. La *detection* algoritmica del linguaggio d'odio da parte di Agcom ha ricevuto impulso anche da un progetto finanziato dalla Commissione europea (*Innovative Monitoring Systems and Prevention Policies of Online Hate Speech-IMSyP*) che ha portato l'autorità a lavorare nell'ambito di un consorzio di ricerca internazionale. Importanti sono poi, per tutte le amministrazioni, il RRF e il PNRR.

Gli incentivi di natura non economica, invece, derivano dal confronto in sede internazionale. Si pensi al premio UNESCO che ha riconosciuto il sistema INPS di smistamento delle PEC come tra i migliori dieci progetti sviluppati per l'amministrazione. Per Banca d'Italia, gli scrutini periodici di *mutual evaluation* realizzati a livello OCSE nel Gruppo intergovernativo d'Azione Finanziaria Internazionale-GAFI possono essere occasione per lo scambio di buone pratiche anche con riferimento all'uso dell'IA nella vigilanza (ad esempio, in questa sede è stato valutato positivamente il sistema di indicatori del rischio di riciclaggio). Di estrema rilevanza è inoltre la partecipazione a sistemi europei o reti di regolatori. Ad esempio, nell'ambito del sistema europea di banche centrali si stanno sviluppando sistemi di digitalizzazione dei procedimenti di vigilanza (*suptech*), a livello sia centralizzato che decentralizzato presso le autorità nazionali, così da avere a disposizione in prospettiva strumenti omogenei. I progetti Consob sono oggetto di confronto in sede europea nell'ambito dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA).

In secondo luogo, si conferma, nel caso dell'IA acquisita sul mercato, il ruolo cruciale dei bandi di gara, già evidenziato in precedenza. Con riferimento all'esigenza di *accountability* degli sviluppatori, dalle esperienze delle *smart cities* emerge che una stretta collaborazione di questi con l'ente locale si attiva talvolta a monte gara (come nel caso del bando monopattini, in cui il comune di Trento ha chiesto che i dati raccolti venissero messi a disposizione in formato aperto e standard e tramite interfacce di programmazione delle applicazioni-API), ma più spesso a valle della selezione (come nel caso di Venezia, anche se ciò può essere riconducibile alla tipologia di procedura di selezione utilizzata). A fronte del coinvolgimento di soggetti terzi, è cruciale assicurare la trasparenza e l'*accountability* dell'operatività del sistema di IA attraverso chiare indicazioni nei bandi di gara¹⁵. A questo riguardo, linee guida per la redazione dei bandi sono state definite dal governo inglese¹⁶ e dalla città di Amsterdam¹⁷, nell'ottica di assicurare la verifica della qualità dei dati, la trasparenza del funzionamento dell'algoritmo e tale da poter essere oggetto di audit e spiegabilità al soggetto pubblico, così come l'impostazione di sistemi di

¹⁵ Si veda, in particolare, il documento di Ada Lovelace Institute, AI Now Institute and Open Government Partnership, *Algorithmic Accountability for the Public Sector*, 2021, disponibile alla pagina <https://www.opengovpartnership.org/documents/algorithmic-accountability-public-sector/>, dove si legge: «Establishing contractual pre-conditions for acquiring algorithmic systems ensures that systems that do not comply with specific conditions of transparency or fairness are not acquired or used by governments, or that, if a vendor fails to meet contractual conditions, they are subject to contractual liability. Procurement conditions also allow for interventions in the design of algorithmic systems, as well as during their use» (33-35 e 44-45).

¹⁶ *Guidelines for AI procurement 2020*, in <https://www.gov.uk/government/publications/guidelines-for-ai-procurement>.

¹⁷ City of Amsterdam, *Standard Clauses for Municipalities for Fair Use of Algorithmic Systems*, 2020 (<https://www.amsterdam.nl/innovatie/digitalisering-technologie/contractual-terms-for-algorithms/>).



gestione del rischio. Il Canada ha invece optato per una lista di fornitori pre-selezionati anche in base al rispetto di «demonstrated competence in AI ethics»¹⁸.

La terza considerazione generale ha ad oggetto la trasparenza e l'*accountability* dell'amministrazione nei confronti di cittadini e imprese. Le informazioni sugli usi di sistemi di IA da parte delle pubbliche amministrazioni non sono facilmente reperibili da parte di cittadini e imprese, che si tratti del controllo dei parcheggi, di polizia predittiva, di verifiche del corretto pagamento di tributi o contributi, dell'individuazione di abusi di mercato. Le informazioni a disposizione del pubblico, infatti, derivano in ampia misura da notizie di stampa (come nei casi polizia predittiva), da generiche comunicazioni istituzionali¹⁹, circolari²⁰ o altri documenti²¹. L'informazione sulle tecnologie utilizzate e le relative funzionalità andrebbe messa a disposizione del pubblico in forma semplificata e facilmente comprensibile, con possibilità di approfondimento per gli interessati²². Interessante al riguardo il registro delle applicazioni di IA della città di Helsinki²³, che spicca per chiarezza e facile consultabilità da parte dei cittadini.

Infine, si registra una evoluzione della tutela della riservatezza: da ostacolo allo sviluppo a esempio di applicazione dell'IA. In alcuni contesti, il timore di violare la normativa sulla *privacy* ostacola la condizione, come nel caso riportato dell'operatore di trasporto urbano della città di Padova che potrebbe meglio organizzare il servizio in base alle esigenze delle scuole se avesse a disposizione i dati relativi ai flussi degli studenti. In realtà, una risposta viene data proprio attraverso l'uso dell'IA: sempre a Padova, i dati raccolti con telecamere vengono anonimizzati con tecnologie di *machine learning*, similmente a quanto avviene a Venezia, dove viene memorizzato solo il metadato generato e non tutto il flusso video. Le esigenze del rispetto della *privacy* vengono affrontate anche dalle amministrazioni che producono internamente i sistemi di IA, perché i dati lavorati non possono necessariamente essere visibili

¹⁸ Cfr. <https://buyandsell.gc.ca/procurement-data/tender-notice/PW-EE-017-34526>.

¹⁹ Ad esempio, la direzione studi e ricerche INPS, in base al sito istituzionale «fornisce supporto tecnico-scientifico all'elaborazione delle decisioni che l'Istituto assume nell'ambito delle proprie attività istituzionali attraverso [...] l'elaborazione di statistiche, di modelli di *data mining* e *machine learning*, anche in riferimento ai *big data*»: <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=53263>.

²⁰ Si veda, ad esempio, INPS, circolare n. 23/2010, *Funzione di accertamento e verifica amministrativa - Attuazione del nuovo modello organizzativo delle strutture territoriali di produzione previsto dalla circolare n. 102 del 12/08/2009* e circolare n. 23/2010, *Funzione di accertamento e verifica amministrativa - Attuazione del nuovo modello organizzativo delle strutture territoriali di produzione previsto dalla circolare n. 102 del 12/08/2009*.

²¹ Come nel caso del cd. risparmiometro, menzionato nel Piano della performance dell'Agenzia delle entrate 2018-20, ma poi descritto solo in una decisione del Garante della Privacy del 20 luglio 2017, n. 321, *Sperimentazione di una procedura basata sull'utilizzo di informazioni fornite dall'Archivio dei rapporti finanziari e degli elementi presenti nell'Anagrafe tributaria per l'individuazione di profili di evasione rilevanti*.

²² Interessanti le soluzioni anche grafiche prospettate, ad esempio, in materia di polizia predittiva dal rapporto Britainthinks, *Complete transparency, complete simplicity. How can the public sector be meaningfully transparent about algorithmic decision making?*, 17 giugno 2021, 9.

²³ Si vedano le informazioni disponibili alla pagina <https://ai.hel.fi/en/ai-register/>, dove si chiarisce che «AI Register is a window into the artificial intelligence systems used by the City of Helsinki. Through the register, you can get acquainted with the quick overviews of the city's artificial intelligence systems or examine their more detailed information based on your own interests. You can also give feedback and thus participate in building human-centered AI in Helsinki». Si veda anche D. MARCHETTI, *L'intelligence finanziaria: tre esempi di applicazione*, in *Rapporto 2/2021*, cit., 242 ss., che richiama il progetto della Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia volto alla costruzione di un *blind learning environment*, nel quale è possibile «testare le tecniche di classificazione senza "vedere" i dati sottostanti» (242).

da dipartimenti diversi di una stessa istituzione. Per superare questo problema, la Banca d'Italia ha creato un *blind learning environment*, che consente di evitare la condivisione di dati «in chiaro» all'interno della Banca stessa. Anche l'Inps sfrutta l'IA per simulare (replicare) i dati per poi anonimizzarli ma in modo da consentire la decriptazione, ove necessaria.

4. Chi controlla la macchina?

Il quadro tratteggiato nelle pagine precedenti va completato considerando un ultimo aspetto dell'impiego dei sistemi di IA nelle amministrazioni italiane, quello relativo alla sorveglianza sul loro effettivo funzionamento: a controllare la macchina è il programmatore del sistema o un funzionario amministrativo? In questo secondo caso, come è individuato e quali sono le competenze richieste per lo svolgimento dei suoi compiti? E in cosa consistono esattamente le attribuzioni attraverso le quali si realizza la sorveglianza sulla macchina?

4.1. Una tendenza unitaria: *Human Out of the Loop*

La risposta che emerge dall'indagine svolta è relativamente chiara. Le amministrazioni considerate in questa ricerca sperimentano strumenti di IA al di fuori di un quadro normativo che definisca in modo chiaro l'uso di tali strumenti all'interno del procedimento e il ruolo che deve rivestire il decisore umano. Si tratta di una tendenza comune, che prescinde dalle specificità organizzative e funzionali delle amministrazioni prese in esame e dai modelli ai quali sono riconducibili.

Le autorità indipendenti, ad esempio, riconoscono l'esigenza che gli strumenti di IA siano soggetti a un processo di «validazione», ma tendono a risolvere tale processo nei termini puramente funzionali di una verifica della efficacia degli strumenti rispetto ai risultati attesi, individuati nel miglioramento delle attività istituzionali: si pensi, tra gli altri, all'approccio S.M.A.R.T. della Consob, che richiede, appunto, di «testare» ogni tipo di strumento di IA per provarne l'efficacia e la validità²⁴; e al *Framework operativo per l'intelligenza artificiale/machine learning* della Banca d'Italia, l'architettura IT già menzionata sviluppata dal Dipartimento informatica della stessa Banca d'Italia e volta, tra le altre cose, a definire le funzionalità che la piattaforma deve offrire, a individuare il valore aggiunto che l'IA può apportare a nuovi *business case*, misurato nei termini di uno *score* chiamato «AI-ness», e a facilitare il *testing* di modelli di *machine learning*²⁵. L'esigenza che sia assicurato un controllo umano sui vari passaggi del funzionamento della macchina è talora riconosciuta, ma si pone l'accento sulle difficoltà che tale controllo incontrerebbe: con riferimento all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in particolare, si osserva come l'operatore verrebbe a conoscenza di dati che «possono essere coperti da privacy o segreto commerciale, così come possono esserlo gli algoritmi»; e si rileva che «l'apprendimento automatico (*machine learning, deep learning*) si basa su tecniche “non esplicite” di programmazione dei computer», che complicano in misura significativa l'interpretazione dei risultati²⁶. In ogni caso,

²⁴ T. TOGNA, *L'approccio SMART di Consob alla digitalizzazione finanziaria*, in *Rapporto 1/2021 – L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di CONSOB, AGCOM e ARERA*, cit., 213 ss.

²⁵ F. FEDERICO, *AI e prospettive di evoluzione dell'architettura informatica*, in *Rapporto 2/2021 – L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di Banca d'Italia*, cit., 229-230.

²⁶ G. RAGUCCI, *AGCOM e l'intelligenza artificiale per fronteggiare l'hate speech*, in *Rapporto 1/2021*, cit., 222 ss.



l'esigenza di un controllo umano sul funzionamento della macchina non si traduce mai nella definizione di specifici requisiti, tanto meno di requisiti definiti da norme giuridiche. Vi sono d'altra parte, pratiche operative che paiono suscettibili di ulteriori sviluppi e potrebbero rappresentare degli esempi da seguire: è il caso del sistema di monitoraggio dei mercati energetici all'ingrosso, sviluppato dall'Agenzia europea di collaborazione dei regolatori dell'energia – ACER e utilizzato come strumento di «intelligenza condivisa» da ACER e Arera, insieme ai regolatori indipendenti degli altri Stati membri dell'Unione, il cui utilizzo prevede una procedura di verifica manuale, svolta in più fasi e volta a individuare errori del modello, validare i casi sospetti utilizzando informazioni aggiuntive a disposizione dell'autorità nazionale e ad aggiornare il modello sulla base dei difetti riscontrati²⁷.

Un discorso non diverso vale per le amministrazioni centrali e per le *smart cities* considerate nell'indagine. Anche in queste amministrazioni, infatti, il processo di «validazione» degli strumenti di IA è condotto secondo criteri strettamente funzionali e mancano meccanismi formalizzati in disposizioni giuridiche o consolidati sul piano operativo e volti a garantire la sorveglianza umana sul funzionamento della macchina. Rispetto all'esperienza delle autorità indipendenti, tuttavia, in alcune amministrazioni centrali pare registrarsi una maggiore attenzione per l'esigenza dell'intervento umano e di una formalizzazione in un quadro di regole giuridiche: è il caso, in particolare, dell'Agenzia delle entrate, per la quale si è riconosciuta tanto la necessità di una disciplina degli algoritmi di IA collegati all'adozione di provvedimenti amministrativi, quanto l'opportunità di stabilire il principio che l'esperto di dominio sia il funzionario amministrativo responsabile dell'adozione delle misure amministrative capaci di produrre effetti sugli amministrati, anche in funzione dell'*accountability* dell'amministrazione²⁸. Nel caso delle *smart cities*, al contrario, il distacco dalle esigenze di controllo umano è ancora maggiore di quello che caratterizza l'esperienza delle autorità indipendenti: le piattaforme di *urban intelligence* sperimentate in alcune città, esemplificate dal caso di Venezia, sembrano prescindere dalla sorveglianza umana sui loro modi di funzionamento; e in ogni caso tale sorveglianza non sarebbe svolta dall'amministrazione, ma dai privati che sviluppano e gestiscono le piattaforme²⁹.

4.2. Uno sviluppo problematico

Una simile tendenza, comune a tutte le amministrazioni considerate nella ricerca, si spiega a partire dalla logica essenzialmente funzionale che sta alla base del ricorso delle amministrazioni ai sistemi di IA. Quelle che emergono dall'indagine, infatti, sono amministrazioni che vogliono sperimentare tecnologie innovative per migliorare la qualità e l'efficacia delle proprie attività. Le amministrazioni, in altri termini, si orientano verso i sistemi di IA perché questi ultimi permettono di innovare radicalmente i modi di svolgimento delle attività di cui sono responsabili e i risultati attesi, indipendentemente dalle specificità funzionali di ciascuna amministrazione. Sia che procedano direttamente, attraverso i propri servizi informatici, come nel caso della Banca d'Italia, sia che si rivolgano ai privati, come avviene

²⁷ L. LO SCHIAVO e L. LAZZA, ARERA e l'«intelligenza assistita», l'«intelligenza condivisa» e l'«intelligenza della filiera», in *Rapporto 1/202*, cit., 224 ss., 225.

²⁸ G. BUONO, *L'esperienza dell'Agenzia delle Entrate*, in *Rapporto 3/2021 – L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di Agenzia delle entrate, INPS e Ministero della giustizia*, cit.

²⁹ È quanto emerge dalle esperienze presentate nel *Rapporto 4/2021 – L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività delle Smart Cities*, cit.



spesso per le *smart cities*, le amministrazioni accettano sin dall'inizio che la dinamica interna del processo di sviluppo di sistemi di intelligenza risponda alla logica della innovazione. La prospettiva complessiva non è quella, essenzialmente difensiva, della gestione e attenuazione dell'impatto sull'amministrazione e sugli amministrati di una tecnologia ritenuta pericolosa, ma piuttosto quella della sperimentazione di una tecnologia fortemente abilitante, capace, cioè, di esercitare una forza trasformatrice e positiva sulle attività di ciascuna amministrazione. In questo quadro, il parametro per la validazione del sistema di IA è sempre inevitabilmente funzionale: è la capacità del sistema di raggiungere risultati corretti che deve essere verificata e accertata; e la sorveglianza sul funzionamento della macchina non è una garanzia da assicurare in quanto tale, ma solo uno dei vari strumenti che possono essere utilizzati, in alcune specifiche occasioni, per controllare la correttezza degli output del sistema. Nella medesima prospettiva, poi, il diritto rileva come una forza limitante. Vi è la consapevolezza che i principi e le regole del diritto amministrativo tradizionale non siano facilmente applicabili a una realtà tecnica molto diversa da quella a partire dalla quale tali principi e regole sono stati costruiti. Ma questa consapevolezza non spinge a definire un nuovo quadro regolatorio capace di inquadrare e governare l'uso dell'IA. Piuttosto, il diritto rappresenta una forza che contrasta quella dell'innovazione. Se la costruzione di un insieme di regole adatto alla nuova realtà è un processo ritenuto inevitabile, esso rappresenta comunque un secondo momento di un processo che deve ora lasciare spazio alla innovazione tecnica³⁰.

Allo stesso tempo, lo sviluppo di cui si è dato conto è ovviamente problematico. Il principale punto critico è il rapporto con i requisiti della sorveglianza umana stabiliti dalla normativa europea e dalla giurisprudenza amministrativa italiana.

Quanto alla normativa dell'Unione, la già richiamata proposta di regolamento della Commissione europea in materia di IA, in linea con l'approccio del regolamento generale sulla protezione dei dati (*General Data Protection Regulation – GDPR*)³¹, che riprende e sviluppa notevolmente, ha individuato nella «sorveglianza umana» uno dei requisiti obbligatori applicabili ai sistemi di IA ad alto rischio. Ad avviso della Commissione, in particolare, la sorveglianza umana è necessaria per prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali. L'esigenza di garantire il controllo umano, inoltre, dovrebbe essere tenuta in considerazione sin dal momento della progettazione dei sistemi di IA ad alto rischio³². Ancora, può dirsi soddisfatta quando sono garantite alcune specifiche condizioni, ovvero là dove la persona alla quale sono affidati i compiti di sorveglianza comprende appieno le capacità e i limiti del sistema di IA, è in grado di monitorarne debitamente il funzionamento e di individuare tempestivamente le disfunzioni, è consapevole della possibilità di una «distorsione dell'automazione», è in grado di interpretare correttamente l'output del sistema di IA, di decidere di non usarlo

³⁰ Per un'affermazione particolarmente netta di questa prospettiva, comune a tutti gli interventi raccolti, si veda F. MENEGHETTI, *La piattaforma di Urban Intelligence della città di Venezia*, in *Rapporto 4/2021*, cit.

³¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, in GU L 119 2016. Si veda, in particolare, l'art. 22, che stabilisce il cosiddetto principio di non esclusività, in base al quale l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato. Il principio, peraltro, non si applica ai casi indicati nello stesso art. 22, co. 2.

³² *Ibidem*, considerando 48 e art. 14, co. 1.



o di ignorarne, annullarne o ribaltarne l'output, così come di intervenire sul funzionamento del sistema anche interrompendolo mediante un pulsante di arresto³³.

Nella stessa direzione vanno le pronunce nelle quali il Consiglio di Stato ha affrontato il problema della compatibilità costituzionale dell'uso di IA da parte dell'amministrazione³⁴. In quella giurisprudenza, infatti, il giudice amministrativo ha affermato che una delle condizioni perché si possa ricorrere alle macchine per lo svolgimento di compiti tradizionalmente svolti da persone è il mantenimento della sorveglianza umana. L'impiego di sistemi di IA, più precisamente, richiede che il funzionario controlli la macchina, fino al punto di correggerne l'eventuale funzionamento scorretto, intervenire sugli *output* e premere lo *stop botton*, se questa è l'unica misura in grado di evitare gli effetti pregiudizievoli conseguenti al ricorso all'IA. In assenza di questo tipo di sorveglianza, una decisione amministrativa automatizzata che incida sulla sfera giuridica soggettiva dei destinatari è da considerarsi incostituzionale³⁵. Confrontato con questa cornice giuridica, il quadro che emerge dall'indagine svolta è preoccupante. Se in alcuni casi è stata riconosciuta l'esigenza di una sorveglianza umana e anche di una sua formalizzazione in disposizioni giuridiche, le amministrazioni paiono ben lontane, al momento, dal soddisfare le condizioni minime richieste dal diritto europeo e dalla giurisprudenza nazionale almeno per i sistemi di IA più capaci di produrre conseguenze per i cittadini e gli operatori economici che si confrontano con l'amministrazione. Non è chiaro se vi sia un funzionario al quale sia imputabile l'algoritmo, quali competenze tecniche eventualmente abbia, come sia costruita giuridicamente la sua responsabilità. Sembra mancare, inoltre, una politica interna volta ad attrezzare l'amministrazione alla sorveglianza umana, a partire dalla formazione del personale, che deve essere in grado di comprendere la logica e i modi di funzionamento dei sistemi di IA. A ciò si accompagna, in alcuni casi, il rafforzamento crescente e rapidissimo della capacità di svolgere una sorveglianza umana da parte dei privati che siano stati eventualmente coinvolti nello sviluppo dei sistemi di IA: l'esempio principale è quello delle imprese che sviluppano e gestiscono le piattaforme per le *smart cities*, le cui capacità di gestione dei sistemi permettono loro di sostituirsi integralmente al controllo delle amministrazioni.

Naturalmente, si deve considerare che si tratta di un processo in corso e che la *juridification* dei modi di impiego dei sistemi di IA da parte delle amministrazioni è una questione inevitabilmente destinata ad acquisire una importanza crescente nel prossimo futuro. La stessa realtà amministrativa delle autorità considerate, del resto, potrebbe offrire un punto di partenza meno rudimentale di quanto non sia emerso in questa ricerca. E il giudizio potrebbe rivelarsi meno severo se si distinguesse precisamente tra i diversi tipi di IA utilizzati, dato che il funzionamento degli algoritmi *rule based* pone problemi del tutto diversi da quello degli algoritmi *machine learning*. Resta il problema, in ogni caso, di un'amministrazione che spinge verso l'innovazione senza farsi carico del problema della sorveglianza umana, diversamente da quanto avviene in altri Stati membri dell'Unione europea, a partire dall'esperienza già richiamata dell'ordinamento francese.

³³ *Ibidem*, art. 14, co. 4.

³⁴ Si vedano, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 881/2020; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2270/2019; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8472/2019.

³⁵ Per una discussione di questa giurisprudenza, si vedano A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit.; e B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit.

5. Conclusioni

In questo scritto, si è tentato di fotografare i modi nei quali alcune amministrazioni, riconducibili a diversi modelli del complessivo sistema amministrativo italiano, stanno sperimentando, nell'esercizio delle proprie attività, sistemi di IA. L'attenzione è stata portata alle pratiche reali di queste amministrazioni, in modo da comprenderne le esperienze concrete.

Le conclusioni principali sono tre. Anzitutto, le pratiche utilizzate per dotarsi di un sistema di IA variano da caso a caso, ma sono ordinabili in base a un'alternativa chiara, quella tra la produzione *in house* delle applicazioni di IA e il ricorso al mercato attraverso la gara pubblica. Le due opzioni rispondono a logiche diverse e riflettono le differenti capacità tecniche delle amministrazioni. Quale che sia il metodo prescelto, in ogni caso, si pone il problema delle competenze tecniche interne all'amministrazione, senza le quali quest'ultima è incapace di governare la scelta tecnologica e gestirne le implicazioni. Se tale *expertise* sia effettivamente presente in tutte le amministrazioni considerate, è una questione alla quale non è possibile dare una risposta univoca.

In secondo luogo, si registra una notevole varietà anche nelle tecnologie di IA effettivamente utilizzate dalle amministrazioni e nelle finalità del loro impiego, con diversi gradi di avanzamento tra un'autorità e l'altra. Il quadro che emerge, in ogni caso, è certamente ricco e segnala l'intenzione di quasi tutte le amministrazioni esaminate di sfruttare i sistemi di IA come strumento di innovazione delle proprie attività istituzionali. Allo stesso tempo, l'analisi mostra l'importanza delle condizioni che facilitano l'uso di strumenti di IA, dagli incentivi, non solo economici, alla chiarezza dei bandi di gara, e permette di mettere a fuoco le questioni più urgenti e al momento irrisolte, a partire da quelle relative alla trasparenza e all'*accountability* dell'amministrazione nei confronti di cittadini e imprese.

Da ultimo, se le pratiche delle amministrazioni sono relativamente varie e articolate rispetto ai modi di acquisizione e di utilizzo dei sistemi di IA, risultano decisamente più omogenee quando si considerano i meccanismi di controllo. Le amministrazioni considerate, infatti, sperimentano strumenti di IA al di fuori di un quadro normativo che definisca in modo chiaro il loro impiego all'interno del procedimento e il ruolo del decisore umano. Si tratta di una tendenza che si spiega a partire dalla logica essenzialmente funzionale che muove le amministrazioni nella ricerca di tecnologie di IA, ma che risulta assai problematica rispetto al quadro regolatorio in corso di sviluppo, anche per effetto del diritto dell'Unione europea.

Queste conclusioni, naturalmente, rappresentano a loro volta dei punti di avvio di un'ulteriore fase della ricerca. Restituiscono l'immagine di un quadro in veloce divenire, caratterizzato, per un verso, da una forza attrattiva verso il digitale e da una varietà di soluzioni, per altro verso, dalla difficoltà di affrontare direttamente i problemi che l'uso di sistemi di IA inevitabilmente porta con sé. Se le dinamiche qui ricostruite possano essere generalizzate ed estese ad altre componenti del sistema amministrativo italiano, e se quest'ultimo sia in grado di farsi carico delle questioni aperte, sono domande alle quali spetta alle prossime fasi della ricerca tentare di rispondere.

The regulatory impact of a harmonized artificial intelligence regulation proposal on the clinical research landscape in the European Union

*Alma Linkeviciute, Giuseppe Curigliano, Fedro Alessandro Peccatori, Paulius Pakutinskas **

ABSTRACT: This article offers a critical analysis of how the proposed Artificial Intelligence Act (AIA) will support the rights, safety, dignity, and well-being of clinical research participants and ensure the availability of reliable and robust data as described in Clinical Trials Regulation (EU) No. 536/2014. Analysis is focused on how the proposed regulation will impact clinical research conducted within the European Union. The proposed artificial intelligence regulation is evaluated based on what it will bring to the multiple stakeholders in clinical research – including sponsors, investigators, patients, society – and how it would align with the core principles of the Clinical Trials Regulation.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Regulation; Machine Learning; Clinical Trials; Clinical Research

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The current regulatory landscape for conducting clinical trials in the EU – 2.1. The application of artificial intelligence to clinical research: stakeholder expectations – 2.2. The Artificial Intelligence Act: regulatory expectations – 3. The co-existence of the Clinical Trials Regulation (CTR) and the Artificial Intelligence Act (AIA) – 4. Conclusions.

1. Introduction

The application of emerging technologies, especially artificial intelligence (AI), to healthcare delivery and clinical research has the potential to enhance the capabilities of healthcare systems to offer high quality, evidence-based, data-driven, personalized medical solutions in a wide range of clinical fields including imaging, cardiology, psychiatry, oncology, intensive care, and

* *Alma Linkeviciute: Legal Tech Center; School of Law, Mykolas Romeris University, Lithuania. Mail: alma.linkeviciute@mruni.eu; Giuseppe Curigliano: European Institute of Oncology; IRCCS, University of Milan.- Mail: giuseppe.curigliano@ieo.it; Fedro Alessandro Peccatori: Gynecologic Oncology Program, European Institute of Oncology IRCCS. Mail: fedro.peccatori@ieo.it; Paulius Pakutinskas: Legal Tech Center, School of Law, Mykolas Romeris University, Lithuania. Mail: paulius.pakutinskas@mruni.eu. This research is funded by the European Social Fund under the No. 09.3.3-LMT-K-712 "Development of Competences of Scientists, other Researchers and Students through Practical Research Activities" measure (AL and PP). The authors would also like to thank the anonymous reviewers for their feedback and suggestions. The article was subject to a double-blind peer review process.*



neurology.¹ AI is also rapidly branching out into other clinical fields such as reproductive medicine,^{2, 3} where patients can be offered personalized medical solutions together with personalized care, ensuring that innovative treatments take into consideration patients' personal perspectives and values to support informed decisions.⁴ In such cases, AI can help in the process of informed decision-making by providing evidence-based data tailored to personal circumstances. Such patient assistance tools enabled by AI-powered devices can help in supporting and protecting fundamental human rights by enhancing the medical decision-making experience for patients. In particular, they can help patients and their care-givers by providing them with information relevant for their clinical cases and by enhancing their autonomous choices based on an understanding of the clinical context and treatment choices available to them. Healthcare professionals and clinical researchers also have many opportunities to benefit from AI input into their everyday practice. Clinicians can be supported by AI-powered tools in diagnostics, treatment, and treatment outcome modelling. Preliminary data shows that AI systems can read radiology images for breast cancer screening with more accuracy as compared to a single radiologist in a laboratory setting.⁵ Moreover, public health has been benefiting from AI systems when predicting COVID-19 disease trends, infection rates, and infection peaks.⁶ Clinical research is also benefiting from AI-powered tools in drug discovery by using AI for data processing, pattern identification, and conclusion modelling that would otherwise be time-consuming for human cognitive abilities to achieve.

Despite the increasing application of AI to clinical circumstances, there are no international laws in place that regulate such technologies. The Artificial Intelligence Act (AIA), proposed by the European Commission (EC) on 21 April 2021, is the first legislative proposal which offers a legal framework for AI use. This act was further specified by the Council of the European Union on 29 November 2021, which included clarifying the AIA's scope, the definitions of actors involved, prohibited AI practices, classification rules for high-risk AI systems, definitions of general-purpose AI systems not subject to AIA requirements, the delegation of legislative powers, and reporting.⁷ This indicates the European Union's shift from a non-binding soft law approach to a legislative approach toward AI technologies. The AIA

¹ C. ZIPPEL, S. BOHNET-JOSCHKO, *Rise of Clinical Studies in the Field of Machine Learning: A Review of Data Registered in Clinicaltrials.gov*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health* 18,10,2021. <https://doi.org/10.3390/ijerph18105072>.

² N. ZANINOVIC, Z. ROSENWAKS, *Artificial Intelligence in Human in Vitro Fertilization and Embryology*, in *Fertility and Sterility* 114, 5, 2020, 914–20. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2020.09.157>.

³ M. NASER, M. MN, L.H. SHEHATA, *Artificial Intelligence In Assisted Reproductive Technology Review in International Journals of Sciences and High Technologies* 25, 2, 2021, 507–11.

⁴ J. JENKINS ET AL., *Empathetic Application of Machine Learning May Address Appropriate Utilization of ART*, in *Reproductive BioMedicine Online* 41, 4, 2020, 573–77. <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2020.07.005>.

⁵ K. FREEMAN ET AL., *Use of Artificial Intelligence for Image Analysis in Breast Cancer Screening Programmes: Systematic Review of Test Accuracy*, in *The British Medical Journal* 374, n1872, 2021. <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.n1872>.

⁶ L. WANG ET AL., *Artificial Intelligence for COVID-19: A Systematic Review in Frontiers in Medicine* 8, September 2021, 1–15, <https://doi.org/10.3389/fmed.2021.704256>.

⁷ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, "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 - Presidency Compromise Text," *Interinstitutional File: 2021/0106(COD) 14278/21 (2021)*, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14278-2021-INIT/en/pdf> (last visited 24/03/2022).



is expected to be a horizontal EU legislative instrument applicable to all AI systems available in the EU market. The proposal of the AIA suggests that the rules for AI available in the European Union (EU) market should be “human-centric, so that people can trust that technology is used in a way that is safe and compliant with the law, including respect to fundamental human rights”.⁸ This approach will help to ensure that all AI technologies aimed at EU users are developed and maintained in line with the European values and principles laid out in the EU Charter of Fundamental Rights.⁹ The AIA proposal appears to be focused on protecting the already-existing fundamental rights of EU citizens embedded in other legislative documents, with enhanced attention on the safety of AI products through a risk-based approach. At the moment, the AIA is undergoing a two-year consultation process. There will also be a two-year transition period after the AIA comes into force.

Subsequently, the EU approach to AI regulation focuses on the excellence and safety of AI products while ensuring public trust in AI technologies by: encouraging research and development activities and safeguarding fundamental human rights; ensuring legal certainty for developers; facilitating investment and innovation; and preventing market fragmentation.¹⁰ Such an approach is likely to support the establishment of a reflective equilibrium when balancing various stakeholder interests around the development, marketing, maintenance, and usage of AI systems. Under the current blanket term of an “AI system” used in the initial and updated AIA proposal, the techniques and approaches used to define an AI system entail a wide range of software-based technologies such as “machine learning”, “logic and knowledge-based systems” and “statistical approaches, Bayesian estimation, search and optimisation methods”¹¹ which will certainly be applicable across multiple AI applications to healthcare practices and clinical research.

Therefore, this article will focus on the AIA proposal and its potential to support and nourish the protection of fundamental human rights, as well as the use of patient-centric technology in clinical research. The authors will compare the general principles laid out in the AIA and in the “Clinical Trial Regulation (EU No. 536/2014) on clinical trials on medicinal products for human use” (CTR) in order to evaluate what the proposed AI regulation will bring to multiple stakeholders – including sponsors, investigators, patients and society at large – in the clinical research field. This will be achieved by showing where these two regulatory documents support each other, where they drift apart, and whether there are gaps or dissonance between the requirements for clinical research. The authors will employ the

⁸ EUROPEAN COMMISSION, Artificial Intelligence Act, 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 § (2021), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-205836026>. (last visited 29/08/2021).

⁹ CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, *Official Journal of the European Union* 326, no. 26.10.2012 (2012): 391–407, http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj. (last visited 24/03/2022).

¹⁰ EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, Initial Appraisal of a European Commission Impact Assessment: Artificial Intelligence Act, vol. July, 2021. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694212/EPRS_BRI\(2021\)694212_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694212/EPRS_BRI(2021)694212_EN.pdf). (last visited 29/08/2021).

¹¹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *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 - Presidency Compromise Text*.



following research methods to evaluate potential future legislation affecting the crossover of AI and clinical research: 1) document analysis, both of the proposed AIA and of the already-adopted CTR that has been in effect since 31 January 2022; 2) comparative research of the above mentioned legislative documents, investigating the core principles and main aims laid out in them; 3) deductive and inductive reasoning, to evaluate and generalise the future impact of the proposed AI regulation on the clinical research landscape in the EU.

The main areas of the application of AI to clinical research were identified using both scientific literature and that of the clinical research industry. As such, the following groups of AI use were established: basic administrative and operational support; study design; investigator site identification; patient recruitment; early-stage disease studies; clinical monitoring; pharmacovigilance; *in silico* modelling; decentralised/remote clinical trials; and enhanced patient diversity, inclusion, and representation in clinical trials. Table 1 provides a description of the above-listed activities, specifying what they entail when conducting clinical research. Each AI application group is preliminary evaluated for its risk level as follows, as per the AIA: unacceptable risk; high risk; and low or minimal risk. The core guiding principles found in the AIA and the CTR that govern the above AI groups are also listed in Table 1.

2. The current regulatory landscape for conducting clinical trials in the EU

At the time of writing this article, there were 386 583 research studies taking place in 219 countries listed in the US National Library of Medicine Clinical Trials Registry.¹² The EU Clinical Trials Register displayed 40 324 clinical trials taking place in the EU member states and in the European Economic Area (EEA).¹³ In the EEA, approximately 4 000 clinical trials are authorized every year, with each trial taking place in an average of two Member States, and with 61% of clinical trials sponsored by the pharmaceutical industry and 39% by non-commercial sponsors.¹⁴

Clinical trials take many years to complete, which, in a commercial setting, usually means collecting enough data to be able to demonstrate the safety, efficacy, and effectiveness of a new medicinal product, procedure, intervention, or medical device in order to apply for marketing authorization rights in a desired jurisdiction. In addition to scientific hurdles, operational and administrative processes can significantly affect the time it takes to complete a clinical trial. Therefore, the regulatory landscape is very important when selecting countries for conducting global, multi-centre clinical trials. The EU has a large population of potential clinical trial participants and well-established public healthcare sectors, which are attractive to commercial clinical trial sponsors. Nevertheless, the recent regulatory landscape, as directed by Clinical Trials Directive 2001/20/EC,¹⁵ has become difficult to navigate because of the different requirements in each Member State. This has made obtaining regulatory and ethics approvals to conduct clinical trials in the EU time-consuming and costly due to each Member State

¹² US NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE, *Clinical Trials Registry*, <https://clinicaltrials.gov> (last visited 29/08/2021).

¹³ EUROPEAN MEDICINES AGENCY, *EU Clinical Trials Register*, <https://www.clinicaltrialsregister.eu/ctr-search/search>. (last visited 29/08/2021).

¹⁴ EUROPEAN MEDICINES AGENCY, *Clinical Trials in Human Medicines, 2021*, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/clinical-trials-human-medicines>.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, "Clinical Trials - Directive 2001/20/EC" (2001), https://ec.europa.eu/health/human-use/clinical-trials/directive_en. (last visited 29/08/2021).



having their own processes and requirements for conducting clinical trials, and then making approval decisions in isolation from each other.¹⁶ While Clinical Trials Directive 2001/20/EC presented some key improvements in patient safety, ethical soundness, and data reliability, it quickly became one of the most-criticised legislative documents. These critiques came from multiple stakeholders, including patients, industry, and academic researchers. The EU Monitor reports that following the implementation of Clinical Trials Directive 2001/20/EC the administrative costs for non-commercial clinical trial sponsors increased by 98%, industry sponsors faced an 800% increase in insurance fees, and the average delay for launching a clinical trial increased by 90% (or 152 days). Subsequently, the number of applications to conduct clinical trials in the EU decreased by 25% between 2007 and 2011.¹⁷

The above concerns led to the creation of the Clinical Trial Regulation (EU No. 536/2014), which was adopted by the European Commission on 16 April 2014 and was set to replace the still-applicable Clinical Trials Directive 2001/20/EC (until the end of transition period for CTR scheduled 31 January 2023), with the ambition of streamlining the clinical trials approval process. Its application, however, was significantly delayed while the functionality of the EU-wide Clinical Trials Information System (CTIS) was established, tested, audited, and released.¹⁸ Problems were identified even before the adoption of Regulation EU No. 536/2014, citing the complexity of EU jurisdiction in relation to national jurisdictions and the challenges of cultural aspects shaping national clinical trial landscapes.¹⁹ As predicted, the Clinical Trial Regulation (EU No. 536/2014) only came into effect on 31 January 2022 – almost ten years after its adoption. Nevertheless, it is likely to be faced with new problems arising from the use of new technological developments in clinical research.

The core focus of the Clinical Trial Regulation (EU No. 536/2014) is on administrative aspects surrounding the clinical trials approval system in the EU while ensuring the safety, dignity, and wellbeing of clinical research participants and the reliability and robustness of collected data. The proposed AIA has the potential to support this by laying out the regulatory framework for how technology can be used to support administrative processes.

Both the Clinical Trial Regulation (EU No. 536/2014) and the Artificial Intelligence Act, which is likely to be adopted as a Regulation, are of note here. The latter will have to work in concert with the General Data Protection Regulation (EU 2016/679) (GDPR), which was adopted on 14 April 2016 and came into effect on 25 May 2018. The GDPR (EU 2016/679) was not designed specifically for clinical trials, but its requirements govern clinical research activities in all Member States and set out the legally binding obligations of clinical trial sponsors and contract research organizations (CROs) who process the personal data of clinical trial participants who reside in the EU. The GDPR (EU 2016/679) has been seen as

¹⁶ EU MONITOR, *Explanatory Memorandum to COM(2012)369 - Clinical Trials on Medicinal Products for Human Use*, 2012, https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdjdk3hydza_j9vvik7m1c3gyxp/vj19rqf41bwf. (last visited 29/08/2021).

¹⁷ EU MONITOR, *Explanatory Memorandum to COM(2012)369 - Clinical Trials on Medicinal Products for Human Use*, 2012.

¹⁸ EUROPEAN MEDICINES AGENCY, *Clinical Trials in Human Medicines*.

¹⁹ S. ATZOR, S. GOKHALE, M. DOHERTY, *Will the EU Clinical Trials Regulation Support the Innovative Industry in Bringing New Medicines Faster to Patients?*, in *Pharmaceutical Medicine* 27, 2, 2013, 75–82. <https://doi.org/10.1007/s40290-013-0012-8>.



a trailblazer for regulating AI applications in the clinical field,²⁰ but also suggests that the specificities of the rights of minors are taken into account as well as the complexity created by the participation of pregnant women in clinical trials, especially if they are minors.²¹ It can be considered that the GDPR has imposed very important rights-based regulations that have been adopted by leading technology companies worldwide by making data protection a market label and the centre of their businesses.

It is essential to note that the GDPR is one of the core legislative documents influencing the governance of technology use and the conduct of clinical research in the EU. Therefore, the protection of human rights is ensured organically across EU legislation in line with the fundamental rights protected by the EU Charter of Fundamental Rights. The protection of the fundamental rights is not only relevant in regards to privacy and personal data protection. It is also essential when classifying AI systems as high-risk, because these rights include: the right to human dignity; respect for private and family life; the protection of personal data; consumer protection; the rights of persons with disabilities; the right to health and safe medical interventions.²² Multiple harms can occur when privacy and data protection requirements are violated, especially when sensitive health data is fed into technological applications. There are many examples where technological applications fail to protect user privacy and adhere to data protection requirements – such as the Grindr dating app sharing information about their users' HIV status, or the Royal Free Hospital in the UK transferring hospital records to Google DeepMind without informing patients. Even well-intentioned technological interventions can have negative consequences on the data of subjects, such as applications tracking and escalating users' suicidal thoughts based on social media posts, or pharmacy users being targeted by marketing companies.²³

2.1. The application of artificial intelligence to clinical research: stakeholder expectations

The key difficulties in setting up a clinical trial are: finding and contracting investigator sites with access to the patient population that meets the study protocol's inclusion criteria; and having enough patients enrolled within the desired timeline. Delays in patient recruitment timelines result in clinical trial cost increases, and sometimes lead to early trial termination due to low patient enrolment.²⁴ Therefore, continuous attempts have been made to optimise clinical trial design, analyse data,²⁵ and enhance patient recruitment through digital advertising outlets that can yield good results for the direct-to-

²⁰ M. BOURASSA FORCIER ET AL., *Integrating Artificial Intelligence into Health Care through Data Access: Can the GDPR Act as a Beacon for Policymakers?*, in *Journal of Law and the Biosciences* 6, 1, 2019, 317–35. <https://doi.org/10.1093/jlb/lz013>.

²¹ H. W. DALRYMPLE, *The General Data Protection Regulation, the Clinical Trial Regulation and Some Complex Interplay in Paediatric Clinical Trials*, in *European Journal of Pediatrics* 180, 5, 2021, 1371–79. <https://doi.org/10.1007/s00431-021-03933-3>.

²² COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION; CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION.

²³ MEDCONFIDENTIAL, *Major health data breaches and scandals*, accessed March 24, 2022, <https://medconfidential.org/for-patients/major-health-data-breaches-and-scandals/>. (last visited 24/03/2022)

²⁴ O. JOHNSON, *An Evidence-Based Approach to Conducting Clinical Trial Feasibility Assessments*, in *Clinical Investigation* 5, 5, 2015, 491–99. <https://doi.org/10.4155/cli.14.139>.

²⁵ D. KELLY, A. SPREAFICO, L. L. SIU, *Increasing Operational and Scientific Efficiency*, in *Clinical Trials in British Journal of Cancer* 123, 8, 2020, 1207–8. <https://doi.org/10.1038/s41416-020-0990-8>; M. LIU ET AL., *Innovative Trial Designs and Analyses for Vaccine Clinical Development*, in *Contemporary Clinical Trials* 100, January 2021, 106225. <https://doi.org/10.1016/j.cct.2020.106225>.



patient advertising of clinical trials depending on the indication and regulatory landscape.²⁶ It is expected that AI will help to decentralise clinical trials, bringing them to patients who would otherwise not have access to clinical research centres. Nevertheless, there must be agreement regarding the protection of fundamental rights between patients, investigator sites, and sponsors, with scientific and financial incentives provided for local and regional investigator sites to carry out high-quality research. Laboratory examinations should be formally certified so that the same methodologies and units are used and data are easily interoperable, easily accessed, or sent to the main research centre. Imaging modalities may also be decentralised, provided a standardised protocol is used for image acquisition and all exams are digitised, stored securely, anonymised, and easily accessed by the main research centre. Only essential study procedures, such as biomarker assessments or tumour biopsies, should be validated centrally for good scientific reasons. Additionally, in many countries and hospitals the delivery of cancer medication to a patient's home has been expanded to more patients, clinical conditions, and treatments as a response to the ongoing COVID-19 pandemic. While not yet generalized in clinical trials, this could be considered in the future for some oral treatments after setting up protocols for drug delivery, accountability, and compliance monitoring.

Taking into account recent developments, AI could significantly help to reshape the clinical trial design process and enhance patient selection for participation in clinical trials by quickly analysing large patient databases, identifying ideal patients that meet all trial inclusion criteria²⁷. Nevertheless, AI errors in clinical trial participants selection can lead to some potential health problems and subsequently compromise their right to health, including physical and mental wellbeing. Moreover, AI use can enable streamlining the operational processes of clinical trial management from the clinical research industry's perspective.²⁸ AI is also expected to make data collection more efficient, ensure data quality, support faster medical treatments, and hasten the development of medical devices by making the clinical research process more efficient, informative, and patient-centric.²⁹ AI has the potential for more accurate disease detection and can not only improve early diagnosis but can also help to avoid overdiagnosis, which can be just as dangerous to the patient as the disease itself.³⁰

Moreover, AI and related technologies are not only used to support clinical trial design, data processing, and operations management; AI interventions are also being tested as part of medical interventions. Such clinical trials are run to identify the safest and most effective AI applications to healthcare by testing their safety, efficacy, and patient outcomes compared to the existing standards

²⁶ M. BRØGGER-MIKKELSEN ET AL., *Online Patient Recruitment in Clinical Trials: Systematic Review and Meta-Analysis* in *Journal of Medical Internet Research* 22, 11, 2020, e22179. <https://doi.org/10.2196/22179>.

²⁷ S. HARRER ET AL., *Artificial Intelligence for Clinical Trial Design*, in *Trends in Pharmacological Sciences* 40, 8 2019, 577–91. <https://doi.org/10.1016/j.tips.2019.05.005>.

²⁸ L. GLASS, G. SHORTER, R. PATIL, *AI in Clinical Development*, 2019. <https://www.iqvia.com/-/media/iqvia/pdfs/library/white-papers/ai-in-clinical-development.pdf>. (last visited 29/08/2021).

²⁹ M. F. DOCKENDORF ET AL., *Digitally Enabled, Patient-Centric Clinical Trials: Shifting the Drug Development Paradigm*, in *Clinical and Translational Science* 14, 2, 2021, 445–59. <https://doi.org/10.1111/cts.12910>.

³⁰ G. FERRETTI, A. LINKEVICIUTE, G. BONIOLO, *Comprehending and Communicating Statistics in Breast Cancer Screening. Ethical Implications and Potential Solutions*, in *Prediction and Prognosis: Future Knowledge in Medicine* (European Association for Predictive, Preventive and Personalized Medicine), 2017, 30–41.



of care interventions. At this time, research and evidence as to whether AI interventions do improve patient outcomes and are cost-effective remain in their early stages.³¹

AI applications have great potential in streamlining data processing and operational aspects of healthcare delivery and clinical research at a low or minimal risk, as per the AIA's proposed classification of risk levels. As a result, the pharmaceutical, biotechnology, and contract research industries are working to incorporate new technologies in their workstreams to optimize clinical trial management processes by reducing the time and cost required to create, test, and bring new pharmaceutical products to the market. At this time, AI can offer the most benefit in enhancing the operational aspects of clinical trial design, investigator site identification, patient recruitment, pharmacovigilance data processing, clinical monitoring, and patient care.³² Nevertheless, the continuously increasing number of applications of automated decision-making in medicine call for regulatory guidance at the national and international levels, and regulatory proposals are watched closely by multiple stakeholders. Some professional guidelines for reporting clinical trial results involving AI have already been published.³³ The SPIRIT-AI and CONSORT-AI guidelines stress the need for data robustness and clear indications as to whether AI is being tested in an ideal environment or in real-word conditions in order to differentiate between those AI interventions which work in ideal conditions and those that can reliably be transferred to a real-word setting. Nevertheless, AI also offers an opportunity to make clinical trials cheaper, faster, safer, and easier to scale by allowing an *in silico* modelling environment, which could potentially replace the need for placebo groups in clinical trials.³⁴

2.2. The Artificial Intelligence Act: regulatory expectations

It is expected that AI technologies will be able to support the decentralisation of clinical trials, which has been accelerated by the COVID-19 pandemic. The guidance of the European Medicines Agency (EMA) for clinical trials during the COVID-19 pandemic accepts that laboratory exams, imaging, or other diagnostic tests can be performed locally, outside the research centre,³⁵ which reduces the time and cost of otherwise resource-intensive procedures. There are good reasons to keep this practice beyond the pandemic, including the lack of evidence supporting the superiority of central testing over local, at least for routine procedures. Many diagnostic exams can be performed under the same conditions in different institutions, with proper certifications, without undermining the quality of data. This patient-

³¹ H. IBRAHIM ET AL., *Reporting Guidelines for Clinical Trials of Artificial Intelligence Interventions: The SPIRIT-AI and CONSORT-AI Guidelines*, in *Trials* 22, 1, 2021, 1–5. <https://doi.org/10.1186/s13063-020-04951-6>.

³² L. GLASS, G. SHORTER, R. PATIL, *AI in Clinical Development*.

³³ IBRAHIM ET AL., *Reporting Guidelines for Clinical Trials of Artificial Intelligence Interventions: The SPIRIT-AI and CONSORT-AI Guidelines*.

³⁴ F. PAPPALARDO ET AL., *In Silico Clinical Trials: Concepts and Early Adoptions*, in *Briefings in Bioinformatics* 20, 5, 2019, 1699–1708. <https://doi.org/10.1093/bib/bby043>; A. BADANO, *In Silico Imaging Clinical Trials: Cheaper, Faster, Better, Safer, and More Scalable*, in *Trials* 22, 1, 2021, 1–7. <https://doi.org/10.1186/s13063-020-05002-w>.

³⁵ EUROPEAN MEDICINES AGENCY, *GUIDANCE ON THE MANAGEMENT OF CLINICAL TRIALS DURING THE COVID-19 (CORONAVIRUS) PANDEMIC*, Human regulatory, 2021, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compliance/good-clinical-practice#guidance-on-clinical-trial-management-during-the-covid-19-pandemic-section>. (last visited 29/08/2021).



friendly policy may reduce disparities in access to clinical trials for patients living in remote areas without immediate access to major research hospitals.

The potential impact of the AIA on the applications of AI to clinical research in the EU can be evaluated by looking at what types of clinical research activities are already, or have the potential to be, supported by AI technologies. Moreover, the regulatory impact will become clearer when actual applications of AI to clinical research are reviewed by national regulatory authorities and ethics committees. Nevertheless, some promising applications of AI to clinical research have low or minimal risk – such as basic administrative and operational support, study design, investigator site identification, early-stage disease studies, and enhanced patient diversity, inclusion, and representation in clinical trials – and will likely not require any prior approval to be used in clinical trials. This space is closely monitored by trial sponsors, clinical trial management organisations, technology companies developing and selling specific services, regulatory authorities, private and academic investigator sites, and patient organisations. Approvals for the above applications might not be required because AI technologies may be used for faster data processing, quick pattern and correlation identification, and administrative process optimisation. This is in line with the updated version of the AIA, which suggests that: “AI systems that are able to perform generally applicable functions such as image/speech recognition, audio/video generation, pattern detection, question answering, translation etc. – should not be considered as having an intended purpose [...]. Therefore, the placing on the market, putting into service or use of a general-purpose AI system, irrespective of whether it is licensed as open-source software or otherwise, should not, as such, trigger any of the requirements or obligations of this Regulation”.³⁶

Moreover, a rather fluid definition of “artificial intelligence system (AI system)” in the AIA can serve as a double-edged sword. On one hand, a broad definition of AI can encompass multiple applications of AI that the everchanging market will raise in the future, and offer regulation to protect fundamental rights. On the other hand, this can result in further disagreements and hold back innovation by creating uncertainty among developers and users due to a broad definition of an AI system, which was initially described as a “software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in the Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with”³⁷ but later specified as a system that “receives machine and/or human-based data and inputs, infers how to achieve a given set of human-defined objectives using learning, reasoning or modelling implemented with the techniques and approaches listed in Annex I, and generates outputs in the form of content (generative AI systems), predictions, recommendations or decisions, which influence the environments it interacts with”.³⁸

Under the current definition of an AI system, it is possible that even methods and systems currently in everyday use might fall under the AIA regulation in the future. Hence, the specification and addition of general-purpose AI use to the AIA text appears to make attempts to address such problems. AI techniques and approaches referred to in the above definition include machine learning approaches using a wide variety of methods such as deep learning, logic-based and knowledge-based approaches,

³⁶ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION.

³⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Artificial Intelligence Act*.

³⁸ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION.



statistical approaches, Bayesian estimation, and search and optimisation methods. This definition covers many tools already in use for clinical research management and data processing. For example, most clinical research centres have patient databases which can range from paper records to easily searchable electronic records with multiple search options. Such a simple tool has the potential to be considered an AI system and, depending on how the search function is programmed, could easily shift back and forth between the categories of low or minimal risk to high risk. Thus, classifying such uses of AI as general use could offer a solution. The overregulation of AI use would be an undesired and unintended consequence of AIA because it would complicate already-functioning systems with additional regulatory requirements.

The application of AI to clinical monitoring, pharmacovigilance, *in silico* modelling, and decentralised/remote clinical trials management has the potential to fall into the high-risk group depending on the extent to which AI technologies are chosen for use. All four areas require attention to the health and safety of clinical research participants, which AI can help to ensure by simplifying the administration and data analysis tasks. However, it can also endanger the safety of research participants and breach their fundamental rights if some safety decisions are delegated to AI systems without sufficient human oversight. The current AIA proposal is relatively obscure as far as the applications of AI to clinical research are concerned. Due to the very broad definition of an AI system, it will likely be very difficult to determine from the start of the development process of such an AI system when it is going to cross the boundary of high-risk, and when it might become an unacceptable risk. Nevertheless, such quandaries can likely be addressed by combining risk-based and rights-based approaches to the application of AIA in practice.

Furthermore, patient recruitment to clinical trials is also likely to benefit from AI technology. Hence, AI support for patient recruitment can cover all risk categories based on how AI technologies are applied, where they are used, and what is considered AI in general. There are multiple areas where the risk will be low or minimal, but the boundaries can be crossed easily where AI is used for targeted advertising based on social characteristics. For example, using AI to predict if clinical research participants will be compliant with study procedures based on their social behaviour or personality characteristics might linger between unacceptable and high risk. Restrictions on examples of the latter, such as social scoring, were limited to public authorities in the original AIA proposal, but have been updated in a subsequent version to include AI systems employed by private actors.³⁹ How the above requirement will be implemented in practice remains to be seen. Table 1 summarises the main areas of the application of AI to clinical research, core guiding principles in AIA and CTR, and the rights which might be affected by applying AI in these areas. As discussed above, the risk levels were assigned to each application area based on what each AI application is expected to deliver. For example, areas where AI is used for administrative data processing in order to make the overall processes faster were allocated to the low or minimal risk category, while clinical data processing with the intention of streamlining clinical decisions, risk, and patient safety management were put into the potentially high-risk category.

Table 1. The application of AI to clinical research: risk levels and core guiding principles in the Artificial Intelligence Act and the Clinical Trial Regulation.

³⁹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION.

Area of AI application to clinical research	Types of activities covered by this AI application	Risk level as per the Artificial Intelligence Act	Core guiding principles in the Artificial Intelligence Act	Core guiding principles in the Clinical Trial Regulation (EU No. 536/2014)	Rights affected by applying AI in this area
Basic administrative and operational support	Administrative data processing	Low or minimal risk	Accuracy, reliability, robustness, cybersecurity, transparency, accountability, democratic processes	Protection of rights	Protection of personal data, consumer protection
Study design	Scientific data processing, identifying patterns, making suggestions for the optimal study design	Low or minimal risk	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability, cybersecurity, transparency, freedom, representativeness, safety	Data reliability and robustness	Protection of personal data, rights of persons with disabilities, right to health and safe medical interventions
Investigator site identification	Administrative data processing, making suggestions for most suitable institutions	Low or minimal risk	Accuracy, reliability, robustness, cybersecurity, transparency, equality, justice, freedom, security, democratic processes, representativeness	Protection of rights	Protection of personal data, consumer protection
Patient recruitment	Personal and clinical data processing, targeted advertising, making predictions for which patients will be suitable and reliable clinical research participants	(Potentially) high risk with some unacceptable aspects	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability, cybersecurity, transparency, dignity, non-discrimination, equality, justice, freedom, security, democratic processes, representativeness, safety, fundamental rights	Protection of rights, safety, dignity and well-being	Right to human dignity, respect for private and family life, protection of personal data, consumer protection, rights of persons with disabilities, right to health and safe medical interventions
Early-stage disease studies	Personal data processing, making predictions for which patients might have early-stage diseases	Low or minimal risk	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability, cybersecurity, transparency, democratic processes,	Protection of rights, safety, dignity and well-being	Protection of personal data, rights of persons with disabilities, right to health and safe medical interventions

	which cannot be detected by human doctors		representativeness, safety		
Clinical monitoring	Administrative, personal, and clinical data processing, risk prediction, automated risk management	(Potentially) high risk	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability, cybersecurity, transparency, equality, justice, freedom, security, environmental sustainability, safety	Protection of rights, safety, dignity and well-being; Data reliability and robustness	Right to human dignity, protection of personal data, right to health and safe medical interventions
Pharmacovigilance	Administrative, personal, and clinical data processing, risk prediction, automated risk management	(Potentially) high risk	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability, cybersecurity, transparency, democratic processes, safety	Protection of rights, safety, dignity and well-being; Data reliability and robustness	Right to human dignity, right to health and safe medical interventions
<i>in silico</i> modeling	Clinical data processing, building disease models which could replace the need for the placebo arm	(Potentially) high risk	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability, cybersecurity, transparency, democratic processes, environmental sustainability, representativeness, safety	Protection of rights, safety, dignity and well-being; Data reliability and robustness	Protection of personal data, consumer protection, workers' rights, rights of persons with disabilities, right to health and safe medical interventions
Decentralised/remote clinical trials	Administrative, personal, and clinical data processing, risk prediction and management	(Potentially) high risk	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability, cybersecurity, transparency, equality, justice, democratic processes, environmental sustainability, safety, fundamental rights	Protection of rights, safety, dignity and well-being; Data reliability and robustness	Right to human dignity, protection of personal data, consumer protection, workers' rights, rights of persons with disabilities, right to health and safe medical interventions
Enhanced patient diversity, inclusion, and	Personal and clinical data processing,	Low or minimal risk	Accuracy, reliability, interpretability, robustness, accountability,	Protection of rights, safety, dignity and well-being	Respect for private and family life, protection of personal data,

representation in clinical trials	targeted advertising		cybersecurity, transparency, dignity, non-discrimination, equality, justice, democratic processes, freedom, security, representativeness, safety, fundamental rights		consumer protection, rights of persons with disabilities, right to health and safe medical interventions
-----------------------------------	----------------------	--	--	--	--

3. The co-existence of the Clinical Trials Regulation (CTR) and the Artificial Intelligence Act (AIA)

The goal of Clinical Trials Regulation (EU) No. 536/2014 is to create an environment that is favourable to conducting clinical trials, with the highest standards of safety for clinical research participants and increased transparency of trial information, emphasising that patients' rights and interests – such as the protection of privacy, the option to withdraw from clinical trials without obligation to justify such a decision, and the safety of experimental medicinal products – should always be prioritised. The CTR requires all information stored in a database to be publicly available, unless exempted in order to protect: personal data; commercially confidential information, in particular the marketing-authorisation status of the medicine; confidential communication between Member States in the preparation of their assessment; the supervision of clinical trials by Member States. Such goals align with all of the specific objectives outlined in the AIA impact assessment, which include: ensuring safety and adherence to current rules with respect to fundamental rights and EU values; providing legal certainty and facilitating investment; enhancing governance and enforcement of existing rules; and preventing market fragmentation by facilitating a single market for lawful, safe, and trustworthy AI applications. Despite aiming to be robust, the AIA offers a flexible legal framework, adopting a risk-based regulatory approach without unnecessary restrictions to trade, innovation, or investment. This is welcome news for researchers, clinical trial managers, and administrators because it will likely allow diverse applications of AI to many different clinical research areas with further compliance requirements being provided by industry standards or technical specification documents.

On the other hand, the rules laid out in the CTR are quickly becoming outdated in light of the perspective of currently available technology, or are likely to require clarification as to what they are going to permit and how. Especially in the rapidly-developing landscape of clinical trial decentralisation, questions remain regarding, for example, electronic informed consent for participation in clinical trial: will it still be the case that using a mobile application constitutes informed consent given in writing, or will the mobile application need to have audio and video enabled features? In addition, will graphic and/or video aides replace the time spent with the clinical trial clinicians reviewing the informed consent form and getting potential clinical trial participant's questions answered. While the AIA will likely prohibit targeting potential clinical research participants based on protected characteristics – although those characteristics might be desired in the research participant pool to ensure diversity of clinical trial participants and the representation of a real-world population – as required by CTR Article 5 (b) and (c),

some types of patient recruitment activities will likely fall within the low or minimal risk category, and will help to find qualified patients in a shorter timeframe. It is possible that a rights-based approach stemming from the GDPR will lend a hand in ensuring that the fundamental rights of clinical research participants are protected.

It is also likely that multiple AI applications that fall within the low or minimal risk category will support the implementation of the requirements laid out in the CTR by making its application across the EU feasible. Nevertheless, the CTR does not specifically address how new technological developments should be handled other than to state that those technological developments should be taken into consideration. Similarly, the AIA does not specifically lay out any rules for the application of AI to clinical trials. Therefore, it is only possible to compare the co-existence of these two documents through the lens of the general principles found in both of them. Both documents are expected to support each other horizontally, which appears possible due to the similarity of the general principles listed in each of them.

The AIA appears to endorse a values-based approach to the AI regulation, which stresses the importance of human dignity, equality, human rights, and the rule of law embedded in the EU Charter of Fundamental Rights. The CTR also stresses the importance of the rights, safety, dignity, and well-being of clinical research participants and the availability of reliable and robust clinical research data which echoes the privacy and data protection requirements laid out in the GDPR. Clinical researchers are already familiar with a similar set of values expressed through the principles of biomedical ethics, including: respect for personal autonomy, non-maleficence, beneficence, and justice.⁴⁰ While it remains to be seen how the AIA will function in practice, a flexible, risk-based approach to AI regulation will allow the rapid application of AI technologies across a wide spectrum of clinical research activities. Therefore, as much as AI has a potential to streamline some clinical research processes, it potentially will pose some challenges because its risk level can depend on how and with what purpose AI tools are used.

Despite the overlapping principles which correspond seamlessly to fundamental EU values, some concerns remain, especially in relation to the definition of what will be considered an AI system to which the rules laid out in the AIA will apply. However, it appears that efforts are being made to clarify the definition of an AI system to limit the broad application of AIA by allowing general-use AI systems to function without the obligations laid out in the AIA. A broad definition of an AI system has the potential to engulf many aspects of everyday data processing under the AIA requirements, which could compromise the aim of the AIA to create a competitive market place, facilitate innovation and investment, and ensure legal certainty. Were the definition of an AI system to remain as broad as it is in the initial proposal, it is possible that additional compliance costs and administrative burdens would make the EU less attractive to investors and businesses alike, not only stagnating innovation and the development of AI tools but also making it more difficult to stay compliant when using existing tools which ease the burden of administrative and data processing tasks in clinical research.

⁴⁰ T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 8th edition New York, 2019.



While patient safety, health, and privacy are key aspects to be protected by regulators, some authors suggest that there should be a careful balance between the latter and progress in innovation.^{41,42} The AIA demonstrates an intent to support technological innovation by balancing the protection of fundamental rights and supporting the creation of a competitive single market for AI products, and the CTR is aimed at easing the administrative burden when submitting regulatory applications for clinical trial approvals.

After this initial evaluation, the AIA and the CTR do appear to support each other and do not display obvious gaps or dissonance in what they require from clinical research stakeholders. However, problematic aspects of implementing the requirements of both documents will likely become more apparent once they both fully come into effect. The most significant pitfall appears to be lurking in the definition of AI systems as currently worded in the AIA, which could compromise the intention to have a flexible, risk-based regulatory framework for lawful, safe, and trustworthy AI applications. Nevertheless, this definition could also act a safeguard for protecting fundamental rights across a wide range of future developments.

In addition, it remains to be seen how well it is possible to balance economic interests driven by innovation and the need to remain competitive on a global scale against patient and public trust in AI technologies. Would patients agree to take part in clinical trials where AI plays a role beyond administrative efficiency and data processing? Will there be enough qualified patients agreeing to take part in clinical trials to adequately test AI interventions? Such research is still in its infancy, but most recent scholarly contributions suggest that patients should have the right to reject diagnostic decisions made by AI and seek a second opinion from a human doctor.⁴³ The latter would be in line with their fundamental rights, as outlined in the EU Charter of Fundamental Rights.

4. Conclusions

Harmonized regulation on the use of AI in clinical research is eagerly awaited by all stakeholders because it will help to ensure that AI technologies are safe and trustworthy, support innovation and investment in the EU market, and provide some legal certainty for businesses working to make clinical trials faster, cheaper, and more efficient. This, ultimately, will benefit both patients and the general public. This comparative analysis shows that the proposed Artificial Intelligence Act and the Clinical Trials Regulation are likely to work in concert and supplement each other in clinical research regulation in the EU, based on overlapping or corresponding principles referenced by each document. It is also likely that multiple AI applications falling within the category of low or minimal risk will support the implementation of requirements laid out in the Clinical Trials Regulation by making the application of AI feasible across the EU.

⁴¹ I.G. COHEN ET AL., *The European Artificial Intelligence Strategy: Implications and Challenges for Digital Health*, in *The Lancet Digital Health* 2, 7, 2020, 376–79, [https://doi.org/10.1016/S2589-7500\(20\)30112-6](https://doi.org/10.1016/S2589-7500(20)30112-6).

⁴² G. MALIHA et al., *Artificial Intelligence and Liability in Medicine: Balancing Safety and Innovation*, in *The Milbank Quarterly* 99, 3, 2021, 629–47, <https://doi.org/10.1111/1468-0009.12504>.

⁴³ T. PLOUG, S. HOLM, *Right to Contest AI Diagnostics*, in *Artificial Intelligence in Medicine*, 2021, 1–12. https://doi.org/10.1007/978-3-030-58080-3_267-1.





The current Artificial Intelligence Act proposal is relatively obscure as far as the applications of AI to clinical research are concerned. Due to the relatively broad definition of an AI system, it will likely be very difficult to determine during the process of developing AI systems when they cross the boundaries of high-risk, and when they might bear an unacceptable risk. There are signs that this will be addressed in the forthcoming revisions of the AIA, which weather down the concern of this being a potential obstacle for meaningful implementation and the creation of a competitive marketplace for artificial intelligence products in the EU. Overlapping principles which correspond seamlessly to the fundamental EU values will help to ensure that fundamental rights are protected.

Furthermore, limitations related to the different health systems and cultural components of national jurisdictions in different EU countries will likely continue to be a hurdle for legal certainty where regulatory and ethics approvals for clinical trial conduct are concerned. This is because the Clinical Trials Regulation offers a unified system for processing clinical research approvals but does not impose that each Member State should take the same decision when reviewing national applications to conduct clinical research. Therefore, national differences will likely remain in regards to which clinical trials are issued approvals, and possibly even which AI systems are permitted due to the easy shift between risk levels outlined in the Artificial Intelligence Act that is currently possible. However, well-established GDPR practices cementing rights to privacy and personal data protection have the potential to support and enforce the seamless application of the requirements of both the CTR and the AIA.

