



BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

3

22



Saggi e commenti || Healthcare data
Diritti riproduttivi e IVG
AI & Law || AI and justice in China

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 Henneville-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, Giulia Formici, 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.

October 2022

ISSN 2284-4503

© Copyright 2022



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy

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

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

In collaborazione con



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

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 3/2021

Table of contents

Due anni di COVID-19: cosa abbiamo imparato sul tema “Proprietà intellettuale e vaccini?”	1
<i>Nicola Lucchi</i>	

ESSAYS – SAGGI

Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense	5
<i>Laura Fabiano</i>	
Access to genetic resources between biodiversity protection and intra-generational solidarity	67
<i>Rossana Pennazio</i>	
Big healthcare data sets: circolazione e nuove forme di appartenenza	85
<i>Elisabetta Errigo</i>	

PERSPECTIVES – PROSPETTIVE

38th Annual Meeting of the European Society of Human Reproduction and Embryology: i principali temi della medicina riproduttiva al crocevia tra scienza, etica e diritto	111
<i>Tullia Penna</i>	
Medical involvement in procreation in Greek Law	129
<i>Andreas-Nikolaos Koukoulis</i>	

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW

Disciplina dell’intelligenza artificiale e intelligentizzazione della giustizia in Cina	139
<i>Ivan Cardillo</i>	
Creative AI: The Complex Relationship between Human Inventiveness and Intellectual Property	169
<i>Migle Laukyte, Nicola Lucchi</i>	

Due anni di COVID-19: cosa abbiamo imparato sul tema “Proprietà intellettuale e vaccini?”

Nicola Lucchi

Due anni fa, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) dichiarava il COVID-19 una pandemia. Da allora, milioni di vite in tutto il mondo sono andate perdute e la nostra esistenza quotidiana è stata sconvolta. Alcuni paesi stanno ora riguadagnando un certo grado di normalità anche grazie ai vaccini, sebbene permanga la minaccia di altre pericolose ondate della malattia indotte dalle varianti.

Tutto considerato, in questo secondo anniversario, è dunque opportuno riflettere su alcuni aspetti in tema di proprietà intellettuale ed efficacia dei vaccini che avremmo dovuto aver imparato nel corso della pandemia.

Il paradigma di sviluppo del vaccino anti-Covid è stato trasformato per le emergenze e, potenzialmente, anche per altro. A distanza di due anni, è facile dimenticare quanto sia stato straordinario lo sviluppo dei vaccini COVID-19. Il passaggio temporale da una sequenza genomica all'autorizzazione di un vaccino COVID-19 da parte di rigorose autorità di regolamentazione ha infranto tutti i record di velocità precedenti. Inoltre, la scienza biomedica ha fornito diversi vaccini con un'elevata efficacia e un forte profilo di sicurezza generale. L'asticella si è dunque alzata e ora si discute seriamente sulle modalità con le quali ridurre il tempo dal sequenziamento delle varianti all'autorizzazione dei vaccini in vista di una prossima minaccia.

Le debolezze sin qui riscontrate nella produzione di vaccini e nella loro equa distribuzione richiederanno perciò un cambiamento sistemico. Nonostante i successi della ricerca e nello sviluppo dei vaccini anti-Covid, si sono infatti riscontrate persistenti disuguaglianze nell'accesso ai sieri e nella loro conseguente utilizzazione. L'allocazione dei vaccini è invece una questione assai importante, così come lo è la produzione. Un aumento significativo della capacità globale di produzione di vaccini aiuterebbe a garantire un loro rapido utilizzo per un maggior numero di persone, ma occorre altresì che essi siano resi disponibili su larga scala. Le nazioni a basso reddito stanno perciò pianificando di sviluppare le proprie capacità locali in modo da dipendere in minor misura dagli accordi globali in materia e dalle lunghe catene di approvvigionamento durante un'eventuale prossima crisi.

La ricerca e lo sviluppo di un vaccino efficace, approvato da diverse autorità sanitarie nazionali e sovranazionali entro poco tempo dalla comparsa del COVID-19, rappresentano comunque un risultato eccezionale. Tuttavia, c'è ancora un notevole disaccordo tra i Paesi e le varie organizzazioni internazionali sui modi con cui facilitare la rapida diffusione e la distribuzione su larghissima scala dei vaccini in tempi ragionevoli. Solo questo consente e consentirà di immunizzare la popolazione a livello globale.

La messa in pratica delle campagne di vaccinazione contro il COVID-19 è il prodotto di anni di studi scientifici e di cooperazione internazionale. L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), la Global Vaccine Alliance (GAVI), la Coalition for Epidemic Preparedness and Innovation (CEPI) e l'UNICEF, uno dei principali partner di consegna, hanno così dato vita a COVAX¹ per garantire l'ac-

¹ COVID-19 Vaccines Global Access (COVAX) alla url <https://www.gavi.org/covax-facility>.

cesso universale al vaccino COVID-19. In particolare, tale organizzazione sta lavorando per un accesso equo in tutto il mondo alle vaccinazioni COVID-19. L'obiettivo di COVAX è migliorare significativamente la produzione di vaccinazioni efficaci, tenendo altresì conto dell'esigenza che siano distribuite in modo equo.

Tuttavia, nonostante gli sforzi globali ed il programma per la distribuzione equa dei vaccini contro Covid-19 attraverso COVAX, la loro messa a disposizione ha mostrato chiaramente una differenza tra quanto accaduto nei Paesi del primo mondo e in quelli cd. in via di sviluppo. Alla data del 27 Settembre 2022, risulta che solo il 22,6% della popolazione nei paesi a basso reddito abbia ottenuto almeno una sola somministrazione del vaccino COVID-19². I modelli di distribuzione delle vaccinazioni nel mondo hanno fornito ulteriori prove di ciò che gli esperti di salute pubblica hanno più volte affermato, ovvero che esistono delle disuguaglianze sistematiche nello stato di salute della popolazione che vanno considerate del tutto ingiuste (anche in quanto biologicamente ingiustificabili) e del tutto evitabili attraverso politiche e strategie appropriate³. I fattori che causano tali condizioni sono definiti "determinanti sociali della salute" e sono costituiti (essenzialmente) dalle concrete condizioni in cui le persone nascono, crescono, vivono, lavorano e invecchiano⁴.

² Cfr. *Our World in Data. Coronavirus (COVID-19) Vaccinations*, 2021, alla url <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>.

³ M. MARMOT, *Social Determinants of Health Inequalities*, in *The Lancet*, 365, 2005, 1099.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. A.D. So, J. Woo, *Reserving Coronavirus Disease 2019 Vaccines for Global Access: Cross Sectional Analysis*, in *Brit. Med. J.*, 371, m4750, 2020, <https://doi.org.sare.upf.edu/10.1136/bmj.m4750> (gli autori forniscono una panoramica di come i paesi ad alto reddito si siano assicurati forniture future altamente

Da quanto accaduto per COVID-19 si è comunque compreso che diverse sono le cause che hanno limitato la fornitura globale di vaccini, incluso l'acquisto di dosi in eccesso attraverso accordi bilaterali da parte dei paesi ad alto reddito⁵. Un altro fattore limitante a livello internazionale è la capacità industriale di aumentare la produzione di vaccini sicuri. I diritti di proprietà intellettuale sono infatti detenuti da un piccolo numero di società farmaceutiche e protetti dall'Organizzazione mondiale del commercio attraverso gli accordi TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)⁶. Lo stesso accordo TRIPS consente, ma non impone, licenze obbligatorie in taluni specifici casi⁷. Le licenze obbligatorie, sebbene invocate solo raramente, potrebbero essere in teoria uno strumento utile relativamente alla diffusione dei vaccini COVID-19⁸. La licenza obbligatoria consente infatti al governo di un paese di utilizzare un prodotto già brevettato senza ottenere il permesso dal titolare del brevetto stesso. Alcuni criteri limitano la portata della licenza obbligatoria; ad esempio, le licenze obbligatorie rilasciate per combattere una emergenza nazionale – come una pandemia globale – rimangono in vigore solo fino al superamento dell'emergenza stessa.

Dopo sostanziali pressioni, un certo numero di paesi, inclusi gli Stati Uniti, ha chiesto la sospensione dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini COVID-19 per consentire la produzione di

sproporzionate di vaccini COVID-19 mentre l'accesso per il resto del mondo è rimasto incerto).

⁶ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Apr. 15, 1994, *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, Annex 1C, Legal Instruments--Results of the Uruguay Round vol. 31, 33 I.L.M. 81 (1994).

⁷ *Ibidem*, art. 31 and 31-bis.

⁸ Cfr. L. DAVIES, *Compulsory licensing: an effective tool for securing access to Covid-19 vaccines for developing states?*, in *Legal Studies*, 1, 2022.

vaccini in più strutture ed in più località del mondo⁹. La spinta alla base di questa azione è ovviamente quella di garantire che ci siano forniture adeguate di vaccini ad un costo ragionevole per tutti i paesi. Un risultato utile anche per chi in Paesi non vivi, posto che le varianti non conoscono confini.

Il 17 giugno 2022, i membri dell'OMC – dopo un anno e mezzo di intenso dibattito – hanno finalmente adottato una deroga all'Accordo TRIPS che consente la sospensione del brevetto relativo alla pandemia di COVID-19¹⁰. Tale decisione è stata tuttavia fortemente criticata perché, invece di introdurre una vera e propria sospensione dei diritti di proprietà intellettuale, si limita a fornire dei semplici chiarimenti alle attuali forme di “flessibilità” nella distribuzione dei sieri ed introduce soltanto un'eccezione ai limiti all'esportazione dei vaccini Covid-19 per la durata di cinque anni¹¹.

Non va tuttavia dimenticato che i vaccini mRNA dipendono da altri brevetti.

Ad esempio, i lipidi necessari per trasportare le particelle di mRNA sono essi stessi protetti da brevetti¹². Ci si chiede quindi perché i titolari di tali brevetti dovrebbero rinunciare ai loro diritti, posto che questi lipidi hanno anche altri rilevanti utilizzi pratici. Inoltre, accanto ai brevetti, si colloca anche una grande quantità di know-how che non è certo protetto da brevetti, ma è comunque necessario per arrivare ad una produzione industriale di vaccini. Questo know-how non sarà certamente concesso gratuitamente.

Se dunque c'è una lezione che possiamo imparare dalla pandemia di COVID-19 è che è giunto quanto meno il momento di migliorare l'uso delle licenze obbligatorie nelle emergenze di salute pubblica, rivisitando l'utilità e la funzione degli articoli 31 e 31-bis dell'accordo TRIPS¹³. La licenza obbligatoria può infatti essere vista, anche nel quadro della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, come uno strumento assai significativo per migliorare l'accesso alle cure mediche¹⁴. Oggi, infatti, questo

⁹ Cfr. N. KARAVIDA et al., *Patent Rights and Wrongs in the COVID-19 Pandemic: EU and U.S. Approaches to Compulsory Licensing*, in *IP Watchdog*, May 19, 2020, <https://www.ipwatchdog.com/2020/05/19/patent-rights-wrongs-covid-19-pandemic-eu-u-s-approaches-compulsory-licensing/id=121709>; A. MAXMEN, *In Shock Move, US Backs Waiving Patents on COVID Vaccines*, in *Nature*, 600, May 6, 2021; T. Kaplan et al., *Taking 'Extraordinary Measures,' Biden Backs Suspending Patents on Vaccines*, in *The New York Times*, May 5, 2021.

¹⁰ Cfr. WTO Ministerial Decision of 17 June 2022 (WT/MIN(22)/W/15/Rev.2) alla url <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/W15R2.pdf>.

¹¹ Y. VAWDA et al., *New WTO deal is a slap in the face for poorer countries*, in *news24*, June 18, 2022, alla url <https://www.news24.com/fin24/opinion/opinion-new-wto-deal-is-a-slap-in-the-face-for-poorer-countries-20220618>; Amnesty International, *Covid-19: WTO ministerial decision on TRIPS Agreement fails to set rules that could save lives*, June 17, 2022, alla url

<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/06/covid-19-wto-ministerial-decision-on-trips-agreement-fails-to-set-rules-that-could-save-lives/>; F. HASSAN, *A New and Weak WTO Deal on TRIPS is Not Fit for Purpose*, in *Think Global Health*, July 1, 2022, alla url <https://www.thinkglobalhealth.org/article/new-and-weak-wto-deal-trips-not-fit-purpose>.

¹² Cfr. X. HOU, T. ZAKS, R. LANGER, et al., *Lipid nanoparticles for mRNA delivery*, in *Nat Rev Mater*, 6, 2021, 1078–1094.

¹³ Cfr. E. BONADIO, A. BALDINI, *COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11, 390, 2020; G. MAZZIOTTI, *Proprietà intellettuale e vaccini: l'Ue deve uscire dall'immobilismo*, in *MicroMega*, 18 Maggio 2021, alla url <https://www.micromega.net/proprietà-intellettuale-e-vaccini-unione-europea/>.

¹⁴ Cfr. L. DAVIES, *op. cit.* (oltre ovviamente all'art. 12 relativo al diritto alla salute sancito dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite).

diritto ha assunto un senso che procede ben oltre l'intento originario della Dichiarazione Universale, la quale mirava ad affermare il diritto di tutti ad avere accesso ai servizi sanitari e sociali di base. È quindi evidente che – come più volte ribadito da organi giurisdizionali e organismi internazionali¹⁵ – le opportune privative intellettuali, in questo settore, devono trovare un assetto giuridico funzionale ai principi generali riconosciuti dai vari ordinamenti costituzionali e dalle convenzioni internazionali in materia di diritti umani, conciliando la loro indubbia liceità (e utilità) con il rispetto dei diritti inviolabili della persona (come il diritto alla salute).

In questo fascicolo di BioLaw non si tratta tuttavia di COVID-19, anche se il tema viene intercettato in alcuni contributi. È come se gli autori si fossero presi una pausa, guardando oltre i turbamenti della pandemia che peraltro non ci siamo ancora lasciati alle spalle.

Così nella sezione “saggi”, Laura Fabiano si occupa del tema dell'aborto alla luce dell'esperienza federale statunitense; Rossana Pennazio invece interviene sull'argomento dell'accesso alle risorse genetiche e tutela della biodiversità. Elisabetta Arrigo affronta la questione della destinazione pubblica del trattamento dei dati sanitari. Nella sezione “prospettive”, Tullia Penna si occupa di medicina riproduttiva mentre Andreas-Nikolaos Koukoulis affronta la questione del coinvolgimento medico nella procreazione nell'ambito del diritto greco. Infine, nella sezione dedicata al rapporto tra “Intelligenza artificiale e diritto”, Ivan Cardillo si occupa di come in Cina l'intelligenza artificiale entri direttamente nel processo mentre Migle Laukyte ed il sottoscritto affrontano il tema della paternità delle invenzioni create da sistemi di intelligenza artificiale.

¹⁵ E.g. *Scarlet Extended v SABAM* (C-70/10) Nov. 24, 2011, [2012] E.C.D.R. 4; United Nations General Assembly, Human Rights Council, *Report of the Special*

Rapporteur in the Field of Cultural Rights: Patent policy and the right to science and culture, Farida Shaheed, U.N. Doc. A/70/279, 4 Aug. 2015.

Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense

Laura Fabiano*

THE STRAW THAT BROKE THE CAMEL'S BACK: ABORTION, POLITICAL POLARIZATION AND DEMOCRATIC CRISIS IN US FEDERALISM

ABSTRACT: Abortion has always been a topic of debate in the US social and legal context. This is an emblematic theme of how difficult it is to find a compromise on an ethical issue in a highly polarized society. The jurisprudential and normative approach through which the theme of the right to abortion has developed provides the researcher with many opportunities to evaluate the legal system. This article aims to trace the fundamental stages, in the American experience, of the complex and criticized jurisprudential affirmation of the right to abortion. Its purpose is to illustrate the articulated implications faced by abortion in American society. The article also examines the recent (highly controversial) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* decision by which the Supreme Court overruled *Roe v. Wade* jurisprudence.

KEYWORDS: Abortion; Supreme Court; stare decisis; overruling; political polarization

ABSTRACT: Il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza rappresenta, da sempre, nel contesto sociale e giuridico statunitense, un argomento di acceso dibattito in quanto costituisce un tema emblematico della difficoltà nel raggiungere, in una società altamente polarizzata un compromesso su di un tema etico che intreccia, inevitabilmente, in qualunque tentativo di bilanciamento, diritti e valori spesso del tutto contrapposti. Il percorso giurisprudenziale e normativo attraverso il quale, nell'esperienza nordamericana, si è snodato il tema del diritto all'aborto è fra i più critici e offre allo studioso numerose occasioni di valutazione dell'ordinamento sotto diversi punti di vista. Il presente contributo si propone di ripercorrere le tappe fondamentali, nell'ambito dell'esperienza statunitense, della complessa e criticata affermazione giurisprudenziale del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza illustrando gli articolati risvolti con il quale esso si confronta nella società americana la quale, nell'attuale fase di grave polarizzazione politica e sociale del Paese, esaspera i conflitti ideologici e rinnova tensioni sociali storiche evidentemente non ancora del tutto pacificate finendo, peraltro, per produrre un'alterazione nei ruoli e nei rapporti istituzionali fra i poteri.

* Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari "A. Moro". Mail: laura.fabiano@uniba.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Corte Suprema; stare decisis; overruling; polarizzazione

SOMMARIO: 1. Il diritto all'aborto nell'ordinamento costituzionale e nel contesto sociale statunitense: cartina tornasole (e detonatore) delle tensioni politiche del Paese – 2. Dalla *privacy* all'aborto: il lungo percorso di affermazione giurisprudenziale dell'illegittimità del divieto assoluto di interruzione volontaria della gravidanza – 3. La vocazione liberale del diritto all'aborto: la giurisprudenza sul divieto di utilizzo dei finanziamenti federali e statali per il sostegno all'esecuzione di pratiche abortive e la decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* – 4. Il *Casey standard* e le normative statali: *TRAP*, *Trigger* e *Zombie Laws* – 5. Gli *Unborn Child Rights*: la normativa e la giurisprudenza sulle modalità di esecuzione dell'aborto nel *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003 ed *l'Unborn Victims of Violence Act* del 2004 – 6. *L'Heartbeat Law* texana e le strategie applicative finalizzate ad aggirare la giurisdizione della Corte suprema – 7. La dottrina dello *stare decisis et non quiescere* nella giurisprudenza costituzionale statunitense – 8. La Corte suprema nel progressivo processo di polarizzazione della politica americana – 9. Il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, lo scandalo della pubblicazione della bozza della decisione e *l'overruling* dei precedenti giurisprudenziali sul diritto all'aborto – 10. Le implicazioni della decisione *Dobbs* nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh – 11. I compromessi possibili nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts – 12. L'aspra denuncia di sovvertimento della Costituzione nella *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor – 13. La *concurring opinion* del giudice Clarence Thomas: il ripudio del *substantive due process* e la crisi della funzione contromaggioritaria della Corte suprema – 14. La decisione *Dobbs*, il confederalismo dei diritti e le ricadute sulla forma di Stato statunitense.

1. Il diritto all'aborto nell'ordinamento costituzionale e nel contesto sociale statunitense: cartina tornasole (e detonatore) delle tensioni politiche del Paese

Il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza rappresenta, da sempre, nel contesto sociale e giuridico statunitense, un argomento di acceso dibattito in quanto costituisce un tema emblematico della difficoltà nel raggiungere, in una società altamente polarizzata (quale è certamente il contesto statunitense)¹ un compromesso su di un tema etico² che intreccia, inevitabilmente, in qualunque tentativo di bilanciamento³, diritti e valori spesso del tutto contrapposti⁴.

Il percorso giurisprudenziale e normativo attraverso il quale, nell'esperienza nordamericana, si è snodato il tema del diritto all'aborto è fra i più critici e offre allo studioso numerose occasioni di valutazione dell'ordinamento sotto diversi punti di vista: la portata delle clausole costituzionali, la tenuta delle tecniche interpretative giurisprudenziali e del principio dello *stare decisis*, la dinamica dei rapporti intercorrenti fra potere giudiziario e potere legislativo, le caratteristiche operative del federalismo.

¹ Cfr. J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford—New York NY, 2020; C. HARE, K.T. POOLE, *The Polarization of Contemporary American Politics*, in *Polity*, 46, 3, 2014, 411 ss.; G. HELTZEL, K. LAURIN, *Polarization in America: two possible futures*, in *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 34, 2020, 179 ss.

² Sul punto C. CASONATO, *Biodiritto e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI (a cura di), *Biodiritto in Dialogo*, Padova, 2006.

³ Sul tema, in generale G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1, 2006.

⁴ Cfr. S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.



Il tema è caratterizzato da una giurisprudenza della Corte suprema articolata ed in continua evoluzione, connotata da decisioni adottate da collegi decidenti spesso spaccati e da sentenze corredate da numerose opinioni concorrenti ed infuocate opinioni dissenzienti. A tale presupposto si associa una corposa attività legislativa statale e del Congresso federale finalizzata (perlopiù⁵) a circoscrivere la portata della giurisprudenza della Corte suprema ed inevitabilmente destinata ad alimentare, ogni volta, il contenzioso giurisprudenziale oltre che il dibattito in seno all'opinione pubblica⁶.

Il presente contributo si propone di ripercorrere le tappe fondamentali, nell'ambito dell'esperienza statunitense, della complessa e criticata affermazione giurisprudenziale del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza illustrando gli articolati risvolti con il quale esso si confronta nella società americana la quale, nell'attuale fase di grave polarizzazione politica e sociale del Paese, esaspera i conflitti ideologici e rinnova tensioni sociali storiche evidentemente non ancora del tutto pacificate (la questione femminile, il conflitto razziale, l'irrisolto dibattito sui c.d. *reproductive rights*, il fondamentalismo protestante, la differenziazione territoriale) finendo, peraltro, per produrre un'alterazione nei ruoli e nei rapporti istituzionali fra i poteri (in senso tanto orizzontale quanto verticale)⁷.

Emblematico esempio di tale stato delle cose è rappresentato dalle particolari vicende che hanno riguardato, in anni recenti, le nomine e le conferme alla Corte suprema⁸ in occasione delle quali non sembra un caso che gli *hearings* al Senato si siano spesso concentrati su tematiche apparentemente formalistiche (quali il punto di vista del giudice nominando sul principio dello *stare decisis* e sulle teorie e sulle tecniche dell'*overruling*) ma, nei fatti, di grande sostanza attenendo, invero, al modo in cui

⁵ A fronte della progressiva erosione della giurisprudenza garantista sul diritto all'aborto, vi sono ovviamente anche normative statali orientate a garantire tale diritto. Un esempio recente è dato dal *Reproductive Freedom Defence Act* adottato dallo Stato del Connecticut il 5 maggio 2022. Il testo della normativa è reperibile all'Url: <https://www.cga.ct.gov/2022/ACT/PA/PDF/2022PA-00019-R00HB-05414-PA.PDF>; sul detto atto normativo cfr. <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/US-Connecticut-Reproductive-Freedom-Defense-Act>.

⁶ Cfr. sul tema, J. SHIMABUKURO, *Reviewing Recently Enacted State Abortion Laws and Resulting Litigation*, CRS Report LSB 10346, September 6, 2019.

⁷ La conflittualità ideologica polarizzata, impedendo la negoziazione, incide tanto sul regolare funzionamento del sistema dei *check and balances* e degli *sharing powers* (su cui il sistema ordinamentale si fonda) quanto sulla dinamica dei rapporti del *multilevel government* rischiando infine di produrre un'alterazione della forma di governo. Cfr. sul tema S. FABBRINI, *L'America e i suoi critici*, Bologna, 2005.

⁸ Come noto, nel 2016 il Senato ha negato il consenso alla nomina di Merrick Garland, nominato dal presidente Obama, sostenendo che la troppa ravvicinata scadenza (a otto mesi) del mandato presidenziale producesse una carenza di legittimazione del medesimo; tuttavia, qualche anno più tardi (nel 2020) tale ragionamento non è stato applicato alla nomina del giudice Amy Barrett da parte di Donald Trump il cui mandato scadeva poche settimane dopo. Già nel 2017 le vicende collegate alla nomina di un giudice alla Corte suprema avevano peraltro condotto ad assistere ad un'alterazione di tipo maggioritario quando i repubblicani hanno ottenuto la possibilità di invocare la c.d. "*nuclear option*" per la conferma dei giudici della Corte suprema (procedura espressamente vietata — nel 2013 — per l'*advice and consent* senatoriale alle nomine alla Suprema Corte). La *nuclear option* è una procedura parlamentare del Senato che in determinate circostanze può essere invocata per consentire di adottare delle decisioni a maggioranza semplice piuttosto che (come normalmente previsto) con la maggioranza qualificata dei due terzi. Sull'opzione nucleare in generale si rinvia a V. HEITSHUSEN, *Majority Cloture for Nominations: Implications and the "Nuclear" Proceedings*, CRS Report for Congress 7-5700, December 6th, 2013.

il giudice in corso di nomina intende il ruolo contromaggioritario⁹ giocato dalla suprema Corte nel sistema dei poteri¹⁰.

Ciò in quanto, nell'esperienza statunitense, l'aborto è tema, in prima battuta, certamente connesso ad un importante scontro valoriale fra sostenitori di principi ideologici contrapposti, ma è anche questione più complessa se si considera che esso pertiene al tema della normatività del documento costituzionale ed alle teorie sulla sua interpretazione¹¹.

2. Dalla *privacy* all'aborto: il lungo percorso di affermazione giurisprudenziale dell'illegittimità del divieto assoluto di interruzione volontaria della gravidanza

Il tema dell'interruzione volontaria della gravidanza, nell'esperienza statunitense (così come in molti altri paesi) è strettamente collegato nelle sue radici storiche all'affermazione, a partire dai primi anni del Novecento, del movimento femminista e al sostegno, da parte di quest'ultimo, al più generale dibattito concernente la libertà di autodeterminazione femminile e, conseguentemente, del diritto genitoriale (e soprattutto materno) al controllo delle nascite¹². Tuttavia, l'affermazione (giurisprudenziale) del diritto all'aborto sopraggiunge solo all'inizio degli anni Settanta in stretta correlazione con un periodo storico nel corso del quale la società americana sperimentava una profonda evoluzione dei costumi¹³. Pur se negli anni precedenti alla decisione *Roe v Wade*¹⁴, la sentenza che rappresenta il primo fondamentale punto di svolta sul tema, il dibattito dottrinale aveva focalizzato le ipotesi di affermazione giurisprudenziale del diritto all'interruzione della gravidanza collegandole alla eguale protezione delle leggi¹⁵, nella decisione del 1973 il perno prescelto dalla Corte suprema per affermare la sussistenza implicita nella Costituzione di un tale diritto da parte della gestante è la *privacy* intesa come volano per l'affermazione della libera autodeterminazione individuale e femminile.

⁹ Il riferimento è certamente ad A. BIKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale, 1986. Sul tema si rinvia alle osservazioni di C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, Relazione al Convegno AIC 2006, *La Circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio in Europa*, reperibile all'Url www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁰ Cfr. B.J. MURRIL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, CRS Report, September 24, 2018.

¹¹ Sul punto N.G. CEZZI, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel Diritto*, 3, 2020.

¹² È difatti nel 1921 che la nota (e, sotto alcuni profili, aspramente criticata) attivista per i diritti femminili Margaret Sanger, impegnata sul fronte del diritto alla contraccezione e, entro determinati limiti, all'aborto, fondò l'*American Birth Control League* ("Lega Americana di Controllo delle Nascite", ABCL) che divenne poi la *Planned Parenthood Federation of America* ("Federazione di genitorialità pianificata d'America") mentre, nel 1929, costituì il *National Committee on Federal Legislation for Birth Control* (Comitato Nazionale sulla legislazione federale per il controllo delle nascite). Sulla vita di Margaret Sanger ed il suo contributo alla causa femminista ed alla lotta per il controllo delle nascite si rinvia a E. CHESLER, *Woman of Valor: Margaret Sanger and the Birth Control Movement in America*, NY, 1992.

¹³ Cfr. sul punto H. GRAHM, *Legacy of the 1960s: The American "Rights Revolution" in an Era of Divided Governance*, in *Journal of Policy History*, 10, 3, 1998; S. WALKER, *The Rights Revolution: Rights and Community in Modern America*, NY, 1998. Più in generale, per una ricostruzione storica, si rinvia anche a A. TESTI, *Il secolo degli Stati Uniti*, Bologna, 2022.

¹⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵ V. BARSOTTI, *Privacy e Orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

Da un punto di vista dottrinale il primo riconoscimento di un diritto alla *privacy*, nell'esperienza statunitense, risale ad un importante articolo¹⁶ di Samuel Warren e Lawis D. Brandeis del 1890 nel quale i due studiosi condannavano l'intrusione da parte dei giornalisti negli affari privati degli individui sostenendo l'esistenza di una sfera privata inviolabile.

La connessione del diritto alla *privacy* con la vita intima di un individuo riceve nella giurisprudenza della Corte un primo parziale riconoscimento nella decisione *Skinner v. Oklahoma*¹⁷ (nella quale il diritto alla procreazione viene sancito come fondamentale e dunque in grado di innescare uno scrutinio rigido nel controllo di costituzionalità delle leggi che lo comprimono) ma diviene evidente nel 1965, nella decisione *Griswold v. Connecticut*¹⁸, e soprattutto nel 1973 con la decisione *Roe v. Wade*¹⁹.

Prima della decisione *Griswold*, invece, il diritto alla *privacy* non era riconosciuto come autonomo ma era ricompreso come diritto accessorio alla proprietà²⁰.

¹⁶ Il contributo dottrinario (S. WARREN e L.D. BRANDEIS, *The Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, 193 ss.) è considerato il più citato nella storia del diritto americano; sul punto si rimanda a I.R. KRAMER, *The Birth of privacy Law: A Century since Warren and Brandeis*, in *Catholic University Law Review*, 1990, 703 ss. ed a F.R. SHAPIRO, *The Most Cited Law Review Articles*, in *California Law Review*, 73, 1985, 1540 ss.

¹⁷ *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 35 (1942). La decisione proclamò l'illegittimità di un atto statale (il *Criminal Sterilization Act* dell'Oklahoma) che disciplinava la possibilità di sterilizzare le persone condannate per almeno tre volte (o più) per criminali classificati dell'Act medesimo come "*amounting to felonies involving moral turpitude*" (crimini comportanti depravazione morale). L'unanimità della Corte ritenne l'Act illegittimo in relazione all'*Equal protection clause* poiché la legge dell'Oklahoma considerava come inclusi fra i crimini di "*moral turpitude*" il furto (*larceny*), ma non l'appropriazione indebita (*embezzlement*), con una conseguente discriminazione fra persone provenienti da ceti disagiati o da minoranze razziali (che rischiavano di incorrere nella sterilizzazione, al contrario delle persone colpevoli anche ripetutamente e per ingenti somme di appropriazione indebita tendenzialmente appartenente però alla categoria dei c.d. "colletti bianchi"). La Corte ritenne che la legge contestata comportasse una discriminazione che, in sé, il legislatore, nella sua discrezionalità, sarebbe normalmente competente a tracciare ma che, per via della sua incidenza sull'attribuzione o sul godimento di un diritto fondamentale, quale il diritto alla procreazione, era da considerarsi *invidious* e da analizzare perciò attraverso lo scrutinio rigido di controllo di costituzionalità. La decisione *Skinner* inaugurò pertanto l'analisi del sindacato di costituzionalità di tipo *strict* delle normative incidenti sui *fundamental interests*, e contemporaneamente, qualificò il diritto alla procreazione come fondamentale. Con la redazione di un'opinione concorrente il giudice Stone considerò la legge illegittima anche per violazione della *due process clause*. Con la decisione *Skinner* la Corte ribalta un infamante precedente in materia rappresentato dal caso *Buck v. Bell*, 274 US 200 (1927) in cui la Corte aveva valutato come legittimo uno *Statute* della Virginia in base al quale, esaurite determinate procedure, era possibile procedere alla sterilizzazione di alcune persone ricoverate negli istituti per ritardati mentali; famosa è l'opinione espressa in tale occasione dal giudice Holmes, per il quale la legge della Virginia era più che ragionevole giacché se la Nazione può chiedere ai propri "cittadini migliori" di sacrificare la propria vita in caso di guerra, può anche domandare un ben minore sacrificio agli altri e, del resto, considerando che nel caso in questione si trattava di sterilizzare una ragazza di 18 anni ritardata figlia di ritardata (la quale "non era riuscita ad evitare" uno stupro nello stesso istituto per minorati nel quale era ricoverata) «*three generations of imbeciles are enough*». Sulla decisione si rimanda a P.A. LOMBARDO, *Three generations. No Imbeciles: New Light on Buck v. Bell*, in *New York Law Review*, 60, 1985, 30—62. La decisione è tradotta in parte in A. ZORZI GIUSTINIANI (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti, W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, 2006, 212-216.

¹⁸ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

¹⁹ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

²⁰ Emblematico esempio di tale legame è la decisione *Olmstead v. United States*, 277 US 438 (1928). Il caso riguardava Mr Roy Olmstead, sospettato dalla polizia di essere un falsario; gli agenti federali, senza alcuna

In realtà, già nel loro fortunato articolo del 1890, Warren e Brandeis, associando con maestria alcuni precedenti inglesi, avevano sostenuto l'esistenza di un *tort of privacy* — quindi, tecnicamente, un illecito civile — affermatosi nel diritto americano come naturale evoluzione della *common law* non legato al concetto di proprietà quanto invece descrivibile come un “*right to be alone*”. La dottrina successiva²¹, sulla scorta di quanto affermato dai due giuristi, ha rinvenuto poi nel concetto di *privacy* numerosi altri significati ed accezioni²² che spaziano dalla possibilità per ognuno di controllare le informazioni che lo riguardano²³ alla libertà morale dell'individuo di impegnarsi nel proprio pensiero e nelle proprie azioni²⁴ (distinguendo in tal modo la c.d. *informational privacy*, dalla c.d. *fundamental decision privacy*²⁵ o *autonomy privacy*) in parallelo ad una giurisprudenza la quale ha condotto la *privacy* ad una correlativa moltiplicazione di se stessa da ipotesi di *tort*, quale illecito civile, a diritto

autorizzazione della magistratura, avevano installato delle spie per intercettazione nell'ingresso e nella strada del palazzo ove Mr. Olmsted aveva il proprio ufficio. La Corte, nell'opinione di maggioranza redatta dal giudice Taft, aveva ritenuto che tale azione degli agenti federali non costituisse violazione del IV emendamento perché, di fatto, non vi era stata alcuna violazione fisica della proprietà del ricorrente ed aveva ulteriormente specificato che una lesione del IV emendamento poteva essere invocata solo qualora vi fosse stato un «official search and seizure of his papers or his tangible material effects or an actual physical invasion of his house or curtilage for the purpose of making a seizure». Dissentendo dalla decisione di maggioranza, il giudice Brandeis delinea, questa volta nella giurisprudenza piuttosto che nella dottrina, i contorni di quello che verrà riconosciuto (quaranta anni dopo) come diritto alla *privacy* affermando che «The protection guaranteed by the amendments is much broader in scope. The makers of our Constitution undertook to secure conditions favourable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings and of his intellect [...] They conferred, as against the government, the right to be let alone—the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect, that right, every unjustifiable intrusion by the government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment». La tesi di Brandeis, verrà ripresa e confermata dalla Corte suprema solo molti anni dopo quando con la decisione *Katz v. United States*, 380 US 347 (1967) la protezione del IV Emendamento verrà estesa anche alle intercettazioni telefoniche. È interessante osservare come negli stessi anni in cui matura presso la suprema Corte federale una maggiore consapevolezza circa l'evoluzione dei tempi per cui si rivela necessario interpretare la Costituzione ed i suoi emendamenti al progresso tecnologico, altrettanto e contemporaneamente, sembra maturare in parte anche un'evoluzione circa l'accettazione di nuovi costumi giacché negli stessi anni la Corte giunge ad emettere la decisione *Grinswold v. Connecticut* (del 1965) in cui viene affermata la libertà di ogni individuo a compiere alcune scelte intime senza intrusioni da parte dello Stato.

²¹ La dottrina americana sulla *privacy* seguente all'articolo di Warren e Brandeis è immensa; si rimanda, per tenere conto delle posizioni principali, a R. POUND, *Interests in Personality*, in *Harvard Law Review*, 28, 1915, 343 ss.; *Privacy*, a cura di J.R. PENNOCK e J.W. CHAPMAN, New York, Atherton Press, 1971; A.L. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967; L. HENKIN, *Privacy and Autonomy*, in *Columbia Law Review*, 79, 1974, 1410 ss. Per la dottrina italiana si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana*, cit., Torino, 2005 ed a C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, cit., Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 1995.

²² Non a caso, per i diversi significati che può assumere, il diritto alla *privacy* è stato definito come un diritto proteiforme in relazione al quale ci si può interrogare se sia “*one concept or many*”. Sul punto V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit. e P.A. FREUND, *Privacy: One Concept or Many?*, in J.R. PENNOCK e J.W. CHAPMAN (a cura di), *Privacy*, op. cit., 182 ss.

²³ A.L. WESTIN, op. cit.

²⁴ L. HENKIN, op. cit.

²⁵ Sulla detta differenza si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana*, cit.

fondamentale protetto a seconda dei casi dal I, IV e XIV emendamento della Costituzione statunitense.

Nel 1965, con la decisione *Griswold*, la Corte suprema separa per la prima volta il diritto alla *privacy* dalla proprietà in una decisione, centrale nell'affermazione dell'*autonomy privacy*, in tema di contraccezione²⁶.

Fra il 1923 ed il 1963, nello Stato del Connecticut, si erano susseguite più di 25 proposte di legge sull'abolizione dei divieti posti alle politiche di controllo delle nascite ma nessuna di tali proposte era mai giunta ad essere approvata come legge. Nel 1965 era pertanto ancora vigente il divieto di informazione e distribuzione di contraccettivi posto da una legge statale del 1879.

Il caso *Griswold* ha origine dalla condanna di Estelle Griswold, *executive director* della *Planned Parenthood League* del Connecticut, e del Dott. Lee Buxton, direttore medico di una clinica di Yale, i quali avevano pubblicamente distribuito contraccettivi come manifestazione di dissenso nei confronti della normativa del 1879 ed erano giunti dinanzi alla Corte Suprema contestando tale normativa come illegittima in relazione alla clausola del *Due process* del XIV emendamento²⁷.

La decisione della Corte, redatta dal giudice Douglas, ricollegandosi a due importanti decisioni dei primi anni Venti le quali avevano sancito il diritto dei genitori a decidere liberamente circa l'educazione scolastica dei figli²⁸, ricostruisce e definisce la portata delle garanzie espresse nel Primo emendamento affermando che esso, come tutti gli articoli del *Bill of Rights*, comprende garanzie le quali si estendono oltre quanto specificatamente enunciato, andando a ricomprendere una "penombra" nella quale sono presenti diritti e libertà senza i quali quanto garantito nel *Bill of Rights* sarebbe svuotato di gran parte del proprio significato²⁹.

La qualificazione del diritto alla procreazione quale diritto fondamentale in *Skinner* così come l'affermazione del diritto ad educare i figli secondo le proprie convinzioni personali, definiscono, se-

²⁶ Nella giurisprudenza statunitense la *fundamental decision privacy* non si riconnette esclusivamente ai temi della contraccezione e dell'interruzione volontaria della gravidanza; numerose sono infatti anche le decisioni che, in relazione alle garanzie offerte dal XIV emendamento, trattano anche di eutanasia. Sul punto si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana, cit.*, in particolare 86-93 e della stessa A., *L'arte di Tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

²⁷ Prima del 1965 si erano già posti dei casi di contestazione della legittimità della legge del Connecticut sulla contraccezione che però la Corte non aveva affrontato nel merito una prima volta per mancanza di legittimazione ad agire (*Tielston v. Ullman*, 318 US 44(1943)) ed una seconda volta per motivi di "maturità" della questione (tecnicamente *ripeness*) in *Poe v. Ullman*, 367 US 479 (1961). Sul punto si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana, cit* e della stessa A., *L'arte di Tacere, cit.*, la quale pone in evidenza in tale circostanza come il non decidere della Corte suprema costituisca di per sé una forma particolare di giurisprudenza in negativo.

²⁸ Si tratta delle decisioni *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390 (1923) e *Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 (1925). Il primo caso riguardava una legge dello Stato del Nebraska che poneva delle gravi limitazioni alla possibilità di frequenza di lezioni private di lingue straniere ai minori (con divieti pressoché assoluti per i bambini che non avevano ancora frequentato l'ottava classe); ciò secondo gli estensori della normativa al fine di salvaguardare lo stato di salute dei minori danneggiato da un numero eccessivo di ore di studio nel corso della giornata. Il secondo caso trattava della possibile incostituzionalità di una normativa vigente nello Stato dell'Oregon in base alla quale tutti i minori fra gli otto ed i sedici anni erano tenuti a frequentare esclusivamente scuole pubbliche.

²⁹ Sul caso *Griswold* e la *constitutional privacy* come "penombra" si rimanda a C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori, cit.*

condo la Corte, uno spazio di autodeterminazione privata garantito dal diritto alla *privacy* attraverso la lettura congiunta del Primo, del Terzo, del Quarto, del Quinto e del Nono emendamento.

Nella decisione di maggioranza il giudice Douglas si sforza di ancorare il riconoscimento del diritto alla *privacy* al dettato costituzionale. Si tratta di una scelta comprensibile in considerazione del fatto che la decisione *Lochner*, e le polemiche cui ad essa erano seguite, era ancora un ricordo troppo recente perché il giudice costituzionale potesse adottare decisioni poco deferenti nei confronti del legislatore e legate al testo costituzionale solo attraverso il richiamo alla clausola del *Due process*³⁰.

Alcuni giudici percorrono ugualmente tale ultima strada in alcune opinioni concorrenti.

Il giudice Goldberg, ad esempio, sostiene che il difendere i diritti fondamentali, anche solo in base alla clausola del *Due process*, corrisponda al ruolo proprio della Corte indipendentemente da un richiamo espresso di tali diritti nel *Bill of Rights*.

A propria volta il giudice Harlan, confermando quanto già affermato precedentemente in una *dissenting opinion* al caso *Poe v. Ullman*³¹, sostiene anch'egli che la *Due process clause* protegga i diritti fondamentali anche non espressamente citati nel *Bill of Rights*, ed in particolare che la *privacy* coniugale fosse fra i diritti garantiti dalla clausola del XIV emendamento.

Di segno opposto alle posizioni espresse nelle *concurring opinions* è l'opinione manifestata dai giudici Black e Stewart nella loro *dissenting opinion*; per costoro, non vi è alcuna base di rango costituzionale a giustificazione dell'esistenza di un diritto alla *privacy* e non è compito del giudiziario elaborare garanzie costituzionalmente non previste.

Il diritto alla *privacy*, come definito nella decisione del 1965, non riguarda però il singolo individuo quanto la coppia unita in matrimonio il cui legame, precedente alla istituzione statale (e da questa riconosciuta) esige un rispetto tale per cui le scelte compiute dalla coppia in materia di contraccezione non possono subire condizionamenti dallo Stato.

Nel 1972, nella decisione *Eisenstadt v. Baird*³², il giudice Brennan, relatore per la Corte, afferma in un *obiter dictum* che la *privacy*, e le garanzie costituzionali che riguardano questo diritto, concernono ogni individuo e prescindono dal rapporto matrimoniale³³; tuttavia la *privacy*, come garanzia individuale che prescinde dal rapporto matrimoniale, diviene a pieno titolo principio affermato in giurisprudenza solo l'anno successivo con la decisione *Roe v. Wade*³⁴.

³⁰ Sulla giurisprudenza connessa alla c.d. *economy due process* di *Lochner* e la successiva giurisprudenza sulla *substantive due process* in relazione alla *privacy* si rinvia alle osservazioni svolte nel paragrafo 13 del presente lavoro. Si rinvia inoltre anche a S. CHOUDRY, *The Lochner era and comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 1, 2004, 1 ss.

³¹ *Poe v. Ullman*, 367 US 497 (1961). Il caso riguardava uno *Statute* dello Stato del Connecticut il quale proibiva l'uso di contraccettivi e la distribuzione di materiale informativo sull'argomento. La Corte non si pronunciò nel merito ritenendo che il caso fosse *ripeness* ovvero non maturo o ipotetico. In una *dissenting opinion* il giudice Harlan citò esplicitamente il diritto alla *privacy* in relazione all'invasione nella sfera privata matrimoniale perpetrata dall'atto normativo in questione.

³² *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972). Il caso riguardava un docente della *Boston University*, William Baird, il quale al termine di una lezione sulla contraccezione aveva distribuito ai presenti dei contraccettivi in violazione ad una legge del Massachusetts in base alla quale era vietato a persone che non fossero medici o farmacisti distribuire a persone non sposate ogni tipo di materiale per il controllo della gravidanza.

³³ *Eisenstadt v. Baird*, 405 US at. 453.

³⁴ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973). Il caso *Roe* fu discusso una prima volta nel dicembre del 1971 da una Corte composta da 7 componenti. Nella *conference* la Corte si spaccò decidendo infine per l'incostituzionalità del

Il caso *Roe* origina da una *class action* promossa da una donna (Jane Roe è uno pseudonimo)³⁵ alla quale era stato proibito un aborto in base ad una legge del Texas.

La normativa permetteva l'interruzione di gravidanza esclusivamente per fini terapeutici (decisa da un medico a salvaguardia della vita della gravida) e proibiva l'aborto in ogni altro caso.

Nell'opinione di maggioranza il giudice Blackmun, dopo aver ripercorso le scelte normative passate in tema di aborto³⁶, individua ed analizza tre possibili motivazioni che giustificano una normativa stringente in tema di interruzione di gravidanza: scoraggiare una condotta sessuale illecita, preservare la salute della donna in considerazione dei rischi medici causati dall'aborto, preservare il diritto alla vita (futura) del feto. Considerando solo queste ultime due come finalità legittimamente perseguibili dal legislatore³⁷, la Corte procede perciò a bilanciarle con il diritto alla *privacy* che, pur non previsto espressamente dalla Costituzione, è stato riconosciuto come diritto di rango costituzionale per via giurisprudenziale e che ha una portata sufficientemente ampia da ricomprendere le decisioni personali di una donna in materia di gravidanza.

Pertanto, pur non ammettendo un diritto assoluto all'aborto, la Corte riconosce la necessità di un bilanciamento in relazione ad una scelta che riguarda profondamente la vita intima della donna e l'interesse dello Stato a preservare la vita del feto che aumenta con il progredire della gravidanza ma non è tale da consentire ad una legge di vietare in assoluto l'interruzione di una gestazione. In particolare, nella decisione *Roe*, la Corte suddivide il periodo della gravidanza in tre trimestri: durante i

divieto di aborto in discussione a causa della eccessiva indeterminazione della normativa impugnata. Il giudice Blackmun impiegò circa sei mesi a redigere l'*opinion* della Corte. Nel frattempo vennero nominati due nuovi giudici alla Corte suprema: Renhquist e Powell. I membri restanti in minoranza nella prima decisione *Roe* fecero notare come una Corte spaccata a metà su di un tema così importante avrebbe potuto pronunciarsi in senso opposto nel giro di poco tempo e proposero pertanto di ridiscutere il caso. La *motion for reargument* fu approvata ed il caso venne pertanto discusso nuovamente nell'ottobre del 1972 con esito identico. Tuttavia l'argomentazione offerta a sostegno dell'incostituzionalità della legge cambiò facendo leva, questa seconda volta, sul diritto alla *privacy* piuttosto che sulla vaghezza dell'atto impugnato.

³⁵ L'azione si presentava come una *class action* proposta in realtà da una donna di nome Norma McCorvey la quale agiva «on behalf of herself and all other women similarly situated» 410 US 113, 120 n. 4 (1973). È interessante osservare come per la decisione *Roe* si presentassero fondati problemi di *mootness* (situazione per la quale a causa dello scorrere del tempo il conflitto dalle parti, il "*case and controversy*" richiesto dall'articolo III della Costituzione federale, pur in principio sussistente, è venuto meno) che avrebbero potuto essere utilizzati dalla Corte per decidere di non decidere. Quando, infatti, il caso arrivò dinanzi alla Corte Suprema la ricorrente aveva già partorito e la pronuncia, pertanto, non avrebbe avuto alcun effetto sulla sua situazione giuridica soggettiva. Mancava pertanto una condizione fondamentale di *justitiability* e nonostante ciò la Corte procedette alla decisione sottolineando che, essendo i tempi della giustizia molto lunghi (più lunghi di quelli di una gravidanza) nessun caso di richiesta di aborto avrebbe mai potuto essere deciso se si fosse applicata la dottrina della *mootness* in modo rigoroso. La maggioranza della Corte aggiunse inoltre che la decisione andava adottata anche perché si trattava di una situazione che andava oltre il singolo caso perché situazioni analoghe potevano riguardare tante altre donne e, per il futuro, la stessa ricorrente. Sul punto si rimanda a V. Barsotti, La recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto, in *Rivista di Diritto Civile*, 1990, 556, 8 e della stessa A., in relazione al decidere o non decidere della Corte Suprema, *L'arte di Tacere*, cit., in particolare 183-191.

³⁶ L'*excursus* storico parte dalle scelte in tema di aborto delle antiche civiltà, dalla persiana alla greca alla romana ed analizza, oltre la compatibilità dell'aborto con il giuramento di Ippocrate, l'approccio adottato in materia dalla *Common Law*.

³⁷*Roe*, 410 US at 154.

primi tre mesi di gestazione la decisione di abortire è affidata esclusivamente in capo alla donna ed al suo medico; nel secondo trimestre lo Stato è abilitato a regolamentare le procedure connesse all'aborto al fine di proteggere la salute della madre; nel terzo trimestre, infine, periodo nel quale il feto, secondo la Corte, raggiunge la c.d. "viability"³⁸ (ovvero la capacità di sopravvivere al di fuori del grembo materno), lo Stato può regolare l'accesso alla pratica abortiva (e anche vietarla) a meno di provato pericolo di vita per la madre³⁹.

Nello stesso giorno nel quale viene deciso il caso *Roe*, la Corte suprema adotta anche un'altra sentenza concernente il tema dell'interruzione volontaria della gravidanza ovvero il caso *Doe v. Bolton*⁴⁰. In tale decisione, proclamando l'illegittimità della legge sull'aborto dello Stato della Georgia che poneva diversi limiti alla praticabilità fattuale dell'interruzione volontaria della gravidanza (la necessità che l'aborto venisse praticato solo in strutture pubbliche dotate di un particolare accreditamento, che l'aborto fosse approvato da una commissione ospedaliera e fosse praticato alla presenza di almeno tre medici ecc.), la Corte sottolineava implicitamente la portata concreta del diritto affermato nella decisione *Roe*.

3. La vocazione liberale del diritto all'aborto: la giurisprudenza sul divieto di utilizzo dei finanziamenti federali e statali per il sostegno all'esecuzione di pratiche abortive e la decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*

La sentenza *Roe* è oggetto di aspra critica, sin da subito, da parte della dottrina giuridica statunitense che ne contesta lo stile argomentativo scarsamente ancorato al disposto costituzionale⁴¹ e che, in vir-

³⁸ La dimensione tecnico scientifica (tutta da valutare) cui è ancorata la decisione *Roe* è divenuta nel tempo un fattore di debolezza della sentenza giacché l'evoluzione medica in tema di conoscenze sullo sviluppo fetale, chirurgia fetale e terapia intensiva neonatale ha, nello scorrere del tempo, spostato il concetto di vitalità come descritto dalla Corte suprema nella decisione del 1973 ad un periodo decisamente precedente alla fine del secondo trimestre. Questa obiezione rientra fra le tante che nel tempo hanno cercato di minare la decisione *Roe v. Wade*. Sul punto si rinvia a R.H. BLANK, *Judicial Decision Making and Biological Fact: Roe v. Wade and the Unresolved Question of Fetal Viability*, in *The Western Political Quarterly*, 37, 4, 1984, 584 ss. Per un'analisi critica dell'uso da parte della Corte suprema del dato scientifico, soprattutto in occasione della decisione *Roe* cfr. L. GREENHOUSE, *The Supreme Court & Science: A Case in Point*, in *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 147, 4, 2018, 28 ss.

³⁹ *Roe*, 410 US at 164.

⁴⁰ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

⁴¹ Fra le critiche più note emergono quelle avanzate da A. BICKEL, *The Morality of Consent*, New Haven, Yale, 1975 ed a J.H. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 82, 1973, 920 ss. Bickel afferma difatti che «But if the Court's model statute is generally intelligent, what is the justification for its imposition? If this statute, why not one on proper grounds of divorce, or on adoption of children? [...] One is left to ask why. The Court never said. It refused the discipline to which its function is properly subject. It simply asserted the result it reached. This is all the Court could do because moral philosophy, logic, reason, or other materials of law can give no answer. [...] It is astonishing that only two dissented from the Court's decision. [...] The dissenters were Justices Byron White and William Rehnquist. The Court's decision was an "extravagant exercise" of judicial power, said Justice White; it was a legislative rather than a judicial action, suggested Justice Rehnquist. So it was, and if the Court's guess on the probable and desirable direction of progress is wrong, that guess will nevertheless have been imposed on all fifty states», 29; Ely avanza osservazioni analoghe sostenendo che «What is frightening about *Roe* is that this super-protected right is not inferable from the language of the

tù del carattere salomonico della decisione, arriva a paragonarla al caso *Plessy v. Ferguson*⁴². La Corte viene accusata di aver superato i limiti della propria discrezionalità interpretativa⁴³ e viene criticata la leziosità e l'inutilità dei richiami storici che impegnano la prima parte della motivazione⁴⁴. Risulta evidente, alla dottrina e all'opinione pubblica, che la decisione non è stata in grado di porre un punto fermo al dibattito che si consuma su tale tema e questo stesso dato viene considerato una conferma ulteriore della fragilità della decisione *Roe*⁴⁵.

Constitution, the framers' thinking respecting the specific problem in issue, any general value derivable from the provisions they included, or the nation's governmental structure. Nor is it explainable in terms of the unusual political impotence of the group judicially protected vis-a-vis the interest that legislatively prevailed over it. And that, I believe [...] is a charge that can responsibly be leveled at no other decision of the past twenty years», 935-936. Analogamente L.H. TRIBE, *Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, in *Harvard Law Review*, 87, 1973, 1 ss. afferma: «One of the most curious things about *Roe* is that behind its own verbal smokescreen, the substantive judgment on which it rests is nowhere to be found», 7. Si rinvia inoltre ad A. COX, *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, Oxford, 1976: «[T]he Justices read into the generalities of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment a new 'fundamental right' not remotely suggested by the words», 54. Cfr. inoltre D. BYRN, *An American Tragedy: The Supreme Court on Abortion*, in *Fordham Law Review*, 41, 1973, 807 ss.

⁴² Cfr. fra i tanti A.J. DELLAPENNA, *Nor Piety Nor Wit: The Supreme Court on Abortion*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 6, 1974-75, 379 ss.: «By concluding without explanation that the foetus could be no more than potential life, the Court has come up with what appears to be a politically viable compromise. As in 1896 the Court has gained support by sacrificing invisible people», 409.

⁴³ R.A. DESTRO, *Abortion and the Constitution: The Need for a Life-Protective Amendment*, in *California Law Review*, 63, 1975, 1250 ss.: «Since the Court was apparently unwilling to disclose the constitutional basis of this particular facet of its ultimate resolution of the merits of *Roe v. Wade*, the holding, of necessity, must rest upon a determination that the judicial power of the United States includes the right to restrict the protection of fundamental liberties to those classes the Court deems worthy. This was the only theory upon which the Court's implication of a right to abortion could rest. While the Court undoubtedly has the power to engage in such interpretation, the exercise of that power gives an entirely new significance to the maxim that the 'constitution [sic] is what the judges say it is», 1260.; R.G. MORGAN, *Roe v. Wade and the Lesson of the Pre-Roe Case Law*, in *Michigan Law Review*, 77, 1979, 1724 ss.: «Rarely does the Supreme Court invite critical outrage as it did in *Roe* by offering so little explanation for a decision that requires so much. The stark inadequacy of the Court's attempt to justify its conclusions [...] suggests to some scholars that the Court, finding no justification at all in the Constitution, unabashedly usurped the legislative function. [...] Even some who approve *Roe*'s form of judicial review concede that the opinion itself is inscrutable», 1724.; R.A. POSNER, *The Uncertain Protection of Privacy by the Supreme Court*, in *Supreme Court Review*, 1979, 173 ss.: «[*Roe* raises] the question whether we have a written constitution, with the limitations thereby implied on the creation of new constitutional rights, or whether the Constitution is no more than a grant of discretion to the Supreme Court to mold public policy in accordance with the Justices' own personal and shifting preferences», 199 ss.

⁴⁴ R.A. EPSTEIN, *Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases*, in *Supreme Court Review*, 1973, 159 ss.: «Before Mr. Justice Blackmun was ready to deal with the constitutional issues, he found it necessary to burden his opinion with an exhaustive history of abortion from ancient times until the present day. It is difficult to see what comfort he could draw from his researches, for at no point do they lend support for the ultimate decision to divide pregnancy into three parts, each subject to its own constitutional rules. [...] Those who wish to check the footnotes in Mr. Justice Blackmun's history of law and practice of abortion are free to do so, but they are warned that neither the mass nor the antiquity of the sources can conceal their essential irrelevance to the constitutional inquiry», 167.

⁴⁵ Afferma, ad esempio, R.A. EPSTEIN, *op. cit.*: «In the months that have passed since the decision in *Roe v. Wade*, its troubled logic has added a new dimension to a burning controversy. The diversity of opinions on all aspects of the abortion question might have suggested that the Court should have been careful not to fore-

Nonostante l'aspro dibattito in corso in sede dottrinale, la giurisprudenza immediatamente seguente al 1973, forse proprio quale tentativo di consolidare il precedente e di ribadire agli Stati la profonda portata di quanto oramai stabilito, si propone non solo come confermativa del disposto di *Roe* ma anche come volta a definire una lettura in senso ampliativo delle sue conseguenze. Si susseguono, dunque, numerose pronunce che sanzionano le normative statali volte a disciplinare in senso limitativo le procedure abortive nelle fasi iniziali della gravidanza: in *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*⁴⁶ la Corte dichiarò incostituzionali alcune disposizioni che richiedevano, per l'interruzione della gravidanza, il consenso del marito (o dei genitori, in caso di minore) e che obbligavano il medico ad adottare tutte le misure necessarie a salvare la possibile vita del feto; in *Colautti v. Franklin*⁴⁷ la Corte chiarì che il concetto di vitalità del feto fosse determinazione riservata alla esclusiva discrezionalità del medico; in *Belotti v. Baird (II)*⁴⁸, e *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*⁴⁹ la Corte invalidò nuovamente disposizioni statali che richiedevano il consenso dei genitori per l'aborto di una minore; in *Planned Parenthood Association v. Ashcroft*⁵⁰ la Corte dichiarò l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge dello Stato del Missouri che richiedevano, per gli aborti eseguiti dopo 12 settimane di gravidanza, l'effettuazione esclusiva della pratica abortiva in ospedale, la presenza di un secondo medico durante l'esecuzione di un aborto eseguito dopo il periodo *pre-vitality* e l'ottenimento (per i minori) del consenso dei genitori o del Tribunale per i minorenni. In *Thornburgh v. American College of Obstetrician and Gynecologist*⁵¹ la Corte suprema sanzionò, per analoghe ragioni, alcune disposizioni della legge sull'aborto dello Stato della Pennsylvania⁵². In contrasto con tale giurisprudenza si registra, negli anni appena successivi alla decisione *Roe*, un'attività legislativa federale e statale volta a circoscrivere la portata della decisione della Corte suprema. Nel 1976, su proposta del membro della Camera dei Rappresentanti Henry J. Hyde, viene adottato il c.d. *Hyde Amendment*, ovvero una modifica del *Department of Labor and Health, Education, and Welfare Appropriation Act*, che incide sui fondi del *Medicaid program*, in base alla quale «None of the funds contained in this Act shall be used to perform abortions except where the life of the mother would be endangered if the fetus were carried to term»⁵³. L'adozione di tale modifica limitativa dell'utilizzo dei fondi federali (cui seguono delle analoghe normative adottate a livello statale) conduce ad un nutrito contenzioso costituzionale in relazione al quale sembra emergere un'impronta di tipo eminentemente liberale impressa al diritto riconosciuto in *Roe*. A fronte, infatti, della giurisprudenza che a partire dal 1973, e per tutti gli anni Ottanta, rimuove gli ostacoli che di fatto impediscono il libero esercizio della scelta autodeterminativa femminile

close debate on the issue by judicial decision, and more careful still not to use constitutional means to resolve the question», 168.

⁴⁶ *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 US 52 (1976).

⁴⁷ *Colautti v. Franklin*, 439 US 379 (1979).

⁴⁸ *Belotti v. Baird (II)*, 443 US 622 (1979).

⁴⁹ *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983).

⁵⁰ *Planned Parenthood Association v. Ashcroft*, 426 US 476 (1983).

⁵¹ *Thornburgh v. American College of Obstetrician and Gynecologist*, 476 US 474 (1986).

⁵² Sulla giurisprudenza in tema di aborto successiva a *Roe* si rimanda, nella dottrina italiana sia a V. BARSOTTI, *La recente giurisprudenza della Corte Suprema*, cit., 557 ss., sia a G. PONZANELLI, *Il nuovo intervento della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto*, in *Il Foro italiano*, IV, 65, 1989.

⁵³ Cfr. Pub. L. No. 94-439, § 209, 90 Stat. 1418, 1434 (1976).

all'aborto, le normative che sopravvivono alla scure della giurisprudenza della suprema Corte federale sono proprio quelle che escludono l'interruzione volontaria della gravidanza fra le prestazioni per cui possono essere attribuiti dei finanziamenti pubblici delineando, dunque, l'aborto come una "libertà dall'interferenza statale" (ma non un diritto che richiede un impegno statale positivo). Tale giurisprudenza si spinge, già negli anni Settanta, a non eccipere alcuna illegittimità delle normative statali le quali prevedevano il finanziamento statale o federale per la maternità e lo escludevano per l'aborto⁵⁴. È in queste decisioni, in realtà, che viene introdotto tecnicamente il concetto di "*undue burden*" ("interferenza indebita" o "eccessiva") che verrà sviluppato diversi anni dopo (nella decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵⁵), da una mutata Corte suprema, per ridefinire i limiti dell'*holding* di *Roe* in senso restrittivo come limite alla oramai riconosciuta possibilità per il legislatore statale di intervenire nella regolamentazione dell'aborto nel perseguimento degli interessi che ritiene rilevanti.

Emendamenti paragonabili all'*Hyde Amendment* vengono adottati negli stessi anni anche in altre normative che disciplinano l'attribuzione e le regole di gestione di altri fondi federali fra cui spiccano il *Family Planning Services and Population Research Act*⁵⁶ ed il *Legal Services Corporation Act*⁵⁷.

Il fermento evidente che si manifesta nell'adozione delle dette normative federali e statali le quali non si adeguano supinamente alla giurisprudenza federale (e cui, peraltro, corrisponde, sin da subito, una giurisprudenza della Corte suprema che interpreta in senso spiccatamente liberale il diritto che ha enucleato nella giurisprudenza *Roe*), sortisce infine i suoi effetti quando, alla fine degli anni Ottanta (complice un parziale rinnovo nella composizione personale della Corte suprema⁵⁸), con la decisio-

⁵⁴ Cfr. *Maher v. Roe*, 432 US 464 (1977); *Beal v. Doe*, 432 US 438 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 US 519 (1977); *Harris v. McRae*, 448 US 297 (1980); *Williams v. Zabraz*, 448 US 358 (1980).

⁵⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992) su cui infra.

⁵⁶ 42 U.S.C. § 300a-6. Sulla legittimità di tale disposizione cfr. *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

⁵⁷ 42 U.S.C. § 2996f(b)(8). La giurisprudenza federale su disposizioni "*Hyde Amendment style*" rimarrà solida nel corso dei decenni mentre in ambito statale si registreranno occasionali ma estremamente significative battute d'arresto: il caso più noto è la sentenza *Womens' Health Center of West Virginia, Inc. v. Panepito* (n. 21924-1993) in occasione della quale la Suprema Corte di Appello della West Virginia, nel 1993, ha sanzionato l'illegittimità costituzionale (per lesione della Costituzione statale) di una normativa che vietava l'utilizzo dei fondi del programma federale sanitario *Medicaid* per sostenere i costi degli aborti. La Corte, aderendo alla prospettiva dei ricorrenti, affermò di non essere vincolata al precedente *Harris* in base alla motivazione per la quale, poiché la Costituzione del West Virginia fornisce ai propri cittadini protezioni più ampie rispetto a quelle offerte dalla Costituzione federale, le protezioni costituzionali statali, in tali casi, prevalgono e sanciscono pertanto l'illegittimità della normativa. Per superare tale giurisprudenza statale, in West Virginia, si è infine approdati all'adozione di una modifica della Costituzione. Nel 1918 con la *Joint Resolution 12* del Senato statale (rubricata "*No Constitutional Right to Abortion Amendment*") è stato difatti approvato l'innesto della Sezione 57 all'art. VI con cui si chiarisce come nulla nella Costituzione statale del 1872 assicuri o protegga il diritto all'aborto né imponga allo Stato il finanziamento delle pratiche volte all'interruzione di gravidanza. La vicenda sui cui riferisce L. PELUCCHINI, "*Rights fell on Alabama*": il diritto all'aborto negli Stati Uniti a seguito degli emendamenti costituzionali in Alabama e West Virginia, in *Diritti Comparati*, 22 novembre 2018, pone in evidenza, ancora una volta, quanto il dibattito sul tema dell'interruzione volontaria della gravidanza sia l'espressione, nell'esperienza statunitense, di uno stato di radicalizzazione e polarizzazione politica del Paese che la magistratura (federale e statale) ha difficoltà a pacificare.

⁵⁸ Ai giudici Stewart, Douglas, Burger, e Powell susseguono rispettivamente i giudici O'Connor, Stevens, Scalia e Kennedy, nominati tutti da amministrazioni repubblicane. Tranne il Giudice Stevens, che viene nominato dal Presidente Ford, gli altri *Justice* sono infatti nominati da Reagan. Certamente la Presidenza di nomina non è

ne *Webster v. Reproductive Health Services*⁵⁹, si registra una parziale inversione di tendenza della giurisprudenza sostanziale della suprema Corte.

Il caso *Webster* concerneva una legge del Missouri la quale poneva delle restrizioni alla pratica dell'aborto nelle strutture pubbliche e stabiliva che i medici valutassero la vitalità del feto a partire dalla ventesima settimana. La Corte adotta una decisione che si presenta molto complessa sotto il profilo strutturale e che denota le tensioni che stanno maturando in seno ad essa⁶⁰. Nel merito della decisione, la Corte, pur non producendo alcun *overruling* del precedente *Roe*⁶¹, pone in discussione molti elementi introdotti in quel caso a partire dalla suddivisione in trimestri della gravidanza quale elemento cui ancorare la sussistenza della vitalità del feto⁶² sottolineando, peraltro, l'importanza dell'interesse statale a tale garanzia a prescindere da un concetto di "viability" determinato, nella decisione *Roe*, in modo giudicato eccessivamente rigido⁶³. L'affermazione giurisprudenziale più significativa che si registra nella decisione *Webster* è in piena sintonia con la giurisprudenza attinente alle clausole normative "Hyde Amendment style" ove si chiarisce che la proclamazione della sussistenza di un diritto all'aborto, garantito nella penombra del XIV emendamento (attraverso il diritto alla *privacy*), non implica di per sé un necessario impegno statale alla garanzia di accesso delle donne a tale pratica medica⁶⁴.

La Corte è consapevole della portata innovativa che la decisione implica, conducendo, peraltro, a disconoscere molte fra le decisioni adottate nel decennio precedente⁶⁵, e nondimeno sottolinea apertamente il fatto che la questione cruciale alla base di tale particolare inversione giurisprudenziale è che l'aborto è tema che (pur nell'ambito di una cornice costituzionale che spetta alle Corti, ed in par-

l'unico elemento da considerare per valutare la giurisprudenza di un giudice della Corte suprema e tuttavia, considerata la connotazione politicamente polarizzata che il dibattito sul tema dell'aborto aveva assunto non può, in questo caso, neanche essere trascurata. Sul rapporto fra composizione della Corte suprema e giurisprudenza della stessa si rinvia a L. FABIANO, *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei suoi giudici*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Corti costituzionali. Composizione Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 63 ss.

⁵⁹ *Webster v. Reproductive Health Services* 492 US 490 (1989).

⁶⁰ Difatti, la Corte raggiunge l'unanimità della decisione, redatta dal giudice Rehnquist, esclusivamente nella parte II-C della sentenza; i giudici White, O'Connor, Scalia e Kennedy si associano alla decisione anche per le parti I, II-A e II-B. Rehnquist inoltre, scrive anche un'opinione concorrente, sottoscritta da White e Kennedy, mentre la O'Connor e Kennedy scrivono ognuno una propria *concurring opinion*. Blackmun è invece autore di una opinione in parte concorrente ed in parte dissenziente sottoscritta da Brennan e Marshall ed infine il giudice Stevens scrive da solo una propria *opinion concurring in part e dissenting in part*.

⁶¹ La Corte afferma esplicitamente di non aver *overruled* il precedente *Roe* evidenziando peraltro come il caso sottoposto alla sua attenzione, per come è posto, non conduce di per sé a tale disconoscimento. Cfr. *Webster*, part III.

⁶² «*Roe's rigid trimester analysis has proved to be unsound in principle and unworkable in practice*», *Webster*, 492 US at 494.

⁶³ «*We do not see why the State's interest in protecting potential human life should come into existence only at the point of viability, and that there should therefore be a rigid line allowing state regulation after viability but prohibiting it before viability*» *Webster*, 492 US at 519.

⁶⁴ «*Nothing in the Constitution requires States to enter or remain in the business of performing abortions. Nor, as appellees suggest, do private physicians and their patients have some kind of constitutional right of access to public facilities for the performance of abortions*», *Webster*, 492 US at 510.

⁶⁵ In particolare la Corte cita i casi *Colautti v. Franklin*, 439 U. S. 379 (1979), and *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983).

ticolare alla Corte suprema, bilanciare) dovrebbe essere definito nell'arena del dibattito e dei processi democratici⁶⁶.

Tre anni dopo, quando affronta il caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁶⁷, la Corte è ulteriormente mutata nella sua composizione perché ai giudici Brennan e Marshall sono subentrati, nominati dal Presidente Bush, i giudici Souter e Thomas.

La decisione *Casey* origina da un *writ of certiorary*⁶⁸ concesso dalla Corte per valutare la legittimità costituzionale di una legge della Pennsylvania la quale disciplinava dettagliatamente le procedure abortive nello Stato⁶⁹. Dell'*opinion of the Court*, sottoscritta dai giudici O'Connor, Kennedy e Souter, solo alcune parti⁷⁰, nelle quali concorrono pienamente anche Blackmun e Stevens, acquistano efficacia di precedenti; le restanti, invece, costituiscono una semplice *plurality opinion*⁷¹.

⁶⁶ *Webster* 492 US at 521. Sulla decisione cfr. a A.I.L. CAMPBELL, *The Constitution and Abortion*, in *Modern Law Review*, 1990, 238 ss.; A. GRUBB, *The New Law of Abortion: Clarification or Ambiguity?*, in *Criminal Law Review*, 1991, 659 ss.; G. BINION, *Webster v. Reproductive Health Services*, in *Women & Politics*, 11, 2, 1991, 41 ss.; M.E. CHOPKO, *Webster v. Reproductive Health Services: A Path to Constitutional Equilibrium*, in *Campbell Law Review*, 12, 1990, 181 ss.

⁶⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992). Tradotta e commentata da V. BARSOTTI, in *Il Foro italiano*, IV, 526, 1992.

⁶⁸ Dottrina italiana ha acutamente posto in evidenza che, nonostante la concessione del *writ of certiorary* non richieda alcuna motivazione, nel caso della decisione *Casey* la Corte sin da subito spiega in modo piuttosto dettagliato le ragioni che hanno portato ad una pronuncia su di un nuovo caso in tema di aborto evidenziando, quindi, sin da subito, gli aspetti spiccatamente politici del caso stesso. Sul punto si rimanda a V. BARSOTTI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la questione dell'aborto: verso una nuova maggioranza?*, cit., in *Il Foro italiano*, IV, 527 ss., 1992.

⁶⁹ In particolare, della normativa veniva contestato il concetto di assenso consapevole all'aborto dell'interessata (condizionato all'informazione da parte del medico dei pericoli inerenti la procedura abortiva, la probabile età del figlio non ancora nato, la distribuzione di opuscoli che descrivono il feto e offrono informazioni sull'assistenza medica nell'ipotesi di gravidanza portata a termine, sull'assistenza finanziaria da parte del padre sull'esistenza di enti che provvedono alle procedure per l'adozione e sulle alternative all'aborto); la necessità che fra l'assenso della donna e l'esecuzione dell'intervento trascorrono almeno 24 ore; la definizione di emergenza medica, unica eccezione a tali disposizioni (considerata dai ricorrenti eccessivamente restrittiva); la necessità che per un minore vi sia l'assenso all'aborto dei genitori o del tutore; il consenso del marito per la donna sposata (unica disposizione giudicata nel caso in questione illegittima perché effettivamente considerata eccessivamente onerosa per la donna); l'obbligo per le strutture sanitarie di documentare dettagliatamente tutti gli interventi abortivi.

⁷⁰ La I, II, III, V-A, V-C e VI.

⁷¹ A parte l'*Opinion of the Court* di O'Connor, Kennedy e Souter, vi sono altre opinioni: Steven e Blackmun redigono ciascuno un'opinione separata e concorrente, Rehnquist redige un'opinione in parte concorrente nel deciso ed in parte dissenziente (sottoscritta anche da White, Scalia e Thomas); Scalia redige anch'egli un'opinione concorrente in parte, nel *judgment*, ma dissenziente nella parte motiva anch'essa sottoscritta da White Rehnquist e Thomas.

Nonostante le diverse decisioni, lo schieramento che si contrappone nel caso in questione è facilmente descrivibile: da una parte i giudici O'Connor, Kennedy e Souter, insieme a ciò che rimane della precedente Corte *liberal*, Blackmun e Stevens, confermano quello che nella sentenza è definito "il contenuto essenziale dell'holding di *Roe*"; dall'altra parte, Rehnquist e White (contraddicendo così la posizione da loro stessi sostenuta tre anni prima nel caso *Webster*), Scalia (confermando le sue precedenti posizioni) e Thomas (alla sua prima decisione in tema di aborto) affermano di volerne *l'overruling*.

Nelle parti che costituiscono precedente la Corte assume una posizione, del tutto particolare, tesa a confermare la giurisprudenza precedente pur circoscrivendo la portata del caso *Roe* al suo *holding* essenziale.

La lettura della decisione conferma quanto oramai il tema dell'aborto, nell'esperienza statunitense, sia "divisivo" e di difficile bilanciamento rispetto agli altri valori ed interessi in gioco suscitando alcune perplessità ove la Corte sostiene di rinunciare a mutare giurisprudenza in tema di aborto, rispetto al precedente *Roe*, per motivi che sembrano attenere soprattutto all'opportunità (legati all'affidamento nell'esistenza del diritto all'aborto maturato dal popolo statunitense a partire dal 1973⁷²) e nel rischio di una forte delegittimazione della Corte in caso di *overruling*⁷³.

Nel merito, la decisione *Casey* conferma il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza fondando sulla clausola del *Due Process* (inteso in senso sostanziale⁷⁴) del XIV emendamento⁷⁵; tuttavia, con essa, viene abbandonato del tutto il criterio della suddivisione della gestazione in trimestri, delineato nel precedente *Roe*, ed il diritto/divieto di aborto viene ancorato esclusivamente (come già ventilato nel caso *Webster*) al concetto di *viability*⁷⁶. Nella decisione si afferma inoltre che nel periodo precedente la vitalità del nascituro allo Stato è consentito disciplinare la pratica abortiva senza che ciò costituisca motivo di illegittimità della stessa normativa a meno che la disciplina non costituisca un *undue burden* al diritto di aborto ovvero, un onere eccessivo⁷⁷.

⁷² In particolare la Corte afferma che «ciò» (ribaltare la decisione *Roe*) «significherebbe semplicemente rifiutare di riconoscere che per due decenni le persone hanno organizzato le loro relazioni più intime e compiuto scelte importanti dal punto di vista personale e sociale in considerazione della possibilità di ottenere un aborto nel caso che i sistemi contraccettivi si fossero dimostrati inefficaci» (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, III, 2. La decisione è tradotta da V. BARSOTTI, in *Il foro italiano*, IV, 526 ss., 1992).

⁷³ Nelle parole della Corte «Tuttavia il nostro studio non risulta completo senza spiegare perché l'*overruling* della parte essenziale di *Roe* non solo condurrebbe a risultati inaccettabili in base al principio dello *stare decisis*, ma altresì indebolirebbe seriamente la capacità della Corte di svolgere la funzione di organo giudiziario al vertice di un paese governato dalla *Rule of Law*. Per comprendere queste conseguenze bisogna tenere presenti la fonte dell'autorità della Corte, le condizioni necessarie per il mantenimento dell'autorità nonché il rapporto tra questa e la percezione che il paese ha di se stesso come una Repubblica costituzionale»; a ciò la Corte aggiunge «Nelle attuali circostanze, l'*overruling* del contenuto essenziale di *Roe* comporterebbe un esame di un errore — ammesso che errore vi sia — al prezzo di un danno grave e non necessario alla legittimazione della Corte e al principio della *Rule of Law* al quale l'ordinamento si ispira. È quindi necessario aderire al contenuto essenziale di *Roe*, e questo noi facciamo» (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, III C).

⁷⁴ Sul *substantial due process* cfr. W.R. MUSGROVE, *Substantive Due Process, A History of Liberty in the Due Process Clause*, in *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, 2, 2008, 125 ss.

⁷⁵ *Casey*, 505 U.S., at 846.

⁷⁶ Sul punto si veda V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 73-93 e D.J. SOLOVE, *Conceptualizing Privacy*, in *California Law Review*, 90, 2002, 1087 ss.

⁷⁷ Il giudice O'Connor impone così il c.d. *Undue Burden test*. Nelle parole della decisione «In numerose ipotesi — sia in materia di interruzione della gravidanza sia in qualunque altro tipo di cura medica — la disciplina statale può avere l'effetto secondario di aumentare i costi o limitare il pratico accesso all'assistenza sanitaria. Che una legge la quale persegue un fine legittimo, renda incidentalmente più difficile l'aborto, non è un fatto sufficiente a renderla invalida. Soltanto quando una legge impone un limite eccessivo (*undue burden*) alla capacità di scelta della donna allora lo Stato viola il nucleo della libertà protetta dalla *Due process clause*», *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, III.

4. Il Casey standard e le normative statali: TRAP, Trigger e Zombie Laws

A partire dalla sua adozione, l'*Undue burden standard*, lungi dal riuscire a pacificare lo scontro tra sostenitori delle politiche "pro-life" e difensori delle scelte "pro-choice", ha rappresentato invece, in molte esperienze statali, il nuovo parametro sulla base del quale elaborare possibili scelte normative che, di fatto, potessero limitare l'accesso concreto di moltissime donne alla pratica abortiva. Il *Casey standard*, in effetti, ponendosi come una rimodulazione del precedente *Roe* in senso restrittivo, ha alimentato le aspirazioni delle correnti politiche *pro-life* attive nel contesto statunitense ed ha contribuito, in parte, alla radicalizzazione del conflitto ideologico.

Sulla base dell'*Undue burden standard* sono state elaborate, in diversi Stati, le c.d. "TRAPs" laws ("*Targeted Regulation of Abortion Providers*") ovvero previsioni normative che impongono particolari *standard* per le cliniche abortive e per i medici che praticano aborti; ciò in modo da provocare spesso la rinuncia da parte degli stessi alla prestazione sanitaria⁷⁸.

Le vicende normative più note, in quanto giunte al vaglio della suprema Corte federale⁷⁹, sono la legge dello Stato del Texas *HB2 (House Bill 2)* entrata in vigore nel 2013 (e dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema nel 2016)⁸⁰ ed una legge adottata in Louisiana, l'*Act 620 (Unsafe Abortion Protection Act)*, adottata nel 2014 e dichiarata anch'essa incostituzionale nel 2020⁸¹.

Nelle decisioni *Whole Women's Health et al. v. Hellerstedt*⁸² e *June Medical Services LLC v. Russo*⁸³ la Corte ha sanzionato come costituzionalmente illegittime tali normative, pressoché identiche, le quali esigevano entrambe come requisito necessario, per i medici, al fine di poter eseguire prestazioni di interruzione di gravidanza, la titolarità dei c.d. "*admitting privileges*"⁸⁴ presso strutture localizzate entro 30 miglia dalla struttura dove si praticava l'aborto; inoltre, le stesse normative prevedevano, per gli ambulatori ove si eseguiva l'interruzione della gravidanza, degli *standards* di qualità pari a quelli richiesti per i centri chirurgici ambulatoriali. I parametri imposti, risultando particolarmente

⁷⁸ Cfr. sul tema, in generale, R. SIEGEL, L. GREENHOUSE, *Casey and the Clinic Closings: When "Protecting Health" Obstructs Choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, 1150 ss.

⁷⁹ Diversi sono i casi di leggi statali giunte all'attenzione di Corti distrettuali o di appello. Il requisito degli *admitting privileges* è stato introdotto, ad esempio, in Alabama, Louisiana, Mississippi, North Dakota, Oklahoma, Texas e Wisconsin. Cfr. sul punto L. BUSATTA, *Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 9 ss. specialmente 14 ss.

⁸⁰ Sulla decisione cfr. A. BARAGGIA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2017 e L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016.

⁸¹ Cfr. M.C. ERRIGO, *Corte Suprema e diritto all'aborto. Il caso della Louisiana e l'importanza della libertà di poter scegliere*, in *federalismi.it*, 1, 2021 e L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *dpceonline.it*, 3, 2020, 4453 ss.

⁸² *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016).

⁸³ *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. _ (2020), Docket n. 18-1323.

⁸⁴ Ovvero la possibilità accordata ad un medico, in una struttura ospedaliera, di ricoverare una paziente senza dover passare necessariamente dalla fase del pronto soccorso oltre alla possibilità di poter continuare a seguire la paziente stessa una volta effettuato il ricovero.

esigenti, avevano (o avrebbero)⁸⁵ comportato la chiusura di un numero considerevole di strutture in entrambi gli Stati con l'inevitabile conseguenza di una maggiore difficoltà per molte donne (soprattutto quelle caratterizzate da condizioni finanziarie o familiari difficili) di accedere a qualunque servizio abortivo.

In entrambe le decisioni la Corte è approdata alla conclusione per la quale le normative impugnate non perseguivano ragionevolmente l'obiettivo che il legislatore statale dichiarava di voler assicurare, ovvero una maggiore garanzia della salute della gestante, quanto si ponevano come un ostacolo sostanziale "sulla strada di una donna che intende interrompere la propria gravidanza"⁸⁶.

Se la prima delle due decisioni era ragionevolmente prevedibile in considerazione di una composizione della Corte suprema, in quegli anni, ancora caratterizzata dalla prevalente presenza di giudici noti per le loro convinzioni *pro-choice*⁸⁷, la decisione del 2020 (sulla legge della Louisiana) è stata invece attesa con maggiori aspettative, da parte dei sostenitori di una politica *pro-life*, in relazione alla mutata composizione della Corte suprema. Ciò in quanto nei quattro anni trascorsi fra la prima e la seconda decisione, il giudice Anthony Kennedy, che aveva aderito alla decisione di maggioranza nel precedente caso *Whole Woman's Health*, si era ritirato dalla propria carica (nel luglio del 2018) ed erano al contempo giunti allo scranno della suprema Corte i giudici Brett Kavanaugh (a sostituzione dello stesso Kennedy⁸⁸) e Neil Gorsuch (successore di Antonin Scalia) nominati dal Presidente Trump il quale non aveva fatto mistero di avere fra i propri obiettivi, nelle strategie di nomina alla Corte suprema, l'inversione di tendenza giurisprudenziale sul tema dell'aborto⁸⁹.

Nonostante tali premesse, la decisione della Corte sul caso *June Medical Services LLC v. Russo* è approdata alle medesime conclusioni del caso *Whole Woman's Health* grazie soprattutto allo *swing vote* del Presidente Roberts⁹⁰ il quale, pur dissenziente nella precedente decisione del 2016, ha aderito al dispositivo della maggioranza sottolineando, in una sua personale opinione concorrente, di essere giunto a tale determinazione nel rispetto del principio dello *stare decisis*. Nella redazione della propria *opinion* il giudice Roberts, ha sottolineato espressamente di non condividere la "soluzione" adottata in *Whole Women's Health* e, tuttavia, evidenziando il dato tecnico per il quale «*The question*

⁸⁵ In realtà nel caso della Louisiana, essendo la legge impugnata in un *facial challenge*, essa non era ancora entrata in vigore e dunque non aveva ancora prodotto degli effetti concreti i quali, tuttavia, vengono esaminati dalla suprema Corte attraverso valutazioni prognostiche.

⁸⁶ «a provision of law is invalid if its purpose or effect is to place a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion before the fetus attains viability», *Casey*, 505 US at 878.

⁸⁷ Il parere della Corte, redatto dal giudice Brayer, è stato controfirmato da i giudici Kennedy, Ginsburg, Sotomayor, and Kagan; il giudice Ginsburg ha redatto una sua opinione concorrente mentre il giudice Thomas ha redatto una *dissenting opinion* così come un'opinione dissenziente è stata scritta dal giudice Alito e controfirmata dai giudici Roberts e Thomas.

⁸⁸ Sul punto cfr. D. ZECCA, *Le dimissioni di Justice Kennedy ed il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte suprema*, in *dpceonline.it*, 2018.

⁸⁹ Sul punto cfr. P. PASSAGLIA, *President Trump's Appointments: A Policy of Activism*, in *Dpce Online*, 1, 2021. Si rinvia inoltre a E. CROCKETT, *Donald Trump Is Going All In on Banning Abortion*, in *VOX* (Sept. 20, 2016, 8:30 AM), <https://www.vox.com/2016/9/20/12970076/donald-trump-ban-abortion-policy> [<https://perma.cc/3V2T-GFJK>]; D. MANGAN, *Trump: I'll Appoint Supreme Court Justices to Overturn Roe v. Wade Abortion Case*, *CNBC* (Oct. 19, 2016, 10:00 PM), <https://perma.cc/F9E3-3S5F>.

⁹⁰ J.H. DAVIS, *With Kennedy gone, Roberts will be the Supreme Court's swing vote*, in *Supreme Court Preview*, 2018, 87-90.

today however is not whether *Whole Woman's Health* was right or wrong, but whether to adhere to it in deciding the present case. [...]» ha concorso al disposto della maggioranza conducendo alla dichiarazione di illegittimità della legge della Louisiana.

Il particolare percorso argomentativo di Roberts, pur consentendo, nel caso concreto, di confermare la giurisprudenza precedente e di non mettere in discussione, in quel momento, la portata dei casi *Roe* e *Casey* ha posto in evidenza la fragilità della tenuta, in termini contenutistici, dei precedenti giurisprudenziali in tema di aborto i quali in effetti, nel 2020, non vengono ancora messi in discussione; tuttavia, ciò accade non in quanto la maggioranza della Corte li ritiene solidi e correttamente ancorati ad una condivisa interpretazione della Costituzione federale quanto perché almeno uno fra i giudici (in qualche modo) sostenitori della scarsa persuasività di tali precedenti (nella specie il giudice Roberts) sceglie di rimanere aderente ad essi in virtù del rispetto del principio del precedente vincolante⁹¹.

La lettura del caso *Russo* è stata salutata dai sostenitori del diritto all'aborto come una vittoria nell'estenuante guerra giurisprudenziale che caratterizza tale ambito nell'esperienza americana e, al momento della sua adozione, ha alimentato l'idea che nonostante il nuovo tendenziale orientamento politico della Corte, delineatosi grazie alle nomine del Presidente Trump, il supremo giudice federale non fosse effettivamente disposto a farsi carico del peso, in termini di conflitto politico e di tenuta della legittimità dell'organo di suprema giurisdizione, che il rivalutare la sussistenza ed i limiti del diritto all'aborto negli Stati Uniti rappresenterebbe.

Tale opinione riceveva peraltro conforto dalla constatazione per la quale, solamente pochi giorni prima, la medesima Corte aveva adottato un'altra storica sentenza, nel caso *Bostock v. Clayton County*⁹², dichiarando che, in base alla legge federale, è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o *transgender*. Questa decisione, presa da una maggioranza di sei giudici con tre sole opinioni dissenzienti, ha rasserenato coloro i quali temevano la nuova composizione personale della Corte suprema circa la capacità di tale collegio, pur ad orientamento prevalentemente conservatore, di dimostrare una relativa indipendenza dei singoli giudici dalle aspettative politiche o derivanti dai loro orientamenti assiologici prevalenti⁹³.

Se la lettura congiunta delle due decisioni (*Russo* e *Bostock*) può condurre, in prima battuta, a tali valutazioni, tuttavia è possibile approdare a conclusioni maggiormente sfumate e complesse considerando che le scelte decisorie della Corte, più che al tema della garanzia dei diritti inviolabili (che certamente connota alcuni giudici — in questo momento la minoranza — della suprema Corte), possono essere ancorate al fatto che nel medesimo collegio vi sono dei giudici che possiedono uno stile interpretativo della Costituzione federale rigoroso e formalistico di cui è un emblematico esempio la *dis-*

⁹¹ Sul punto si rinvia alle considerazioni di T.J. MOLONY, *Taking Another Look at the Call on the Field: Roe, Chief Justice Roberts, and Stare Decisis*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 43, 3, 2020, 733 ss.

⁹² *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020).

⁹³ Va in particolare segnalato che il giudice Gorsuch, di nomina trumpiana, è l'estensore dell'opinione di maggioranza, cui ha aderito anche il Chief Justice Roberts (Sul punto v. A. SPERTI, *Un'altra storica decisione della Corte Suprema: è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o transgender*, in *Articolo29*, 29.06.2020).

senting opinion di Roberts nel caso *Russo*⁹⁴ ma anche l'interpretazione testualista del caso *Bostock* (vergata, non a caso, da un giudice considerato decisamente conservatore, Gorsuch), che conduce ad un esito inaspettatamente progressista⁹⁵.

Altro elemento da considerare come di grande rilievo al fine di valutare la tenuta dei precedenti *Roe* e *Casey* è rappresentato dal fatto che la Suprema Corte sembra caratterizzata da un approccio giurisprudenziale per il quale la tutela dei diritti costituzionali "impliciti" in ambito federale vada ancorata al consenso che su quegli stessi diritti si registra nella dimensione statale, soprattutto quando incidono su materie che esulano dalla competenza federale.

Tale *trend* interpretativo, di matrice repubblicana, collegandosi politicamente alle dottrine del *new federalism*⁹⁶, è tuttavia rintracciabile anche nelle argomentazioni prodotte dai giudici di opposto orientamento⁹⁷.

⁹⁴ Sul tema con riguardo al giudice Roberts si rinvia al già citato T.J. MOLONY, op. cit.; più in generale, sul legame fra la tenuta del diritto all'interruzione della gravidanza e la regola dello *stare decisis* nella *common law* M. MURRAY, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, in *Harvard Law Review*, 134, 2020, 308 ss.

⁹⁵ Nella decisione *Bostock v. Clayton County*, si afferma che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale non può essere separata dalla discriminazione "a causa del sesso (biologico)". Si approda, dunque, ad una soluzione decisamente progressista («an employer who fires an individual merely for being gay or transgender violates Title VII») attraverso un percorso esegetico fondato su un ragionamento interpretativo fortemente testualista. Sul punto D. CAMONI, *Can a word change the world? Considerazioni a partire dalla sentenza Bostock v. Clayton County della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *dpceonline.it*, 4, 2020, 4515 ss.

⁹⁶ N.M. RICUCCI, *The U.S. Supreme Court's New Federalism and Its Impact on Antidiscrimination Legislation*, in *Review of Public Personnel Administration*, 23, 1, 2003, 3 ss. Cfr. inoltre C. BOLOGNA, *Stato federale e "National Interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010. Cfr. E. CHERMERINSKY, *The Federalism Revolution*, in *New Mexico Law Review*, 31, 7, 2001, 7 ss.; Per una valutazione critica sulla detta tendenza cfr. D. MCGIMSEY, *The Commerce Clause and Federalism after Lopez and Morrison: The Case for Closing the Jurisdictional-Element Loophole*, in *California Law Review*, 90, 2002, 1675 ss.

⁹⁷ Ne è un esempio la motivazione della decisione *United States v. Windsor*, 570 U. S. 744 (2013) ha sancito la parziale incostituzionalità del *Defence of Marriage Act* del 1996 (DOMA Act). Il DOMA è quell'atto normativo con il quale il Congresso aveva posto una definizione, per il diritto federale, dell'istituto del matrimonio quale unione esclusivamente eterosessuale; ciò al fine di escludere le coppie eventualmente unite in un matrimonio omosessuale dai possibili vantaggi (fiscali, di assistenza sanitaria ecc.), discendenti dalla normativa federale. Nella decisione *Windsor* la Corte osservava come, con tale atto normativo (peraltro paradossalmente adottato sulla base di poteri conferiti al Congresso dalla *full faith and credit clause* ovvero la clausola costituzionale statunitense preposta al reciproco riconoscimento fra gli Stati dei rispettivi atti e documenti) il Congresso deliberatamente poneva in una condizione di svantaggio una categoria di persone individuata da numerose normative statali come meritevole di particolari garanzie e, a ragione di ciò, sanzionava come illegittima la normativa federale. Cfr. L. FABIANO, *Riflessioni sulla circolazione interna della giurisprudenza statunitense: La Full Faith and Credit Clause della Costituzione federale*, in A. TORRE (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015.

Con la decisione *Windsor*, dunque, la Corte valorizzava moltissimo l'importanza del ruolo statale nel percorso di valutazione dei valori condivisi a livello nazionale affermando esplicitamente come «The dynamics of State government in the federal system are to allow the formation of consensus respecting the way the members of a discrete community treat each other in their daily contact and constant interaction with each other» (570 U. S. 744 (2013) 19) ed evidenziando, dunque, come il tema delle garanzie costituzionali si intreccia, nell'esperienza giurisprudenziale statunitense, con il tema concernente i principi e le dinamiche del federalismo. Sulla decisione *Windsor* si rinvia a L. FABIANO, *L'uso distorto della Full Faith and Credit Clause federale nell'adozione del Defense of Marriage Act del 1996: da clausola unificante a strumento di*

Ciò considerando si comprende perché, nella prospettiva di coloro che contestano i casi *Roe* e *Casey* e ne propugnano l'*overruling*, risulta certamente significativo il tasso stesso di contenzioso giurisdizionale sorto a ragione di approvazioni frequenti di normative statali che non ne rispettano gli *holdings* oltre che l'esistenza in diversi Stati di c.d. "*Trigger Laws*" (leggi formalmente approvate dagli Stati ed inapplicabili sino a che sia vigente il precedente *Roe* ovvero norme pronte ad innescarsi appena il contesto giuridico legislativo federale lo consenta) o di c.d. "*Zombie law*" (normative che, prima del 1973, vietavano l'aborto e che non sono vigenti in virtù della giurisprudenza della suprema Corte; tuttavia, non essendo mai state dichiarate incostituzionali giurisdizionalmente o formalmente "*repealed*" dal legislatore statale possono acquisire nuovamente vigore con il mutare della giurisprudenza vincolante)⁹⁸.

5. Gli *Unborn Child Rights*: la normativa e la giurisprudenza sulle modalità di esecuzione dell'aborto nel *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003 ed l'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004

Il parziale ridimensionamento della portata del precedente *Roe* attraverso l'esclusiva conferma del suo *holding* essenziale ed il riconoscimento della possibilità per gli Stati di regolamentare l'aborto (nel perseguimento di intenti *pro-life*) nei limiti dell'*undue burden* non è stato dunque passaggio sufficiente a pacificare il contrasto ideologico sul tema. *Trap* e *trigger laws* costituiscono certamente una manifestazione concreta della mancata adesione di una folta parte dell'opinione pubblica alla giurisprudenza federale sul diritto all'interruzione volontaria della gravidanza. Tuttavia, tali normative sono state dichiarate perlopiù incostituzionali o, comunque, non sono entrate in vigore rappresentando perciò il possibile scenario normativo in caso di *overruling* dei precedenti giurisprudenziali federali.

Una tipologia di legislazione adottata inizialmente a livello statale (per poi essere recepita a livello federale) che è riuscita a sopravvivere alla scure del giudice costituzionale è stata quella riguardante una particolare modalità di procedura abortiva che prende il nome di *partial-birth abortion*⁹⁹.

La Corte suprema si pronuncia sul tema per la prima volta nel 2000, nel caso *Stenberg v. Carhart*¹⁰⁰ riguardante una normativa dello Stato del Nebraska che vietava ogni tipologia di *partial birth abortion* (a meno che essa non fosse necessaria per salvare la vita della gestante). In tale circostanza la Corte dichiarò illegittima la disciplina statale innanzi tutto in quanto in essa non era prevista una clausola che consentisse la pratica abortiva in relazione alla tutela della salute della donna (e non so-

ghettizzazione, in C. CASONATO, A. SCHUSTER (a cura di), *Rights On The Move — Rainbow Families in Europe*. Trento, 16-17 October 2014, e-book, url: <http://eprints.biblio.unitn.it/4448/>.

⁹⁸ C. DE SANTIS, "*The People v. Roe*": negli Stati Uniti l'ondata anti abortista non si arresta e punta dritto verso Washington D.C., in *Rivista di Diritti Comparati*, 2019.

⁹⁹ La pratica dell'aborto con parto parziale è una procedura abortiva che può esplicarsi secondo due distinte modalità ovvero la procedura c.d. di dilatazione ed evacuazione (D&E) e la procedura di dilatazione ed estrazione (D&X). La distinzione principale tra le due procedure risiede nel fatto che nella la procedura D&E si verifica un parto con feto già morto e smembrato mentre nella procedura D&X viene estratto un feto (che decede in utero nel corso dell'operazione) in condizioni fisico strutturali relativamente intatte. La distinzione è descritta nel dettaglio della decisione *Stenberg v. Carhart*.

¹⁰⁰ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

lo a garanzia della vita della stessa) ed in secondo luogo perché il divieto generalizzato della detta pratica risultava troppo ampio ed in definitiva vago ed indeterminato¹⁰¹.

Negli anni successivi il legislatore federale discute più volte delle normative volte ad introdurre divieti simili (scontrandosi con il veto presidenziale di Bill Clinton) ed approda all'approvazione di una tale proibizione nel 2003 (durante il mandato del Presidente Bush). Il *Partial Abortion Ban Act* del 2003 sancisce il divieto di aborto con parto parziale nella sola modalità di "dilatazione ed estrazione" (D&E) mentre, con riguardo al tema delle eccezioni specifiche a tutela della salute della gestante si limita a prevedere un'eccezione al divieto nell'esclusivo caso in cui la tecnica sia indispensabile per salvare la vita della donna sulla base della considerazione per la quale esistono «prove documentali sufficienti» dalle quali emergerebbe che «un *partial birth abortion* non è mai necessario per preservare la salute donna»¹⁰². La normativa, impugnata dinanzi alla Corte suprema attraverso un "*facial challenge*"¹⁰³ viene giudicata legittima costituzionalmente nella decisione *Gonzales v. Carhart*¹⁰⁴.

La pronuncia *Gonzales*, che si pone come atto conclusivo di un dibattito, vivo negli Stati Uniti dalla fine degli anni novanta, sull'opportunità di vietare alcune tecniche abortive caratterizzate da una particolare efferatezza apre certamente al tema del divieto di una modalità medica di interruzione della gravidanza giustificato da «*ethical and moral concerns*»¹⁰⁵. La questione era stata al centro della campagna presidenziale di George W. Bush ed aveva trovato ampio terreno anche nei dibattiti dei Parlamenti di numerosi Stati i quali, in quegli anni, avevano approvato leggi dal contenuto pressoché analogo a quello della legge federale impugnata. La normativa, adottata sulla base della *Commerce clause*¹⁰⁶, non viene dichiarata illegittima in quanto più specifica nei suoi intenti inibitori rispetto alla disciplina del Nebraska sanzionata nel precedente caso *Stengberg*. Nondimeno, ciò che colpisce nella decisione è che in questa occasione, forse per la prima volta in assoluto, la Corte abbandona il suo tradizionale stile "distaccato" nei confronti del feto sottolineando che esso, a prescindere dal mo-

¹⁰¹ La giurisprudenza della Corte suprema è difatti molto chiara con riguardo al principio per il quale una normativa, per essere legittima, non può essere vaga e imprecisa nella definizione di ciò che è permesso o vietato in quanto deve consentire al cittadino di comprenderne il significato per poter assumere di conseguenza comportamenti adeguati (e non deve consentire a coloro che sono preposti all'applicazione della normativa un margine discrezionale troppo ampio). Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108-09 (1972) in cui la Corte afferma «[v]ague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warnings. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory applications» Id. At 108-109. Cfr. altresì *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983) e *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Si veda altresì *Reno v. American Civil Liberties Union Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

¹⁰² Pag. 13 *Opinion of the Court*.

¹⁰³ Sull'uso del *facial challenge* in tema di aborto cfr. R. PILON, *Facial v. As-Applied Challenges: Does It Matter?*, in *Cato Supreme Court Review*, 2008-2009, Washington, VII-XVII.

¹⁰⁴ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). Sulla decisione cfr. il commento di A. SPERTI, *La Corte suprema statunitense e il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso "Roe v. Wade"?*, in *Il Foro italiano*, 130, 7-8, 2007, 395, 396-403, 404.

¹⁰⁵ *Ivi*, 398.

¹⁰⁶ Sulla legittimità del titolo competenziale la Corte, tuttavia, non si pronuncia.



mento della vitalità, è “un organismo vivente nel grembo materno”¹⁰⁷ e che il divieto di alcune tecniche abortive particolarmente crudeli oltre che porsi a tutela della “dignità della vita umana”¹⁰⁸ sono una forma di garanzia nei confronti delle donne che decidono di abortire le quali, se si rendessero conto delle modalità attraverso le quali si giunge a tale obiettivo, probabilmente rinunciavano all'interruzione della gravidanza¹⁰⁹. Se si considera che redattore della decisione è il giudice Kennedy, il quale è stato fra i giudici di maggioranza per decisioni a salvaguardia del diritto all'interruzione della gravidanza¹¹⁰, tale stile argomentativo, contestato come paternalistico dai giudici dissenzienti (in particolare nell'infuocata opinione dissenziente del giudice Ginsburg) evidenzia come il tema dell'aborto, in quanto dotato di numerose sfumature, sia tale da produrre delle significative spaccature nelle valutazioni e nelle argomentazioni dei giudici a seconda della prospettiva dalla quale gli stessi lo valutano. La decisione *Gonzales* in questo senso è emblematica del fatto che, nell'ambito del più ampio tema dei *reproductive rights*, la questione “aborto” è considerata delicata (e fonte di non pochi dubbi) dagli stessi sostenitori del pensiero libertario¹¹¹ (di cui il giudice Kennedy è senz'altro un significativo esponente)¹¹².

L'anno successivo all'approvazione del *Partial Abortion Ban Act*, il Congresso adotta un ulteriore atto normativo, fortemente voluto dalla Presidenza Bush, che sottolinea una visione del feto nel grembo materno non quale vita “potenziale” (secondo l'impianto di *Roe*) quanto piuttosto come esistenza concreta. L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 introduce la sezione 1841 del 18 *US Code* (*Protection of Unborn Child*) e 919a del 10 *US Code* (*Death or injury of an unborn child*) ponendo una responsabilità penale in capo a chi, commettendo determinati reati (quelli previsti nel relativo codice), produce come effetto la morte o reca danno ad un feto ancora nel corpo materno. Entrambe le previsioni prevedono un'eccezione esplicita con riguardo alle pratiche abortive (effettuate su richiesta della madre nei limiti della legge) e tuttavia è evidente che l'approvazione di tali disposizioni, hanno contribuito ad alimentare fortemente la radicalizzazione del dibattito fra gli strenui difensori del diritto all'aborto e coloro i quali, sostenendo la necessità di tutelare i diritti dei nascituri, si opponevano con altrettanta forza a tale approccio federale “strabico”.

Il tema è stato affrontato soprattutto a livello statale in quanto in numerosi Stati della Federazione erano vigenti normative sanzionatorie per lesioni o morte di un feto collegate ad un altro reato o an-

¹⁰⁷ *Gonzales v. Carhart, Syllabus*: «by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb».

¹⁰⁸ *Gonzales v. Carhart*, 26 e 27 dell'*Opinion of the Court*: «The Act proscribes a method of abortion in which a fetus is killed just inches before completion of the birth process [...] The Act expresses respect for the dignity of human life».

¹⁰⁹ La Corte, ad esempio, afferma che «It is self-evident that a mother who comes to regret her choice to abort must struggle with grief more anguished and sorrow more profound when she learns, only after the event, what she once did not know: that she allowed a doctor to pierce the skull and vacuum the fast developing brain of her unborn child, a child assuming the human form», 29 dell'*Opinion of the Court*.

¹¹⁰ Il giudice Kennedy vota con la maggioranza in diverse occasioni fra i quali la stessa decisione *Casey* ed il caso già citato *Whole Woman's Health*.

¹¹¹ Cfr. C. NAILY, J. SCHWEIKERT, *The Hard Problem of Abortion Rights*, in *cato.org*, June 24, 2022.

¹¹² Sullo stile argomentativo del giudice Kennedy si rinvia a R.E. BARNETT, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, in *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, Washington, 2003, 21 ss. Per la dottrina italiana cfr. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020, 97 ss.

che autonomamente (al di fuori di una legale procedura d'aborto)¹¹³. Nella decisione *State v. Merrill*¹¹⁴, ad esempio, la Corte suprema del Minnesota si è pronunciata in tema di *equal protection* sull'*Unborn Child Homicide Statute* dello Stato sancendo la differenza intercorrente fra quanto sanzionato nella detta normativa e la pratica abortiva. Un uomo (Merrill) condannato sulla base dell'*Unborn Child Homicide Statute* (in quanto aveva provocato la morte di un nascituro sparando alla madre in fase di gestazione avanzata) contestava la differenza di previsione da applicarsi nei suoi confronti ed i diritti della stessa madre la quale, in caso di aborto, non sarebbe stata perseguita. La difesa del ricorrente era incentrata specificatamente su quanto stabilito nel 1973 nella decisione *Roe* ovvero che un feto (soprattutto nella fase precedente alla *viability*) non potesse considerarsi un essere umano. La Corte, tuttavia, non accoglie le contestazioni della difesa fondandosi espressamente sul precedente *Roe* ed evidenziando come tale giurisprudenza, finalizzata a garantire i diritti di autodeterminazione della donna, rendesse legittima (entro determinati limiti) la scelta abortiva di una madre ed illegittima la privazione della vita ad un *Unborn Child* da parte di chiunque altro¹¹⁵.

Il dibattito che si sviluppa nel periodo dell'approvazione del *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003 e dell'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 si collega a quelle riflessioni in tema di *fetal rights v. maternal rights*¹¹⁶ concernenti la legittimità (o meno) dell'imposizione di vincoli alla libertà della donna gestante nell'interesse della gravidanza e del nascituro. Prima e dopo la decisione *Roe*, infatti, sono state adottate diverse sentenze statali le quali hanno imposto determinate pratiche mediche a donne

¹¹³ Tre stati sanzionano penalmente la morte di un feto vitale (*Ind. Code* §§ 35-42-1-1(4), 35-42-1-6; *Mich. Comp. Laws* § 750.322 — in Michigan la decisione *Larkin v. Cahalan*, 208 N.W.2d 176 (Mich. 1973) ha limitato l'applicazione di tale norma esclusivamente ai feti considerati vitali secondo la definizione offerta nella decisione *Roe*; *Tenn. Code Ann.* § 39-13-214). Sei Stati sanzionano penalmente la morte di un feto che si muove nel ventre materno, il c.d. *quick fetus* (*Fla. Stat. Ann.* § 782.09; *Ga. Code Ann.* § 16-5-80; *Nev. Rev. Stat. Ann.* § 200.210; *Okla. Stat. Ann.* tit. 21, § 713; *R.I. Gen. Laws* § 11-23-5; *Wash. Rev. Code* § 9A.32.060); in 16 Stati è sanzionata penalmente la morte di un *Unborn child* (a prescindere dal periodo gestazionale) e l'interruzione di una gravidanza a meno di pratica abortiva consentita (*Ariz. Rev. Stat.* § 13-1103(A)(5); 720 Ill. Comp. Stat. 5/9-1.2; *Iowa Code* § 707.8; *Ky. Rev. Stat. Ann.* § 507A.010 et seq.; *La. Rev. Stat. Ann.* § 14:32.5; *Minn. Stat.* § 609.266 et seq.; *Miss. Code Ann.* § 97-3-37; *Mo. Ann. Stat.* §§ 1.205, 565.020, 565.024; *Neb. Rev. Stat.* § 28-391; *N.D. Cent. Code* § 12.1-17.1-01 et seq.; *Ohio Rev. Code Ann.* § 2903.02; 18 *Pa. Cons. Stat.* § 2603; *S.D. Codified Laws* § 22-16-1; *Tex. Penal Code Ann.* § 1.07(a)(26); *Utah Code Ann.* § 76-5-201; *Wis. Stat.* §§ 939.75, 940.04). In quattro Stati la sanzione penale connessa alla morte di un *unborn child* è collegata al periodo gestazionale ovvero 20 settimane in Arkansas (*Ark. Code Ann.* §§ 5-1-102(13)(B)(i)(a), 5-10-101 et seq.), la fase embrionica in California (*Cal. Penal Code* § 187(a)); 24 settimane nello Stato di New York (*N.Y. Penal Law* § 125.00.). I dati sono tratti dal *CRS Report* RS21550 del 24 gennaio 2007 dal titolo *The Unborn Victims of Violence Act*.

A tali normative si associano poi quelle dette "*born alive laws*" ovvero leggi che sanzionano come omicidio la morte di un neonato nato vivo ma deceduto a causa di un'azione avvenuta mentre il bambino era ancora in gestazione. A livello federale questa tipologia di disciplina è normata dal *Born-Alive Infants Protection Act* del 2002 reperibile all'url <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ207/pdf/PLAW-107publ207.pdf>.

¹¹⁴ 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990). La decisione è rinvenibile all'url <https://bit.ly/3rkyfU>.

¹¹⁵ «*Roe v. Wade* protects the woman's right of choice; it does not protect, much less confer on an assailant, a third-party unilateral right to destroy the fetus», *State v. Merrill*, 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990), 3. A conclusioni simili approda la Corte suprema dell'Illinois nella decisione *People v. Ford*, 1 581 N.E.2d 1189 (Ill. 1991).

¹¹⁶ Sul tema E. IORATTI FERRARI, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, e K. SUMMERER, *Libertà della donna e tutela del nascituro. Il conflitto materno-fetale nella prospettiva del diritto penale*, entrambi in S. CANESTRARI., G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Il governo del Corpo*, I, Milano, 2022, rispettivamente 1605 ss. e 1623 ss.

gestanti nell'esclusivo interesse del buon esito della gravidanza e della salute futura del nascituro: nella decisione *In re Jamaica Hospital*¹¹⁷, un ospedale ha ottenuto un'ingiunzione giudiziaria che obbligava ad una trasfusione sanguigna una donna in attesa alla diciottesima settimana. La paziente, testimone di Geova, rifiutava la trasfusione per motivi religiosi. La Corte suprema di New York autorizzò l'obbligo alla pratica medica anche se il feto non era ancora nella fase di *viability* sostenendo che anche se, in quella fase gestazionale, la donna poteva scegliere di abortire, nel caso in cui sceglieva di portare avanti la gravidanza doveva garantire «*a legal right to begin life with a sound mind and body*»¹¹⁸; In *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Auth.*¹¹⁹, la Corte suprema della Georgia ha imposto il taglio cesareo ad una donna gravida che soffriva di placenta previa. Altrettanto è avvenuto nel caso *In re Madyun Fetus*¹²⁰; In *In re A.C.*¹²¹ la Corte di appello per il distretto della Columbia ordinò un taglio cesareo cui la gestante (affetta da leucemia) non aveva consentito aggravando le condizioni di salute della donna che morì due giorni dopo l'intervento. La Corte, avallò la decisione osservando che le gravi condizioni di salute della madre non potevano che peggiorare, a prescindere dal taglio cesareo, mentre il feto, attraverso l'effettuazione della pratica chirurgica, aveva maggiori aspettative di sopravvivenza¹²². Tali vicende giurisdizionali sono state criticate¹²³ in connessione a quanto stabilito in *Roe* in quanto considerate in violazione del principio di autodeterminazione femminile sancito in tale decisione. È evidente come l'*overruling* di *Roe*, potrebbe riaprire la strada a tale dibattito riproponendo, dunque, temi quali la responsabilità civile e penale della gestante per danni arrecati al feto in fase prenatale o, come già accennato, la legittimità di imposizioni legali alle donne gravide nell'interesse del nascituro (ricoveri forzati, trasfusioni sanguigne, taglio cesareo su esclusiva decisione del medico ecc.). Con riguardo a questo secondo aspetto è tuttavia stato osservato che la

¹¹⁷ *In re Jamaica Hospital*, 128 Misc. 2d 1006, 491 N.Y.S.2d 898 (1985).

¹¹⁸ *Evans v. Olson*, 550 P.2d 924, 927 (Okla. 1976); *Womack v. Buchhorn*, 384 Mich. 718, 725, 187 N.W.2d 218, 222 (1971); *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353, 364-65, 157 A.2d 497, 503 (1960).

¹¹⁹ *Jefferson v. Griffin Spalding Co. Hosp. Auth.*, 247 Ga. 86, 274 S.E.2d 457 (1981). In tale circostanza il taglio cesareo era nell'interesse congiunto di madre e nascituro e tuttavia la Corte nella decisione sottolinea il peso che i diritti di quest'ultimo assumevano in ordine alla necessità di imporre la via chirurgica al parto.

¹²⁰ *In re Madyun Fetus*, No. 189-86 (D.C. Super. Ct. July 26, 1986).

¹²¹ *In re A.C.*, 533 A.2d 611 (D.C. A 1987).

¹²² «The Caesarean section would not significantly affect A.C.'s condition because she had, at best, two days left of sedated life; the complications arising from the surgery would not significantly alter that prognosis. The child, on the other hand, had a chance of surviving delivery, despite the possibility that it would be born handicapped. Accordingly, we concluded that the trial judge did not err in subordinating A.C.'s right against bodily intrusion to the interests of the unborn child and the state, and hence we denied the motion for stay». *In re A.C.*, 533 A.2d 611, 617 (D.C. 1987). Anche in questa decisione la Corte afferma la piena differenza fra il diritto materno all'aborto ed il dovere, qualora una donna decida di portare avanti una gravidanza, di adottare tutti i comportamenti necessari al benessere del nascituro «as a matter of law, the right of a woman to an abortion is different and distinct from her obligations to the fetus once she has decided not to timely terminate her pregnancy». *In re A.C.*, 533 A.2d 611, 614 (D.C. 1987). Sul punto cfr. D. MATHIEU, *Respecting Liberty and Preventing Harm: Limits of State Intervention on Prenatal Choice*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 8, 1985, 19 ss.

¹²³ Sul punto R.M. TRINDEL, *Fetal Interests vs. Maternal Rights: Is The State Going Too Far?*, in *Akron Law Review*, 24, 3, 1991, 743 ss.

giurisprudenza statunitense sarebbe solida nell'affermare il principio per il quale non è possibile imporre ad un individuo un trattamento medico nell'interesse di qualcun altro¹²⁴.

6. L'*Heartbeat Law* texana e le strategie applicative finalizzate ad aggirare la giurisdizione della Corte suprema

La litigiosità connessa al tema del diritto all'aborto si è manifestata infine, in anni recenti, con l'adozione in alcuni Stati, di normative che vietano l'aborto in epoche gestazionali decisamente precedenti alla ventiquattresima settimana (periodo in relazione al quale la giurisprudenza degli esordi aveva ancorato il concetto di *viability* del feto)¹²⁵.

Una vicenda giurisprudenziale più che nota, in quanto ha suscitato grande attenzione mediatica, è il caso *Whole Woman's Health v. Jackson*¹²⁶ riguardante una legge dello Stato del Texas (il *Senate Bill 8*) adottata nel 2021 e conosciuta come "*heartbeat law*" ("legge del battito cardiaco"). La norma pone la comparsa del battito cardiaco fetale come momento a partire dal quale si fa divieto di eseguire la pratica abortiva. Se si considera che, con le conoscenze mediche attuali, è possibile percepire il battito fetale intorno alla sesta/settima settimana di gravidanza, risulta evidente come la normativa texana abbia fissato un limite alla possibilità di eseguire aborti assolutamente precoce corrispondente ai primi momenti della gestazione o addirittura quando una donna potrebbe ancora non sapere di essere in attesa.

Ciò considerando è evidente quanto la detta disciplina (la quale, peraltro, non prevede alcuna eccezione per le gravidanze risultate da incesto o violenza sessuale) risulti enormemente restrittiva.

È da osservarsi che la normativa texana non sia un'assoluta novità: normative analoghe hanno iniziato a fare la loro comparsa a partire dal 2013 con l'adozione da parte del legislatore del North Dakota di quella che era, all'epoca, la disciplina più stringente in materia di interruzione volontaria di gravidanza sul territorio statunitense. A tale disciplina sono seguiti successivamente altri interventi legislativi in numerosi altri Stati a maggioranza repubblicana (Arkansas, Iowa, Georgia, Alabama, Oklahoma e Tennessee). Tuttavia, tali leggi non sono mai giunte all'attenzione della Corte suprema in quanto sono state ogni volta giudicate incostituzionali dai tribunali chiamati, di volta in volta, ad autorizzarne o negarne l'*enforcement*¹²⁷.

¹²⁴ Ad esempio nella decisione *McFall v. Schimp*, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (1978) la Corte distrettuale della Pennsylvania stabilì che non fosse possibile obbligare un parente di un malato ad un trapianto di midollo a favore di un congiunto. Anche nella successiva decisione *Curran v. Bosze*, 141 Ill. 2d 473, 566 N.E.2d 1319 (1990) la Corte Suprema dell'Illinois ha certificato la legittimità di una decisione di una madre di negare un trapianto di midollo fra fratelli (entrambi suoi figli). Sul punto cfr. J.J. THOMPSON, *A Defence of Abortion*, in *Philosophy of Public Affairs*, 1, 1, 1971 (ristampato in R. MUNSON (ed.), *Intervention and Reflection, Basic Issue in Medical Ethics*, 5th ed., 1996, 69-80.

¹²⁵ Sul punto si rinvia per la dottrina italiana a R. BIZZARI, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *federalismi.it*, 12, 2022; G. TIEGHI, *Sfide (epocali?) generate dalla State Abortion Legislation 2021 statunitense: "Critical Oral Arguments" dinanzi alla Corte Suprema*, in *dpce online*, 1, 2022.

¹²⁶ 594 U.S. _ (2021), Docket, 21 — 463.

¹²⁷ In particolare, l'*House Bill* No. 1456 (la normativa adottata in North Dakota) è stato dichiarato incostituzionale in primo grado, decisione poi confermata dalla 8th *Circuit Court of Appeals* in *MKB*

La disciplina texana, impugnata con una procedura d'emergenza (al fine di impedirne l'entrata in vigore), costituisce, tuttavia, un *unicum* in quanto connotata da caratteristiche tecnico-applicative assolutamente atipiche e peculiari probabilmente pensate per aggirare il giudizio della Suprema Corte nel merito. Sulla base della legge texana infatti il rispetto del divieto posto nella stessa normativa non è affidato ad alcun funzionario statale bensì ai privati cittadini i quali possono agire in giudizio contro chiunque pratichi o favorisca un aborto (ricevendo un premio di 10.000 dollari per ogni ricorso accolto o, in caso contrario, il pagamento delle spese legali sostenute). Dunque, sulla base della detta normativa, un qualunque privato (anche non residente nello Stato del Texas) può intentare un'azione civile contro medici abortisti e personale sanitario ma anche avverso chiunque si sia reso disponibile a sostenere i costi della procedura abortiva o ad assistere in altro modo una gestante in procinto di interrompere volontariamente la propria gravidanza.

Tale peculiare strategia applicativa è chiaramente delineata al fine di aggirare quanto stabilito nel precedente giurisprudenziale della Corte suprema *Ex Parte Young*¹²⁸ in base al quale, invece, i ricorsi federali aventi ad oggetto la costituzionalità di una legge statale devono essere presentati contro i funzionari incaricati dell'*enforcement* dell'atto legislativo.

La particolare strategia applicativa della norma texana ha, in effetti, sortito i suoi risultati conducendo una (pur estremamente divisa¹²⁹) Corte suprema federale a respingere il ricorso con una maggioranza di 5 giudici contro 4. Difatti, pur riconoscendo che i dubbi di costituzionalità sollevati dalla *Whole Woman's Health* (la clinica che aveva intentato il ricorso¹³⁰) fossero assolutamente rilevanti

Management Corp. v. Wayne Stenehjem, 795 F.3d 768 (8th Circ. 2015); la stessa cosa è avvenuta per lo *Human Heartbeat Protection Act* dell'Arkansas, risalente al 2013, che vietava l'aborto dopo dodici settimane dall'inizio della gestazione qualora il medico avesse rilevato battito cardiaco nell'embrione (cfr. *Edwards v. Beck*, 786 F.3d 1113 (8th Circ. 2015)). Ancora, il *Senate File* No.359 dell'Iowa è stato ritenuto incostituzionale dalla Corte distrettuale in *Planned Parenthood of the Heartland v. Kim Reynolds*, 915N.W. 2d206 (Iowa2018). In alcuni casi, l'esecuzione delle leggi è stata temporaneamente bloccata: ad esempio, l'*House Bill* No. 314 dell'Alabama in *Robinson et al v. Marshall et al.*, 454 F. Su 3d 1188 (M. D. Ala. 2020); in Georgia il *Living Infants Fairness Equality Act* del 2019 è stato ritenuto incostituzionale dal giudice distrettuale in *Sister Song v. Kemp*, 472 F. Su 3d 1297 (Georgia, 2020), ma la Corte di Appello — cui è ricorso il convenuto — ha sospeso la decisione in attesa che la Corte Suprema si pronunciasse sulla costituzionalità della legge del Mississippi nel caso *Dobbs* (di cui infra).

¹²⁸ *Ex Parte Young*, 209 U.S. 123 (1908).

¹²⁹ Sulla spaccatura della Suprema Corte in tale vicenda processuale e sul ruolo del c.d. *shadow docket* nell'evoluzione della giurisprudenza statunitense si rinvia alle riflessioni di R. BIZZARI, *op. cit.*

¹³⁰ La possibilità da parte delle cliniche abortive di intentare ricorsi avverso le normative che pongono dei divieti al diritto all'aborto è stata oggetto di ampia valutazione nella giurisprudenza della Corte suprema la quale da ultimo, nella decisione Russo ha confermato la pregressa giurisprudenza per la quale, in relazione al diritto all'aborto i ricorrenti possono legittimamente impugnare una legge sostenendone l'incostituzionalità poiché viola non diritti propri, ma di terzi (i.e. le loro pazienti); il giudice Brayer, redattore della decisione Russo ha in particolare evidenziato come, nei propri precedenti — a partire da *Planned Parenthood v. Casey* del 1992 citando *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) e *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) — la Corte Suprema ha considerato ammissibili i ricorsi presentati dagli *abortion providers* per la tutela dei diritti delle donne ed ha ammesso l'impugnazione da parte di soggetti che, pur non subendo direttamente il pregiudizio lamentato (in questo caso, l'*undue burden* nell'accesso all'aborto), hanno comunque un interesse alla dichiarazione di incostituzionalità giacché l'applicazione della legge impugnata produrrebbe effetti direttamente sui ricorrenti, con una ripercussione secondaria sui diritti di terze parti. Sul punto cfr. H.P. MONAGHAN, *Third Party Standing*, in *Columbia Law Review*, 84, 1984, 277 ss.; R.H. FALLON, JR., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party*

(ed evidenziando la possibilità che la normativa possa essere sanzionata come costituzionalmente illegittima in procedimenti futuri)¹³¹, la suprema Corte ha stabilito di non pronunciarsi nel merito giacché ha ritenuto che non fosse possibile sapere con certezza se le parti convenute in giudizio (alcuni funzionari statali ed un attivista anti-abortista) avrebbero cercato di dare effettivamente esecuzione alle previsioni della normativa e dunque, in sostanza, la *Whole Woman's Health* e le altre cliniche ricorrenti, non erano state in grado di dimostrare di essere a rischio di un danno sufficientemente certo, tale da giustificare l'intervento della Corte suprema.

La decisione è corredata da diverse opinioni concorrenti e dissenzienti.

Particolarmente significativa risulta l'opinione dissenziente redatta dal *Chief Justice* Roberts, sottoscritta dai giudici Breyer e Kagan. Anche in questa occasione, schierandosi con un'area "politica" diversa da quella alla quale tradizionalmente viene iscritto, il *Chief Justice* ha definito il quadro normativo predisposto dal Texas "senza precedenti" criticando, in particolare, la scelta di assegnare il compito di far osservare il divieto posto dalla legge a cittadini privati (sollevando in tal modo le autorità statali da ogni responsabilità in merito all'attuazione della legge). Ciò considerando, data la particolarità del caso e l'elevata rilevanza della questione, Roberts ha sostenuto che sarebbe stato invece opportuno concedere l'ingiunzione e procedere ad una pronuncia nel merito¹³².

Altresì nel proprio *dissenting* (sottoscritto da Breyer e Kagan) la giudice Sotomayor, ha dichiarato che il *Senate Bill 8* è "palesamente incostituzionale" e che la decisione della maggioranza omette di tutelare non solo i diritti delle donne ma anche l'integrità della giurisprudenza della Corte¹³³.

La vicenda giudiziaria sulla normativa texana è proseguita nei mesi successivi a seguito dell'accoglimento da parte della Corte suprema di un *writ of certiorary* avanzato dalla clinica *Whole Woman's Health* il 22 ottobre 2021¹³⁴ oltre che con la decisione di disporre la trattazione immediata di una causa intentata (anch'essa con *writ of certiorary*) dall'amministrazione Biden nei confronti del Texas¹³⁵. Mentre l'impugnazione del governo federale è stata respinta con una breve decisione "*per curiam*" (in quanto considerato *improvidently granted*), nella (seconda) decisione *Whole Woman's*

Standing, in *Harvard Law Review*, 113, 2000, 1321 ss. Per la dottrina italiana Cfr. L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente*, cit.

¹³¹ Nella scarna motivazione che correda il rigetto della decisione si legge difatti: «in particular, this order is not based on any conclusion about the constitutionality of Texas's law, and in no way limits other procedurally proper challenges to the Texas law, including in Texas state courts», *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge et al.*, 594 U.S. (2021), 2.

¹³² Il Giudice Roberts afferma infatti che «the statutory scheme before the Court is not only unusual, but unprecedented [...] the desired consequence appears to be to insulate the State from responsibility for implementing and enforcing the regulatory regime [...] I would grant preliminary relief to preserve the status quo ante — before the law went into effect — so that the courts may consider whether a state can avoid responsibility for its laws in such manner», *Whole Woman's Health et al.*, 594 U.S. (2021), No. 21A24 (Roberts J., *dissenting*), 2.

¹³³ La Giudice Sotomayor definisce difatti l'ordine della Corte "*stunning*" e parla di «[...] a flagrantly unconstitutional law engineered to prohibit women from exercising their constitutional rights and evade judicial scrutiny» concludendo che «The Court should not be so content to ignore its constitutional obligations to protect not only the rights of women, but also the sanctity of its precedents and of the rule of law» 594 U.S. (2021), No. 21A24 (Sotomayor J., *dissenting*).

¹³⁴ *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S. (2021), No. 21-463.

¹³⁵ *United States v. Texas*, 595 U.S. (2021), No. 21-588.

Health v. Jackson la Corte ha parzialmente limitato la portata elusiva della normativa texana ammettendo la possibilità, per le cliniche ove si effettuano aborti, di citare in giudizio dinnanzi alle Corti inferiori i funzionari statali responsabili dell'abilitazione alla professione medica. Ciò in quanto la Corte ha valutato che, giacché il *Texas Medical Board* può esercitare potere disciplinare nei confronti dei medici che decidono di praticare l'aborto in violazione del S.B. 8, può altresì, di fatto, dare esecuzione allo stesso atto normativo nonostante l'*enforcement* sia formalmente attribuito ai soli privati cittadini.

La vicenda giudiziaria connessa alla legge texana ha suscitato grande attenzione mediatica nel corso del suo dispiegarsi ponendosi come un possibile preludio ad un'inversione nella giurisprudenza della Corte suprema in tema di aborto ed evidenziando, come hanno sottolineato nelle proprie opinioni individuali i giudici Roberts e Sotomayor, la pericolosa sussistenza di tecniche di *drafting* normativo tali da vanificare la giurisprudenza della Corte stessa¹³⁶. In particolare l'*opinion* del giudice Sotomayor si concentra su tale ultimo aspetto evidenziando come la normativa texana inauguri uno schema normativo che potrebbe essere facilmente replicato in futuro in altri Stati al fine di vanificare la giurisprudenza costituzionale a tutela di molteplici diritti svuotando in tal modo il senso della dimensione costituzionale federale delle garanzie costituzionali¹³⁷.

7. La dottrina dello *stare decisis et non quieta movere* nella giurisprudenza costituzionale statunitense

La dottrina dello *stare decisis et non quieta movere*, che affonda le sue radici nella tradizione settecentesca del *common law* inglese¹³⁸, è richiamata nei *Federalist papers*¹³⁹ anche se gli stessi *founding fathers* non nascondevano l'idea che il principio del precedente vincolante dovesse essere interpretato con saggezza¹⁴⁰.

¹³⁶ Afferma il giudice Roberts a chiusura del suo *dissenting*: «The clear purpose and actual effect of S. B. 8 has been to nullify this Court's rulings. It is, however, a basic principle that the Constitution is the "fundamental and paramount law of the nation" and «[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. » *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803). *Indeed*, «[i]f the legislatures of the several states may, at will, annul the judgments of the courts of the United States, and destroy the rights acquired under those judgments, the constitution itself becomes a solemn mockery» *United States v. Peters*, 5 Cranch 115, 136 (1809). «The nature of the federal right infringed does not matter; it is the role of the Supreme Court in our constitutional system that is at stake», 595 U. S. (2021), No. 21–463, *Chief Justice Roberts, with whom Justice Breyer, Justice Sotomayor, and Justice Kagan join, concurring in the judgment in part and dissenting in part*, 4.

¹³⁷ 595 U. S. (2021), No. 21-463, *Justice Sotomayor, with whom Justice Breyer and Justice Kagan join, concurring in the judgment in part and dissenting in part*, 12.

¹³⁸ William Blackston nei suoi *Commentaries* definisce il precedente come una «permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments [...] », *Blackstone's Commentaries on the Laws Of England*, 1, 69-70.

¹³⁹ Nel *Federalist* n. 78, a firma di Hamilton, si legge «To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that [judges] should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them [...] ».

¹⁴⁰ In una lettera scritta da JAMES MADISON a C.E. Haynes il 25 febbraio 1831 — (ristampata nel volume *The Writings of James Madison*, 9, in GAILLARD HUNT (a cura di), NY, 1900), reperibile all'url <https://oll.libertyfund.org/title/madison-the-writings-vol-9-1819-1836> — si legge: «That cases may occur which

La giurisprudenza statunitense, probabilmente anche in virtù della diversa dimensione costituzionale nordamericana rispetto a quella inglese¹⁴¹, ha in effetti, da sempre aderito ad una visione *soft* del principio dello *stare decisis* (inteso in senso orizzontale¹⁴²) in base alla quale il giudice decidente dispone di un certo margine di manovra nel valutare se disconoscere un precedente quando non lo condivide in termini contenutistici¹⁴³. Peraltro, con riguardo alla giurisprudenza della Corte suprema, tale approccio *weak* è maggiormente marcato con riguardo ai casi che implicano l'interpretazione della Costituzione piuttosto che l'interpretazione di *Statutes* giacché la Corte considera che un precedente non gradito, connesso ad una normativa prevista in uno *Statute*, può essere agilmente modificato dal Congresso mentre un emendamento costituzionale, necessario al fine di superare un precedente giurisprudenziale, è decisamente più difficile da adottare¹⁴⁴ ed in effetti, nel corso della sto-

transcend all authority of precedents must be admitted, but they form exceptions which will speak for themselves and must justify themselves», 443.

¹⁴¹ Sul condizionamento prodotto dal costituzionalismo scritto nell'interpretazione del principio dello *stare decisis* in USA cfr. W.O. DOUGLAS, *Stare Decisis*, in *Columbia Law Review*, 49, 1949, 735 ss, il quale afferma plasticamente: «A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembers above all else that it is the Constitution which he swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it», 736.

¹⁴² Sul vincolo orizzontale cfr. S. LAGARRE, C.R. HANDY, *Overruling Louisiana. Horizontal Stare Decisis and the Concept of Precedent*, in *Louisiana Law Review*, 82, 2021, 41 ss. Sul principio del precedente vincolante in senso verticale è molto chiara la Corte suprema nella decisione *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989): «If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions», at 484.

¹⁴³ Il *Black's Law Dictionary* (9a ed. 2009) definisce lo *stare decisis* come «the theory that courts must follow earlier court decisions without considering whether those decisions were correct», 1537 ed in effetti la dottrina giuridica evidenzia come in una visione formalistica dello *stare decisis* non ci sarebbe spazio per una valutazione contenutistica del precedente da parte del Giudice a meno che il precedente non sia “*flatly absurd or unjust*” (*Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, 1, 69-70); cfr. M.S. PAULSEN, *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?*, in *Yale Law Journal*, 109, 2000, 1535 ss. («The essence of the doctrine [...] is adherence to earlier decisions, in subsequent cases [...] even though the court in the subsequent case otherwise would be prepared to say, based on other interpretive criteria, that the precedent decision's interpretation of law is wrong», 1538). Del resto, è stato osservato, se una Corte segue le decisioni precedenti perché le condivide non sta aderendo al principio dello *stare decisis* ma sta effettivamente riaffermando un precedente, su questo cfr. R.H. FALLON, JR., *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, cit., in *New York University Law Review*, 76, 2001, 570 ss. («If a court believes a prior decision to be correct, it can reaffirm that decision on the merits without reference to *stare decisis*», 570). Anche H.P. GLENN, *Legal Traditions of The World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York NY, IV ed., 2010; trad. it. S. FERLITO (a cura di), *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011 ha avanzato dei dubbi sull'effettiva partecipazione dell'ordinamento statunitense alla tradizione di *common law* affermando che «in many respects US law represents a deliberate rejection of common law principle, with preference being given to more affirmative ideas clearly derived from civil law», 263. Ciononostante Glenn in questa e altre opera (cfr. Id., *On Common Laws*, Oxford-New York NY, Oxford University Press, 2005) continua a considerare gli Stati Uniti all'interno della famiglia di *common law*, seppur con contaminazioni. Per la dottrina italiana sul punto cfr. U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988.

¹⁴⁴ Cfr. *John R. Sand & Gravel Co. v. United States*, 552 U.S. 130 at 139 (2008):«[S]tare decisis in respect to statutory interpretation has special force, for Congress remains free to alter what we have done»; *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 954-55 (1992), Rehnquist, J., *concurring in the judgment in part*



ria statunitense, risultano solo 5 casi di precedenti della Corte suprema superati attraverso emendamento costituzionale¹⁴⁵.

La Corte suprema ha da sempre evidenziato come il principio dello *stare decisis* promuova la *Rule of Law*¹⁴⁶ e in generale la stabilità dell'ordinamento¹⁴⁷ ed ha, dunque, sempre affermato che per proce-

and dissenting in part: «Erroneous decisions in such constitutional cases are uniquely durable, because correction through legislative action, save for constitutional amendment, is impossible. It is therefore our duty to reconsider constitutional interpretations that “depart from a proper understanding” of the Constitution»; *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 175 n.1 (1989): «[C]onsiderations of *stare decisis* have added force in statutory cases because Congress may alter what we have done by amending the statute. In constitutional cases, by contrast, Congress lacks this option, and an incorrect or outdated precedent may be overturned only by our own reconsideration or by constitutional amendment»; *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665 (1944): «In constitutional questions, where correction depends upon amendment and not upon legislative action this Court throughout its history has freely exercised its power to reexamine the basis of its constitutional decisions»; *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406-07 (1932), *Brandeis, J., dissenting*: «[I]n cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions».

¹⁴⁵ *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, 117-18 (1970) (decisione con la quale la Corte ha stabilito che il Congresso non può stabilire quale limite di età per il voto i 18 anni nelle elezioni statali o locali, ma solo in quelle nazionali), superata con l'adozione del XXVI emendamento costituzionale («The right of citizens of the United States, who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age»); *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 158 U.S. 601, 637 (1895) (in base alla quale una tassa federale era incostituzionale perché non parametrata alla densità della popolazione degli Stati) superata attraverso l'adozione del XVI emendamento («The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration»); *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162, 178 (1874) (legittimante una legge statale che limitava il diritto di voto agli uomini), superata attraverso l'adozione del XIX emendamento («The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex»); *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 452-54 (1856) (schiavi ed ex schiavi sono privi della capacità di *standing* nelle Corti federali in quanto non sono cittadini statunitensi), superata dall'adozione del XIII e («Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction») XIV emendamento («All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws»); *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419, 452 (1793) (una Corte federale ha giurisdizione su cause civili sollevate da privati cittadini avverso gli Stati) superata dall' XI emendamento («The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another state, or by Citizens or Subjects of any Foreign state»).

¹⁴⁶ Cfr. ad esempio *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 378 (2010) (Roberts, J., *concurring*): «[*Stare decisis*'] greatest purpose is to serve a constitutional ideal — the rule of law. It follows that in the unusual circumstance when fidelity to any particular precedent does more damage to this constitutional ideal than to advance it, we must be more willing to depart from that precedent».

¹⁴⁷ *Alleyne v. United States*, 570 U.S. 99, 118 (2013) (Sotomayor, J., *concurring*): «We generally adhere to our prior decisions, even if we question their soundness, because doing so ‘promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process’»; *Hilton v. S.C. Pub. Rys. Comm’n*, 502 U.S. 197, 202 (1991): «Adherence to precedent promotes stability, predictability, and respect for judicial authority»); *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991): «*Stare decisis* is the preferred course because it promotes the even-

Reviews



dere ad un *overruling* è necessario che vi siano delle ragioni significative che giustificano la mancata aderenza alla regola del precedente vincolante¹⁴⁸.

In una recente decisione adottata dalla Corte suprema¹⁴⁹, il giudice Alito¹⁵⁰ ha utilizzato uno schema in relazione al quale valutare la sussistenza di una o più “*special justifications*” in relazione alle quali è possibile legittimamente ripudiare un precedente. Tali ragioni attengono generalmente: alla qualità dell’argomentazione giuridica dello stesso (*Quality of Reasoning*), quando il precedente è irrazionale, mal argomentato, palesemente errato; al fatto che il precedente sia di difficile applicazione per le Corti inferiori (*Workability*); al fatto che sia incoerente rispetto ad altri precedenti ad esso correlati (*Inconsistent*); al fatto che si siano verificati dei cambiamenti sostanziali nella percezione di fatti rilevanti assunti per la decisione del precedente (*Changed Understanding of Relevant Facts*). La Corte, tuttavia, nel decidere se adottare o meno un *overruling* è tenuta a considerare con grande attenzione la possibilità che il cambiamento giurisprudenziale possa avere un impatto su aspettative sociali od economiche, individuali o collettive talmente radicate da essere percepito come una lesione nella tutela dei diritti fondamentali individuali o un’alterazione del sistema dei poteri (*Reliance*)¹⁵¹.

handed, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process»); *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265-66 (1986): «[T]he important doctrine of stare decisis [is] the means by which we ensure that the law will not merely change erratically, but will develop in a principled and intelligible fashion. That doctrine permits society to presume that bedrock principles are founded in the law, rather than in the proclivities of individuals, and thereby contributes to the integrity of our constitutional system of government, both in appearance and in fact».

¹⁴⁸ Cfr. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. ___, No. 16-1466, (2018): «We will not overturn a past decision unless there are strong grounds for doing so» at 34; *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 864 (1992) (*plurality opinion*): «[A] decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided [...] stating that reexamining precedent requires more than “a present doctrinal disposition to come out differently”»; *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203, 212 (1984): «Although adherence to precedent is not rigidly required in constitutional cases, any departure from the doctrine of stare decisis demands special justification». Cfr. sul tema M.J. GERHARDT, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, in *George Washington Law Review*, 60, 1991, 68 ss., il quale afferma «The inevitable consequence of [overruling precedent solely because of disagreement with its underlying reasoning] would be chaos, lack of certainty regarding the durability of a number of individual freedoms, and/or proof positive that constitutional law is nothing more than politics carried on in a different forum», 71.

¹⁴⁹ *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. ___(2018), Docket n. 16-1466,.

¹⁵⁰ Justice Alito è da sempre sostenitore di un’interpretazione ragionevole del principio dello *stare decisis* in relazione al quale nel corso dei suoi *confirmation hearings* ebbe ad affermare: «Well, I think what needs to be done is a consideration of all of the factors that are relevant. This is not a mathematical formula. It would be a lot easier for everybody if it were. But it is not. The Supreme Court has said that this is a question that calls for the exercise of judgment. They have said there has to be a special justification for overruling a precedent. There is a presumption that precedents will be followed. But it is not — the rule of stare decisis is not an inexorable command, and I don’t think anybody would want a rule in the area of constitutional law that [...] said that a constitutional decision, once handed down, can never be overruled» *Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel A. Alito, Jr. To Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong.* 399 (2006).

¹⁵¹ L’elenco è tratteggiato dal Giudice Alito nella decisione *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees* e commentato da B.J. MURRILL, *The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Prece-*

Fra le “*special justification*” ipotizzate in anni passati quali motivi idonei a consentire l’*overruling* del caso *Roe* risulta affascinante la teoria proposta dal giudice Thomas nella sua opinione concorrente al caso *Box v. Planned Parenthood*¹⁵². La vicenda riguardava una legge dell’Indiana concernente lo smaltimento dei resti fetali e l’imposizione di un *selective abortion ban*, ovvero di una normativa che impediva aborti selettivi giustificati sulla base della razza, del sesso o dello stato di disabilità del feto. La Corte del Settimo Circuito aveva sancito l’illegittimità della normativa e la questione era giunta infine alla Corte suprema. La decisione è stata assunta *per curiam* e la Corte, sostanzialmente, non si è pronunciata nel merito; tuttavia, il giudice Thomas, condividendo alcune osservazioni della Corte di circuito (di cui era componente, all’epoca, il futuro giudice Amy Coney Barrett), ha elaborato una sua personale opinione nella quale ha avanzato l’idea che l’aborto sia uno strumento medico caratterizzato da fini eugenetici di selezione della razza utilizzato come mezzo di repressione e progressiva eliminazione della popolazione di colore. La teoria di Thomas non ha trovato un sufficiente sostegno nella dottrina e nella giurisprudenza statunitense ed è inoltre da evidenziare come la questione razziale, in connessione al tema del diritto all’aborto, sia argomento dibattuto in modi divergenti a seconda delle prospettive adottate giacché i movimenti femministi hanno insistito, nel tempo, sulla necessità di valutare l’iniquità dell’accesso all’aborto ed alla contraccezione per le donne di colore (sostenendo che spesso questo comportava che le donne di colore più facilmente finivano con l’optare per la sterilizzazione) mentre, parallelamente, i movimenti antiabortisti hanno elaborato l’idea, condivisa dal giudice Thomas, che l’aborto possa in realtà sottendere a fini eugenetici per la repressione della popolazione di colore¹⁵³.

Nondimeno, la teoria avanzata dal Justice Thomas nella decisione *Box* è stata considerata con grande attenzione dalla dottrina statunitense in relazione al segnale che essa rappresenta ovvero il tentativo, da parte di alcuni giudici della Corte suprema, di elaborare delle giustificazioni incontrovertibili alla necessità di superare i precedenti giurisprudenziali connessi al diritto all’interruzione volontaria della gravidanza¹⁵⁴.

Poco dopo la decisione del caso *Box* si è verificata la saga giurisprudenziale connessa alla normativa *Heartbeat* del Texas.

Le vicende connesse alla normativa texana hanno suscitato grande clamore nella dottrina giuridica statunitense ed internazionale risultando sorprendente la decisione della Corte di non entrare, per quanto possibile, nel merito della questione ovvero di non pronunciarsi sull’effettiva legittimità costituzionale del *Senate Bill 8*. Tale scelta è tuttavia da collegarsi alla circostanza per la quale, nel periodo

dent, *CRS Report for Congress*, 2018. Con riguardo in particolare alla *Reliance* nel *Report* si distingue fra *Economic, Societal e Governmental Reliance* ovvero affidamento nel precedente di tipo economico, di aspettativa sociale (caratteristica richiamata ad esempio nella decisione *Casey*) ed istituzionale. Per un approccio critico alla *societal reliance* cfr. A. LAZARO MILLS, *Reliance by Whom? The False Promise of Societal Reliance in Stare Decisis Analysis*, in *New York University Law Review*, 92, 2017, 2094 ss. il quale a pagina 2096 afferma «Ultimately, societal reliance provides the Court with vast and unpredictable discretion when deciding whether to overturn a contested precedent».

¹⁵² *Box v. Planned Parenthood*, 587 US_ (2019), Docket n. 18-483.

¹⁵³ Sul punto, M. MURRAY, *Race-ing Roe: Reproductive Justice, Racial Justice, and the Battle for Roe v. Wade*, in *Harvard Law Review*, *cit.*, 134, 2021; cfr. anche M. S. PAULSEN, *Abortion as an Instrument of Eugenics*, in *Harvard Law Review*, 134, 2021, 415 ss.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibid.*

in cui sono state assunte le decisioni sulla legge texana, fosse pendente, dinanzi alla stessa Corte suprema, un altro importante caso concernente l'interruzione volontaria della gravidanza ovvero il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹⁵⁵.

È infatti possibile che la maggioranza dei giudici della Corte suprema, pur orientata oramai verso una possibile riconsiderazione del precedente *Roe*, abbia ritenuto che i numerosi profili di dubbio di costituzionalità concernenti la normativa texana rendessero le vicende giurisprudenziali ad essa connessa poco adatti a rappresentare il precedente nel quale effettuare un *overruling* decisamente importante ed abbiano dunque optato, in quei casi, per soluzioni "procedurali" favorendo invece una decisione sul merito nella vicenda *Dobbs*.

8. La Corte suprema nel progressivo processo di polarizzazione della politica americana

Il caso *Dobbs* (concernente la legittimità del *Mississippi's Gestational Age Act*¹⁵⁶ in base al quale è posto un divieto all'interruzione volontaria della gravidanza dopo le 15 settimane dall'inizio della gestazione¹⁵⁷) viene sottoposto all'attenzione della Corte suprema federale in un momento storico nel quale la composizione della Corte, con le tre nomine effettuate dalla presidenza Trump, ha acquistato una connotazione peculiare: la maggioranza, considerata di orientamento conservatore composta oltre che dal *Chief Justice* Roberts dai giudici Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, e Barrett è difatti parzialmente calmierata dalla personalità del *Chief Justice* il quale interpreta il proprio ruolo in termini rigorosi ed ancorati ai principi formalistici che governano il *rule of law* e lo *stare decisis*.

D'altra parte, la (oramai) minoranza considerata di inclinazione "liberal" (i giudici Breyer, Sotomayor e Kagan) ha perso figure di spicco e di riferimento che contribuivano a portare avanti con grande energia gli orientamenti propri della stagione della *rights revolution* (*Justice* Ginsburg) o ad instaurare un proficuo dialogo con gli altri giudici della Corte (*Justice* Kennedy).

Si tratta di un'evoluzione che, come ben argomentato da J.M. Balkin¹⁵⁸, affonda le sue radici in epoche precedenti all'amministrazione Trump in quanto è, probabilmente, a partire dall'inizio degli anni novanta che le nomine della Corte suprema sono state interessate da un processo di polarizzazione che lo studioso definisce asimmetrico per cui, mentre le amministrazioni Democratiche di Clinton e Obama hanno avuto cura di rappresentare la varietà demografica delle loro *constituencies*, nominando più giudici donne ed esponenti di minoranze, le amministrazioni a guida Repubblicana hanno guardato più al radicamento conservatore dei profili prescelti. In particolare, con riguardo alle nomine effettuate da amministrazioni a guida Repubblicana, partendo dalla seconda metà del XX secolo, se Rehnquist e Scalia possono ancora essere annoverati tra i gli esponenti di un conservatorismo (per se profondo) saldamente rispettoso della dinamica costituzionale contromaggioritaria che anima il ruolo della Corte stessa, a partire dalla nomina del giudice Thomas, nel 1991, si rende maggiormente

¹⁵⁵ Numero di fascicolo 19-1392. Tutta la documentazione del caso è reperibile al seguente url: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html>. La discussione orale del caso *Dobbs* si è svolta il primo dicembre 2021.

¹⁵⁶ *House Bill* 1510 del 2018.

¹⁵⁷ Salvo in casi di gravi emergenze mediche o di severe condizioni di abnormità del feto.

¹⁵⁸ J.M. BALKIN, *op. cit.* Il volume è recensito da N.G. CEZZI in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 11, 2020, 317 ss.

evidente come le scelte del Partito Repubblicano inizino a ricadere sull'area più radicalizzata dei conservatori¹⁵⁹.

Questa evoluzione in termini di composizione della Corte sembra essere il prodotto di una ancor precedente evoluzione storico politica statunitense che risale al periodo dell'amministrazione Reagan nel corso della quale i Repubblicani si sono spostati verso orientamenti maggiormente estremisti più velocemente di quanto abbiano fatto (inversamente) i democratici. Inoltre, convinti che i *liberal* avessero dato inizio ad un percorso di progressiva egemonia culturale e politica¹⁶⁰, i movimenti radicali Repubblicani si sono anche impegnati nello sviluppo di istituzioni elitarie che rispecchiassero questa nuova identità politica¹⁶¹ e, con ciò, hanno contribuito alla polarizzazione del sistema.

Considerando che il *judicial review of legislation* è un'invenzione politica, disegnata per consolidare gli interessi di medio-lungo termine delle organizzazioni partitiche è evidente che mentre in tempi di depolarizzazione essa partecipa pienamente al meccanismo dei *Checks and Balances* del modello costituzionale statunitense, al contrario, nelle fasi del ciclo costituzionale caratterizzati da maggiore polarizzazione, giacché il potere giudiziario federale, comincia ad essere costituito da un'élite di giuristi che è soggetta alla polarizzazione tanto quanto l'élite politica, smette di essere una garanzia contro-maggioritaria a protezione della democrazia e inizia ad essere una delle forze che concorrono a quella che Balkin definisce (forse eccessivamente) la *contitutional rot*¹⁶².

Che si sia d'accordo o meno con tale ricostruzione, è tuttavia innegabile che l'evoluzione nella composizione della Corte abbia favorito l'inaugurazione di una nuova stagione giurisprudenziale che prende le mosse a partire dal 2018 quando, con la nomina del giudice Kavanaugh, cambiano sostanzialmente gli equilibri interni della Corte (equilibri che si consolideranno nel loro mutare con la nomina del giudice Barrett). Nell'ultimo quinquennio la Corte suprema ha difatti effettuato diversi *overruling* significativi.

Nella già citata decisione *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*¹⁶³ la Corte ha ribaltato il caso *Abood v. Detroit Board of Education*¹⁶⁴, del 1977, stabilendo che le leggi che richiedono ai dipendenti pubblici il pagamento di una "quota equa" al sindacato designato a rappresentarli (anche se i dipendenti non sono iscritti al sindacato) viola il Primo Emendamento¹⁶⁵; nel caso *South Dakota v. Wayfair*¹⁶⁶ la Corte ha ribaltato i precedenti *National Bellas Hess, Inc. v. De-*

¹⁵⁹ L'osservazione è di J.M. BALKIN, *Ivi*, 122.

¹⁶⁰ Sul punto basti leggere il *pamphlet* di R.H. BORK, *Coercing Virtue*, Aei Press, 2003, trad. it. e commento S. SILEONI, (a cura di), *Il giudice sovrano*, 2006.

¹⁶¹ L'osservazione è ancora di Balkin il quale sottolinea come i movimenti conservatori, a partire dagli anni settanta abbiano iniziato a creare proprie organizzazioni rappresentative, con appositi *media* (*Fox News*, nata nel 1996), *think tanks* (*Heritage Foundation*, nata nel 1973), e *network* (*Federalist Society*, fondata nel 1982), mentre i *liberal* si sono trovati privi di alternative corrispettive.

¹⁶² J.M. BALKIN, *Constitutional Crises and Constitutional Rot*, in *Maryland Law Review*, 77, 2017, 147 ss.; ID., *Constitutional Rot*, in Cass R. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here?: Authoritarianism in America*, 2018.

¹⁶³ *Janus*, 585 U.S. __ (2018), Docket n. 16-1466.

¹⁶⁴ *Abood*, 431 U.S. 209 (1977).

¹⁶⁵ *Janus*, 585 U.S. __ (2018): «We conclude that this arrangement violates the free speech rights of nonmembers by compelling them to subsidize private speech on matters of substantial public concern», 1.

¹⁶⁶ *Janus*, 585 US _ (2018), Docket n. 17-494.

*partment of Revenue of the State of Illinois*¹⁶⁷ e *Quill Corp. v. North Dakota*¹⁶⁸ in tema di *Dormant Commerce clause* (in senso ampliativo per gli Stati e restrittivo per il potere federale¹⁶⁹), infine, nel caso *Trump v. Hawaii*¹⁷⁰ la Corte ha disconosciuto il famigerato precedente *Korematsu v. United States*¹⁷¹ con il quale era stata sancita la legittimità delle ghettizzazioni dei cittadini di origine asiatica nel periodo della seconda guerra mondiale affermando che «*Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and — to be clear — “has no place in law under the Constitution”*». La decisione *Trump v. Hawaii* è tuttavia particolarmente significativa in quanto in essa, la Corte, pur ripudiando il precedente *Korematsu*¹⁷² a causa della profonda storica avversione a tale decisione che si è resa, nel tempo, evidente in considerazione della mancata “*compliance*” al disposto giurisprudenziale da parte dell’intera società americana¹⁷³, è approdata ad un deciso che, nei fatti, costituisce tutt’altro che un ripudio di quel precedente¹⁷⁴ stabilendo che i provvedimenti adottati dal governo in tema di sicurezza devono essere valutati utilizzando uno scrutinio deferente e che, a ragione di ciò, il *Presidential proclamation* 9645 con il quale Donald Trump ha limitato l’ingresso negli Stati Uniti di persone provenienti da alcune specifiche nazioni a causa del loro fondamentalismo islamico non fosse in violazione dell’*Establishment clause* del I emendamento della Costituzione statunitense.

A queste decisioni possono aggiungersene altre (adottate con la maggioranza 5—4 di giudici di nomina Repubblicana) nelle quali la Corte, pur non disconoscendo alcuno specifico precedente, sembra confermare la sussistenza della detta stagione giurisprudenziale¹⁷⁵: si pensi al caso *Shelby County v. Holder* (2013) che ha sancito l’incostituzionalità di alcune previsioni del *Voting Right Acts* del 1965 che pongono una supervisione federale sulle leggi elettorali statali, in particolare su quelle sospettate di discriminazione razziale; al caso *Rucho v. Common Cause*¹⁷⁶ (2019) con il quale è stato affermato che il disegno delle circoscrizioni elettorali (il *gerrymandering*) è questione politica, su cui la Corte non può pronunciarsi e, non ultimo, al caso *Department of Commerce v. New York*¹⁷⁷ (2019) (noto come *Census case*)¹⁷⁸ in cui i giudici conservatori della Corte Suprema hanno preferito non dare peso

¹⁶⁷ *Nat’l Bellas Hess, Inc. v. Dep’t of Revenue of the State of Illinois*, 386 U.S. 753 (1967).

¹⁶⁸ *Quill Corp. v. North Dakota*, 504 U.S. 298 (1992).

¹⁶⁹ Consentendo agli Stati di imporre delle tasse sulle vendite anche a venditori che non sono presenti fisicamente sul territorio dello Stato ma che comunque “svolge un’attività che ha un nesso sostanziale con lo stato imponente”.

¹⁷⁰ *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___, (2018), Docket n. 17-965.

¹⁷¹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

¹⁷² Alcuni studiosi dubitano che si tratti di un vero e proprio *overruling* ritenendo che si tratti di una mera stigmatizzazione morale. Cfr. R.A. DEAN, *Trump v. Hawaii is Korematsu all Over Again*, in *Civil Rights Law Journal*, 29, 2, 2019, 175.

¹⁷³ Cfr. D.M. HASHIMOTO, *The Legacy of Korematsu v. United States: A Dangerous Narrative Retold*, in *University of California Los Angeles Asian Pacific American Law Journal*, 4, 1996, 72 ss.: «The popular wisdom is that Korematsu has been, in fact, overruled as evidenced by the criticism it has received», 77.

¹⁷⁴ N.K. KATYAL, *Trump v. Hawaii: How The Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived Korematsu*, in *The Yale Law Journal Forum*, January 30, 2019

¹⁷⁵ J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit., 138.

¹⁷⁶ *Rucho v. Common Cause*, 588 US_(2019), Docket n. 18-422.

¹⁷⁷ *Department of Commerce v. New York*, 588 US_(2019), Docket n. 18-966.

¹⁷⁸ La decisione è ampiamente illustrata in *Harvard Law Review*, 133, 2019, 372 ss.

all'evidenza probatoria che dimostrava come l'amministrazione Trump (nella persona del segretario al Commercio Wilbur Ross), in sede di sindacato giurisdizionale, avesse effettivamente avanzato delle motivazioni pretestuose al fine di giustificare la modifica dei quesiti del censimento del 2020 coprendo il tentativo di articolare il quesito censitario col fine esplicito di scoraggiare la partecipazione delle fasce più vulnerabili della popolazione¹⁷⁹. Ancora più recentemente, a ridosso della pubblicazione della decisione *Dobbs*, non possono non segnalarsi i diversi casi decisi dalla suprema Corte in tema di *Establishment clause* (volti ad interpretare i limiti del Primo emendamento secondo direttrici maggiormente favorevoli alla libertà di espressione religiosa)¹⁸⁰ la sentenza *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*¹⁸¹ con la quale, a strenua garanzia del Secondo emendamento, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge di New York che limitava la possibilità di portare liberamente armi in luoghi pubblici e la decisione *Vega v. Tekoh*¹⁸² con cui la Corte, riducendo le possibilità di ricorso in sede civile per violazione dei c.d. *Miranda Rights* ha limitato in parte la tutela giurisprudenziale dei diritti di difesa.

A fronte delle aspre polemiche suscitate da alcune discusse nomine alla Corte suprema nel corso dell'amministrazione Trump (con riferimento in particolare alla nomina del giudice Amy Coney Barrett e, precedentemente, all'uso dell'"opzione nucleare" per le nomine alla Corte suprema effettuate da Trump)¹⁸³, il dibattito sul tema della composizione della Corte suprema e delle sue ricadute sulla giurisprudenza è divenuto oggetto di grande attenzione politica tanto che, il 9 aprile 2021, il Presidente Biden ha istituito (con *executive order* 14023¹⁸⁴) una Commissione dedicata specificatamente a tali questioni. La *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* ha presentato la sua relazione finale l'8 dicembre 2021¹⁸⁵. Il mese successivo, in sostituzione del giudice Breyer, che ha annunciato il proprio ritiro il 26 gennaio 2022, il Presidente Biden ha tuttavia avuto modo di effettuare la sua prima nomina alla Corte suprema nella persona del giudice Ketanji Brown Jackson¹⁸⁶ la quale ha ottenuto la conferma del Senato il 7 aprile 2022 (con inizio del proprio mandato fissato all'estate del 2022) divenendo la prima donna di colore a sedere sul più alto scranno del giudiziario federale statunitense.

È in questo ampio e articolato quadro che occorre valutare le vicende giurisprudenziali e di stretta attualità connesse al precedente *Roe* (e *Casey*) in tema di diritto all'aborto. Ciò, tra l'altro, anche perché il caso *Dobbs* richiede di essere analizzato considerando attentamente alcune vicende di cronaca che lo hanno profondamente caratterizzato.

¹⁷⁹ Sul punto ancora J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit., 143 ss.

¹⁸⁰ Cfr. *Carson v. Makin*, 596 US_(2022), Docket n. 20-1088 e *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 US_(2022), Docket n. 21-418.

¹⁸¹ *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, Docket n. 20-843; sentenza adottata il giorno prima della decisione *Dobbs*.

¹⁸² *Vega v. Tekoh*, 597 US_(2022), Docket n. 21-499.

¹⁸³ Cfr. supra nota 8.

¹⁸⁴ Per il testo integrale della misura, v. <https://bit.ly/3UMGNCR>.

¹⁸⁵ La relazione è consultabile al seguente url: <https://bit.ly/3SynsDP>.

¹⁸⁶ Il comunicato della Casa Bianca di nomina del giudice Ketanji Brown Jackson è reperibile al seguente url: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/02/25/president-biden-nominates-judge-ketanji-brown-jackson-to-serve-as-associate-justice-of-the-u-s-supreme-court/>.

9. Il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, lo scandalo della pubblicazione della bozza della decisione e l'*overruling* dei precedenti giurisprudenziali sul diritto all'aborto

La discussione orale del caso *Dobbs* si è svolta a dicembre 2021 e la relativa decisione era attesa per fine giungo 2022. Tuttavia, il 26 aprile 2022, il *Wall Street Journal* ha pubblicato un editoriale¹⁸⁷ nel quale si delineava come all'interno della Corte suprema si stesse consumando un difficile dibattito circa la possibilità di ribaltare il precedente *Roe* e che fra i giudici "indecisi", nella difficile posizione di "ago della bilancia", vi fossero i *Justices* Kavanaugh e Roberts. I due giudici, secondo "le fonti" del *Wall Street Journal*, non avevano ancora deciso se aderire ad una decisione netta di *overruling* insieme con i giudici Alito, Gorsuch, Thomas e Barrett oppure optare per una posizione sfumata probabilmente sostenuta dal *Chief Justice*. Come se tale fuga di notizie non fosse già abbastanza, il 2 maggio 2022, il giornale *web* "Politico" ha pubblicato una bozza di decisione a firma del giudice Alito che sanciva inequivocabilmente l'*overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey*¹⁸⁸. Qualche giorno dopo, il *Chief Justice* Roberts ha ammesso l'autenticità della bozza ma ha sottolineato come essa non rappresentasse ancora la decisione finale (né nel deciso né nella parte motiva) sulla quale i giudici non avevano ancora proceduto a votare¹⁸⁹.

La vicenda costituisce un caso assolutamente raro, mai verificatosi (in questi aspri termini) nella storia della Corte suprema USA¹⁹⁰. Il *Chief Justice* Roberts ha immediatamente ordinato un'indagine interna per verificare chi possa aver trafugato la bozza di decisione e, ovviamente, nel Paese si sono susseguite importanti manifestazioni a favore o contro la stessa¹⁹¹.

Il 3 maggio 2021, il giorno successivo la pubblicazione della bozza di decisione, il Presidente Joe Biden ha pubblicato una dichiarazione di aperto dissenso nei confronti della possibilità che la Corte suprema effettivamente approdasse ad un *overruling* di *Roe*¹⁹² senza peraltro esprimersi, in alcun modo, sulla gravità della situazione istituzionale (che probabilmente richiedeva alla Presidenza, a prescindere dalla condivisione dei contenuti della bozza trapelata, di stigmatizzare il mancato rispetto nei confronti della più alta Corte federale realizzatosi attraverso la transfugazione di notizie). La Casa Bianca, nella persona della vicepresidente Kamala Harris, ha inoltre intrapreso, nei giorni successivi, un'intesa attività di colloqui con rappresentanti statali e della dottrina giuridica per valutare possibili

¹⁸⁷ <https://www.wsj.com/articles/abortion-and-the-supreme-court-dobbs-v-jackson-mississippi-john-roberts-11651009292>

¹⁸⁸ Cfr: <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504>.

¹⁸⁹ <https://www.scotusblog.com/2022/05/roberts-orders-leak-investigation-as-court-confirms-authenticity-of-draft-opinion/>.

¹⁹⁰ Su casi simili, ma comunque mai così gravi si rinvia a J. GERSTEIN, *How Rare is Supreme Court Breach? Very Rare*, reperibile all'url <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-draft-opinion-00029475>.

¹⁹¹ Sull'intera vicenda si rinvia a <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

¹⁹² Cfr. *Statement by President Biden on Reported Supreme Court Decision Draft, (May 3, 2022)* reperibile all'url <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/03/statement-by-president-joe-biden-4/>.

strategie di reazione politica dell'esecutivo federale ad un eventuale *overruling*¹⁹³. Nei mesi di poco precedenti, peraltro, il Senato statunitense aveva respinto con un voto 46 a 48 il *Women's Health Protection Act* del 2021, proposta di legge federale, già approvata dalla Camera dei Rappresentanti (il 24 settembre del 2021), finalizzata a garantire il diritto all'aborto¹⁹⁴. Tale circostanza ha contribuito ad animare ancora di più i sostenitori di ciascuna delle parti contendenti già infiammati dalla vicenda texana a seguito della quale alcuni Stati avevano iniziato un percorso di adozione di normative sensibilmente restrittive in tema di aborto: ad esempio, l'11 aprile 2022, lo Stato dell'Oklahoma ha adottato una normativa (la n. 4327) profondamente restrittiva vietando l'interruzione della gravidanza a partire dalla fecondazione con le sole eccezioni di incesto, violenza sessuale ed emergenza medica¹⁹⁵. All'opposto, in altri Stati, sono state ipotizzate leggi a garanzia del diritto di aborto ed in effetti, il 5 maggio 2022, il Governatore dello Stato del Connecticut ha firmato il *Reproductive Freedom Defense Act*¹⁹⁶ come tutela ampia di tale diritto.

La vicenda ha scosso profondamente l'opinione pubblica statunitense ed ha posto la Corte suprema in una condizione di grave difficoltà istituzionale fino al verificarsi di vicende incresciose quali minacce pesantissime nei confronti di alcuni giudici (in particolare il giudice Kavanaugh¹⁹⁷). Ciò, peraltro, ha spinto il Congresso ad approvare delle normative di maggiore protezione fisica dei giudici della Corte suprema che in passato non erano ritenute necessarie¹⁹⁸.

Ad indagine interna ancora in corso, restano affidate al dibattito giornalistico le ipotesi circa chi possa aver realizzato la c.d. "soffiata" al giornale *on line* proponendosi principalmente due ipotesi paradossalmente del tutto contrapposte: a fronte di chi ritiene che la bozza sia stata fatta circolare da un *law clerck* di qualche giudice *liberal* al fine di allertare l'opinione pubblica sulla direzione della decisione

¹⁹³ Cfr. *Remarks by Vice President Harris Before Roundtable to Discuss Roe V. Wade*, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/06/14/remarks-by-vice-president-harris-before-roundtable-to-discuss-roe-v-wade/>.

¹⁹⁴ Il progetto HR 3755 (proposto sulla base dei poteri del Congresso connessi alla *commerce clause*) è sottotitolato "An Act to protect a person's ability to determine whether to continue or end a pregnancy, and to protect a health care provider's ability to provide abortion service". Cfr. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3755/text>.

¹⁹⁵ La legge con riguardo alle modalità di applicazione segue il modello già adottato nella normativa texana sull'*Heartbeat*. Sulla detta normativa cfr. <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/US-Oklahoma-legge-sull-aborto>.

¹⁹⁶ <https://www.cga.ct.gov/2022/ACT/PA/PDF/2022PA-00019-R00HB-05414-PA.PDF>; sul detto atto normativo cfr anche <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/US-Connecticut-Reproductive-Freedom-Defense-Act>.

¹⁹⁷ Qualche giorno dopo la pubblicazione *on line* della bozza di decisione un gruppo di attivisti a favore dell'aborto ha organizzato un *sit in* fuori dall'abitazione del giudice Kavanaugh (cfr: <https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/abortion-rights-activists-demonstrate-conservative-supreme-court-justi-rcna27901>) e nei giorni successivi uno "squilibrato" armato di pistola, coltello, fascette metalliche e piede di porco ha tentato di entrare nella casa del medesimo giudice con l'evidente finalità di aggredirlo fisicamente (<https://www.washingtonpost.com/dc-md-va/2022/06/08/kavanaugh-threat-arrest-justice/>).

¹⁹⁸ A seguito di tali vicende il presidente della Camera dei Rappresentanti Nancy Pelosi ha dichiarato che il Congresso provvederà in tempi stretti a discutere un progetto di legge che possa ampliare le garanzie di tutela fisica dei giudici della Corte suprema (<https://edition.cnn.com/2022/06/09/politics/supreme-court-security-legislation-house-vote-pelosi/index.html>).

Dobbs nella speranza che le possibili proteste all'*overruling* di *Roe* potessero condurre qualche giudice conservatore a cambiare idea, vi è chi ipotizza che la "talpa" appartenga invece proprio alle fila dell'area conservatrice della Corte animata dal fine di blindare la decisione rendendo difficile ai giudici da cui ci si "aspetta" l'*overruling* un ripensamento¹⁹⁹.

L'*overruling* di *Roe* e *Casey* ventilato nel *draft opinion* di Alito si fonda sulla considerazione per la quale le decisioni del 1973 e del 1992 sono errate sin dalla loro adozione, motivate con argomentazioni «*exceptionally weak*» e comportanti conseguenze dannose per la stabilità dell'ordinamento in quanto hanno contribuito ad infiammare il dibattito sull'aborto piuttosto che condurlo ad una soluzione pacifica²⁰⁰.

Gli effetti del *draft* di Alito in attesa della pubblicazione della decisione non hanno mancato di farsi sentire: il 17 giugno 2022 la Corte suprema dell'Iowa, nella decisione *Planned Parenthood of the Heartland, Inc. and Jill Meadows, M.D. v. Kim Reynolds ex rel. State of Iowa and Iowa Board of Medicine* (PPH III)²⁰¹, ha, ad esempio, stabilito che la Costituzione statale non garantisce il diritto all'aborto procedendo ad un *overruling* interno di una decisione della stessa Corte suprema statale del 2018²⁰². La bozza di decisione, indubbiamente deflagrante nei suoi effetti è stata accolta con sentimenti profondamente divergenti dall'intera società americana e non è riuscita a impedire l'enorme reazione (alternativamente, disperata o di grande approvazione) susseguente alla pubblicazione della sentenza avvenuta il 24 giugno 2022.

La decisione *Dobbs* ha confermato del tutto quanto già trapelato nel mese precedente con la circolazione della bozza di Alito ovvero il pieno e completo *overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey*.

L'opinione di maggioranza, a firma di Alito, è stata sottoscritta dai giudici Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett. Hanno sottoscritto un'opinione concorrente (ciascuno) i giudici Thomas, Kavanaugh e Roberts mentre hanno (grandemente) dissentito i giudici Breyer, Sotomayor e Kagan.

La decisione di maggioranza ricalca quasi del tutto la bozza di Alito rispetto alla quale, a parte alcune variazioni stilistiche, risultano introdotte alcune riflessioni riguardanti le osservazioni avanzate nell'opinione dissenziente²⁰³ e nell'opinione concorrente del *Chief Justice* Roberts²⁰⁴.

Non sono invece considerate, in alcun modo, le opinioni concorrenti dei giudici Thomas e Kavanaugh probabilmente a causa del fatto che la *concurring opinion* del primo ha proposto delle osservazioni che ampliano moltissimo la portata dell'*overruling* da realizzarsi nel caso *Dobbs* fino a conseguenze dalle quali l'opinione di maggioranza non fa che prendere le distanze mentre l'opinione del giudice Kavanaugh sembra aprire a delle "possibilità" di soluzione normativa della questione aborto che probabilmente il resto della maggioranza ritiene di non condividere.

¹⁹⁹ Sul punto: D. SMITH, "Betrayal" chief justice orders inquiry into leak of draft abortion ruling, *The Guardian*, 3 maggio 2022.

²⁰⁰ *Alito's Draft Opinion*, 6.

²⁰¹ *Planned Parenthood of the Heartland, Inc. and Jill Meadows, M.D. v. Kim Reynolds ex rel. State of Iowa and Iowa Board of Medicine, Supreme Court of Iowa*, n. 21-0856, June 17, 2022.

²⁰² *Planned Parenthood v. Reynolds*, (PPH II) n. 17-1579, Sept.18, 2018.

²⁰³ 43-46 e 77-80 dell' *Opinion of the Court*. Parte II D (1,2,3), e V A (1,2,3).

²⁰⁴ 80-84 dell' *Opinion of the Court* Parte V B (1,2,3).

La decisione, a firma del giudice Alito, riprende lo schema già utilizzato nella decisione *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees* del 2018 (anch'essa vergata dal medesimo giudice) per valutare la legittimità di un *overruling*.

In apertura, la decisione pone in evidenza come già nella decisione *Casey* la maggioranza dei giudici non fosse in effetti del tutto convinta della correttezza in termini contenutistici di quanto disposto in *Roe* e che, dunque, quanto stabilito in *Casey* sia stato condizionato dalla necessità di rispettare il principio dello *stare decisis* e del *rule of law*. Tuttavia, evidenzia Alito, la stessa decisione *Casey*, paradossalmente altera il precedente *Roe* riducendone la portata al suo *holding* essenziale e conducendo comunque a disconoscere alcune decisioni che la Corte aveva adottato pochi anni prima²⁰⁵.

Justice Alito pone inoltre in risalto il nutrito contenzioso costituzionale in tema di aborto e l'evidenza per la quale numerosi Stati membri della Federazione hanno continuamente adottato normative in contrasto con i precedenti *Roe* e *Casey* con lo specifico intento di ottenere un *overruling*²⁰⁶.

Il ragionamento argomentativo che è sostenuto nella decisione è fondato sull'analisi delle circostanze in relazione alle quali le clausole del *Due process* e dell'*Equal protection* del XIV Emendamento garantiscono la protezione di diritti non espressamente menzionati in Costituzione. Difatti, per non sfociare in una forma eccessiva di discrezionalità del giudiziario, tali diritti (come chiarito nella decisione *Washington v. Glucksberg*²⁰⁷) devono essere profondamente radicati nella storia e nella tradizione della Nazione («*deeply rooted in this Nation's history and tradition*») ed impliciti nel concetto di «libertà ordinata» («*implicit in the concept of ordered liberty*»)²⁰⁸ che caratterizza l'ordinamento statunitense.

Sull'utilizzo da parte della maggioranza della Corte del *Glucksberg test* è possibile avanzare qualche riflessione critica connessa alla fragilità argomentativa e di qualificazione giuridica che esso può innescare. Ciò che è accaduto, ad esempio, in occasione del caso *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach*²⁰⁹, quando la Corte di Appello per il distretto della Columbia ha negato l'esistenza del diritto dei malati terminali ad utilizzare farmaci sperimentali mentre, in maniera evidente, il tema andava qualificato in relazione al diritto individuale di salvarsi la vita con tutti i mezzi leciti a propria disposizione²¹⁰.

²⁰⁵ Alito afferma difatti «paradoxically, the judgment in *Casey* did a fair amount of overruling. Several important abortion decisions were overruled in toto, and *Roe* itself was overruled in part» (sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 4) spiegando poi in nota che il riferimento è al disconoscimento delle decisioni *Akron v. Akron center for reproductive health* del 1983 e *Thornburgh v. American college of obstetrician and gynecologist* del 1986.

²⁰⁶ «Americans continue to hold passionate and widely divergent views on abortion and State legislatures have acted accordingly [...] 26 States have expressly asked this Court to overrule *Roe* and *Casey* and allow the States to regulate or prohibit pre-viability abortions», sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 4.

²⁰⁷ *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997) in cui la Suprema Corte ha negato l'esistenza nella Costituzione federale di un diritto al suicidio assistito (nei termini di omicidio del consenziente sulla base della *due process clause*).

²⁰⁸ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 5.

²⁰⁹ *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach*, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007), *cert denied*, 552 U.S. 1159 (2008).

²¹⁰ La decisione è commentata sull'*Harvard Law Review*, 121, 2008, 185 ss. Cfr. inoltre P.W. LESLEY, *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. Von Eschenbach: Access to Experimental Drugs: Is Access to Experimental Drugs a Fundamental Right When it Comes to the Treatment of the Terminally Ill?*, in *North Carolina Central University Science & Intellectual Property Law Review*, 10, 1, Art. 2, 2017, 27 ss.

La questione qualificatoria nella valutazione circa la sussistenza o meno di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito non è nuova all'esperienza della Corte suprema sol se si consideri la famigerata sentenza *Bowers v. Hardwick*²¹¹ ove il supremo giudice federale sancì l'inesistenza nella Costituzione di un "diritto alla sodomia" (e, sulla base di ciò, la legittimità delle leggi statali che sanzionavano i rapporti omosessuali) pur inquadrandosi la questione (come la stessa Corte diversi anni dopo chiarì nella sentenza *Lawrence v. Texas*²¹²) nella diversa determinazione circa la portata del diritto alla *privacy* secondo i canoni costituzionali.

Giacché tuttavia l'opinione di maggioranza è fondata sul *Glucksberg test*, con riguardo al primo dei due elementi richiesti (*rights* «*deeply rooted in this Nation's history and tradition*»), essa ripercorre la storia costituzionale statunitense (e delle sue radici nella *Common law*) evidenziando come un diritto all'aborto in quanto tale non sia mai stato affermato prima della decisione *Roe* nel 1973 ed invero, si rinvencono numerose indicazioni di norme e giurisprudenza che sanciscono un divieto di interruzione volontaria della gravidanza nelle fasi gestazionali successive al momento nel quale il bambino comincia a muoversi nel ventre materno (*quickering*). Sulla base dell'analisi storica la decisione conclude, pertanto, come non si possa affermare che il diritto all'aborto sia profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione statunitense. L'opinione della Corte si sofferma peraltro, in alcune riflessioni, sul fatto che la decisione *Roe*, nel ricostruire l'evoluzione storica del diritto all'aborto, richiama degli articoli di dottrina che negli anni sembra siano stati screditati²¹³ ed afferma, sulla base di tale circostanza, che la decisione del 1973 possa essere considerata fondata su valutazioni tecniche (in termini storici) inadeguate.

Esaurita l'analisi concernente il radicamento del diritto all'aborto nella storia e nelle tradizioni statunitensi, il giudice Alito analizza l'altro elemento considerato necessario affinché sia possibile enucleare diritti costituzionalmente garantiti dall'interpretazione del XIV Emendamento ovvero il fatto che questi siano impliciti in un concetto di "*ordered liberty*". Tale espressione che risale ad uno *standard* elaborato dal giudice Cardozo nella decisione *Palko v. Connecticut*²¹⁴, viene utilizzata nella parte della decisione nella quale il giudice Alito decostruisce il rapporto di connessione fra il diritto alla *privacy* e il diritto all'aborto. Difatti, come già evidenziato, tutto il ragionamento precedente non sarebbe sufficiente, ai fini di un *overruling*, in quanto sostenere semplicemente che il diritto all'aborto non è previsto nella Costituzione statunitense sembra essere argomentazione che richiama quanto già affermato in decisioni poi disconosciute come la *Bowers v. Hardwick*²¹⁵. La questione è ovviamente più complessa e attiene alla corretta interpretazione della portata del diritto alla *privacy* inteso come diritto che garantisce la libera autodeterminazione individuale.

²¹¹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

²¹² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²¹³ Cfr. ad esempio i contributi di Cyril C. Means: in particolare: C.C. MEANS, *The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality (pt. 1)*, in *New York Law Forum*, 14, 1968, 411 ss.; C.C. MEANS, *The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra or Ninth-Amendment Right About to Arise from the Nineteenth Century Legislative Ashes of a Fourteenth Century Common Law Liberty?*, in *New York Law Forum*, 17, 1971, 335 ss.

²¹⁴ *Palko v. Connecticut*, 302 US 319 (1937). Il concetto di "*ordered liberty*" nella ricostruzione dei diritti impliciti nella protezione offerta dalla *due process clause* è richiamato nella giurisprudenza successiva della Suprema Corte. Cfr. ad esempio *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) at 721.

²¹⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

La decisione, in effetti, richiama espressamente il principio affermato in *Roe* per cui l'aborto è un diritto sotteso alla libera autodeterminazione individuale (garantito dall'*autonomy privacy*) e tuttavia tale diritto, pur delineato in questi ampi termini, non implica, secondo Alito, un'incondizionata libertà individuale in quanto la convivenza sociale necessita che la libertà individuale sia "ordered" ovvero limitata in un rapporto di bilanciamento con tutti gli altri diritti ed interessi che l'ordinamento è tenuto a garantire²¹⁶. La sentenza evidenzia come la decisione *Roe* si fondi su un'interpretazione del diritto all'autodeterminazione personale che, oltre a non essere condivisa da molti Stati, è troppo ampia ("too much"²¹⁷) e, in realtà, implicherebbe la necessità di sdoganare anche molti altri limiti (quali, ad esempio, droga e prostituzione)²¹⁸. L'opinione di maggioranza critica il ragionamento argomentativo di *Roe* in relazione al fatto che nella sentenza del 1973 vengono richiamate numerose decisioni concernenti la libertà di autodeterminazione individuale (*Loving v. Virginia*²¹⁹, *Turner v. Safley*²²⁰, *Griswold v. Connecticut*²²¹, *Eisenstadt v. Baird*²²²) ma non si tiene conto che in quei precedenti il diritto reclamato non si bilanciava con alcun interesse contrapposto di pari grado come invece evidentemente accade nel caso dell'aborto ove è necessario bilanciare la volontà di interrompere una gravidanza con la soppressione di un "unborn human being"²²³.

La decisione richiama il principio per il quale, nell'esperienza statunitense, il vincolo dello *stare decisis*, soprattutto nell'interpretazione delle garanzie costituzionali, non è granitico; dopo aver elencato un corposo numero di decisioni che hanno rappresentato un *overruling*²²⁴ Alito procede ad analizzare le ragioni che giustificano un disconoscimento di un precedente vincolante riprendendo, come già evidenziato, lo schema già utilizzato nella decisione *Janus* del 2018.

L'opinione di maggioranza sottolinea come sussistano diverse ragioni in grado di giustificare il riconoscimento o il divieto del diritto all'aborto e che, in assenza di un vincolo costituzionale, tale scelta deve essere affidata al processo democratico maggioritario. La decisione *Roe* è quindi stigmatizzata come una forma di usurpazione di potere del popolo da parte della Corte suprema enucleando erroneamente un diritto costituzionale "inesistente" che ha sottratto una decisione valoriale al processo democratico. La sentenza, peraltro, si sofferma ad evidenziare come la decisione *Roe*, nel disegnare la suddivisione in trimestri e le regole connesse a tale tipologia tempistica, stabilisce delle regole che sono comparabili a quelle proprie di un legislatore piuttosto che di una Corte, manifestando in tal modo l'esuberanza della decisione del 1973 rispetto a quanto normalmente un giudice dovrebbe limitarsi a fare nel rispetto delle sue funzioni²²⁵. Altro elemento che contribuisce a giustificare un over-

²¹⁶ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 30 ss.

²¹⁷ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²¹⁸ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²¹⁹ *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

²²⁰ *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1987).

²²¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

²²² *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

²²³ Cfr. *Alito's Draft*, 32.

²²⁴ Sono in particolare evidenziate emblematicamente le decisioni *Brown v Board of Education*, 347 US 483 (1954), *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937) e *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943).

²²⁵ «The scheme *Roe* produced looked like legislation, and the Court provided the sort of explanation that might be expected from a legislative body», sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 49. È interessante osservare che

ruling per il caso *Roe* è la fragilità dell'argomentazione che sorregge quella decisione evidenziata in tutta la prima parte dell'opinione di maggioranza.

I giudici sottoscrittori contestano il concetto di *viability* sottolineando il fatto che si tratti di un concetto ancorato all'evoluzione scientifica (e, in effetti, anche alle capacità di assistenza medica di cui una gestante dispone in un determinato momento) ed evidenziando che il medesimo concetto non possa essere utilizzato come elemento stabile cui ancorare, legislativamente, la possibilità di garantire un diritto o negarlo. L'irrazionalità del considerare la *viability* come il momento spartiacque cui collegare o meno il diritto all'aborto è, secondo l'opinione di maggioranza, evidenziato dal fatto che, nell'esperienza comparata, solo i Paesi Bassi (oltre agli Stati Uniti) fanno uso di tale concetto per definire il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza²²⁶.

La sentenza pone in evidenza le profonde critiche mosse alla decisione *Roe* dalla dottrina giuridica dell'epoca (e successiva) sottolineando anche l'alto tasso di contenzioso che ha interessato tale precedente giurisprudenziale e sottolinea che la successiva decisione *Casey*, pur riconoscendo la debolezza argomentativa di *Roe*, ne conferma l'*holding* essenziale nel rispetto di un principio del vincolo del precedente giurisprudenziale malinteso nei suoi profondi significati²²⁷.

In relazione al parametro del *Workability*, la decisione di maggioranza contesta i precedenti in tema di aborto con riguardo in particolare al caso *Casey* evidenziando come la regola del *undue burden test* sia vaga e di difficile applicazione nella pratica concreta. Ciò in quanto un ostacolo all'interruzione volontaria della gravidanza può essere considerato da una gestante più o meno intenso e gravoso a seconda delle circostanze specifiche (in termini culturali, sociali, economici ecc) nelle quali la stessa si trova²²⁸. La sentenza sottolinea inoltre che l'ambiguità dell'*undue burden test* si evidenzia nella scarsa coerenza della giurisprudenza (di ogni grado) che ne ha tentato, nel corso del tempo, l'applicazione²²⁹.

La decisione afferma poi che nella giurisprudenza connessa al diritto all'aborto, negli anni, la Corte suprema ha disconosciuto alcune regole processuali ed interpretative cui, al di fuori del tema dell'interruzione volontaria della gravidanza, non ha mai smesso di attenersi (ad esempio, il divieto di accesso alla Corte di parti terze non titolari direttamente di un diritto fondamentale²³⁰ o il principio

un'accusa simile sia stata mossa qualche anno fa, sul medesimo tema del diritto all'aborto, al Tribunale Costituzionale federale. Ci si riferisce alla decisione BVerfG, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, e 2 BvF 5/92 del 28 maggio 1993 su cui M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

²²⁶ L'argomento comparativo si ritrova anche nella *dissenting opinion* alla decisione *Dobbs*, ove i giudici dissenzienti evidenziano come l'aborto sia un diritto garantito nella quasi totalità dei Paesi democratici occidentali (cfr. DOBBS, *Beyer dissenting opinion*, 42 ss.)

²²⁷ sent. *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 54-55.

²²⁸ sent. *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 56-59.

²²⁹ Su tale aspetto i giudici dissenzienti evidenziano invece che l'*undue burden test* è uno *standard* di applicazione flessibile utilizzato anche nel sindacato sul *free speech* o sul diritto di voto ed è tipico nei percorsi di valutazione di legittimità costituzionale dei diritti fondamentali incompressibili. Cfr. DOBBS, *Beyer dissenting opinion*, 33.

²³⁰ Il *third party standing*, generalmente vietato, è consentito con riguardo alle cliniche che effettuano aborti in relazione al relativo diritto. Cfr. *supra* nota 131.

della separabilità delle previsioni costituzionali²³¹) ovvero ha consentito un impatto restrittivo su altre dottrine di rango costituzionale quali, ad esempio, la libertà di espressione²³².

Con riguardo al principio per il quale, prima di effettuare un *overruling*, la Corte deve valutare se il cambiamento giurisprudenziale può avere un impatto su aspettative sociali od economiche, individuali o collettive talmente radicate da essere percepito come una lesione nella tutela dei diritti fondamentali individuali o un'alterazione del sistema dei poteri (*Reliance*) l'opinione di maggioranza contesta il concetto di *Reliance* elaborato in *Casey*²³³ giudicandolo poco aderente a parametri strettamente giuridici e dunque effettivamente valutabili in sede giurisdizionale²³⁴ conducendo ancora una volta la Corte a esondare nella discrezionalità che è tipica del legislatore.

Il parametro della *Reliance* è rispettato, inoltre, secondo Alito, anche in relazione al possibile rischio (paventato dal *solicitor general*) che l'*overruling* di *Roe* e *Casey* possa minacciare la tenuta di molti altri diritti riconducibili ad un'interpretazione ampia del XIV emendamento. Tale ipotesi, secondo Alito, non sussiste in quanto l'aborto presenta caratteristiche uniche molto diverse rispetto ai diritti cui tale obiezione fa riferimento (libertà di orientamento sessuale, riconoscimento di coppie di fatto ecc) in quanto è l'unico nel quale un diritto si bilancia in senso del tutto alternativo con un altro diritto (l'aspettativa di nascere dell'*unborn child*)²³⁵.

Infine la decisione di maggioranza considera la questione, posta sin dalla decisione *Casey*, concernente la preoccupazione che un *overruling* di tale portata possa minare la tenuta della legittimità della Corte. Tuttavia, secondo Alito, posto che la Corte non deve assumere le proprie decisioni sulla base

²³¹ La sentenza si riferisce a quanto già affermato nel proprio *dissent* dallo stesso giudice Alito nella decisione *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ____ (2016), Docket n. 15-274, Alito *dissent* at 10 in cui il giudice affermava «the Court's treatment of H. B. 2's "severability clause." When part of a statute is held to be unconstitutional, the question arises whether other parts of the statute must also go. If a statute says that provisions found to be unconstitutional can be severed from the rest of the statute, the valid provisions are allowed to stand. H. B. 2 contains what must surely be the most emphatic severability clause ever written. This clause says that every single word of the statute and every possible application of its provisions is severable. But despite this language, the Court holds that no part of the challenged provisions and no application of any part of them can be saved. Provisions that are indisputably constitutional—for example, provisions that require facilities performing abortions to follow basic fire safety measures—are stricken from the books. There is no possible justification for this collateral damage».

²³² La decisione di maggioranza richiama il *dissent* di Scalia nella decisione *Hill v. Colorado*, 530 US 703 (2000) nella quale la maggioranza della Corte ha sancito la legittimità costituzionale di uno *Statute* del Colorado che vietava in prossimità di strutture sanitarie di avvicinarsi fisicamente ad altre persone a meno di 8 piedi per finalità legate alla manifestazione del pensiero (per passare volantini o mostrare cartelli). Il caso era legato alle manifestazioni anti abortiste svolte vicino alle relative cliniche e la Corte considerò che la normativa dell'Oregon non restringeva il *free speech* ma regolamentava le modalità di espressione del pensiero in relazione ai luoghi nei quali esso si svolge e pertanto era legittimo.

²³³ «For two decades of economic and social developments, people have organized intimate relationships and made choices that define their views of themselves and their places in society, in reliance on the availability of abortion in the event that contraception should fail. The ability of women to participate equally in the economic and social life of the Nation has been facilitated by their ability to control their reproductive lives. The Constitution serves human values, and while the effect of reliance on *Roe* cannot be exactly measured, neither can the certain cost of overruling *Roe* for people who have ordered their thinking and living around that case be dismissed», *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US at 856.

²³⁴ Sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 66.

²³⁵ sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 67.

della pressione e delle aspettative sociali ma solo sulla base dell'interpretazione dei valori costituzionali, essa, allo stesso modo, non deve impedirsi di valutare un *overruling* in considerazione di tali medesime circostanze in quanto la reazione (immediata) dell'opinione pubblica non rappresenta necessariamente il metro di misura della correttezza di una decisione.

Sulla base di tutte queste considerazioni i precedenti *Roe* e *Casey* sono dichiarati *overruled* e la Corte stabilisce che le normative statali che impongono un divieto o una qualunque normazione concernente l'aborto vanno valutate secondo il *rational based standard of review*; giacché l'aborto, infatti non è un diritto costituzionalmente garantito le normative che lo restringono godono di una "*strong presumption of validity*" e, per essere legittime, devono essere razionali e per il perseguimento di un legittimo interesse statale²³⁶.

Sulla base di tale rinnovato *standard* di valutazione il *Mississippi's Gestational Age Act* è considerato legittimo costituzionalmente.

La decisione è corredata da una lunga appendice ove si elencano le normative statali precedenti al caso *Roe* che ponevano un divieto alla pratica abortiva.

Gli esponenti politici critici rispetto alla decisione (compreso il Presidente Biden il quale due ore dopo la pubblicazione della sentenza ha parlato alla Nazione) hanno immediatamente denunciato il rischio che una tale sentenza possa rappresentare lo spiraglio attraverso il quale, nel tempo, potranno passare ulteriori restrizioni a diversi altri diritti. Se, infatti, la stessa opinione di maggioranza sembra esplicitamente far salvi i diritti autodeterminativi concernenti l'orientamento sessuale, altrettanto non sembra potersi dire con riguardo ad alcuni diritti riproduttivi a partire da determinate forme di contraccezione (la pillola del giorno dopo *in primis*, ma anche una semplice spirale), le quali essendo pensate per impedire una gravidanza in un momento successivo alla fecondazione²³⁷ potrebbero incorrere, in futuro, in generalizzati divieti a livello statale. Per ragioni simili non è possibile sottovalutare le preoccupazioni riguardanti la minaccia che tale innovativa giurisprudenza potrebbe rappresentare per i diritti riproduttivi collegati alla fecondazione in vitro (IVF) ponendosi non pochi problemi riguardanti l'eventuale mancato impianto di tutti gli ovuli fecondati durante una IVF (cosa che avviene nella maggior parte dei casi) e la loro conservazione, donazione o distruzione.

L'effetto immediato della decisione *Dobbs* è, allo stato attuale, la rimessione di ogni decisione ai singoli Stati i quali sono attualmente liberi di vietare o consentire l'interruzione della gravidanza. Tuttavia, il tema non sembra essere esaurito in tale conseguenza. La decisione sembra infatti aprire alla tematica dei diritti dell'*unborn child* (che nella decisione è più volte definito, a richiamo della legge del Mississippi, "*unborn human being*") e dunque, virtualmente, potrebbe essere la base sulla quale, in futuro, una Corte potrebbe ipotizzare delle forme di vincolo costituzionale (in termini di divieto) di pratiche abortive (consentite a livello statale). Si potrebbe dunque arrivare, paradossalmente, all'inversione completa dell'interpretazione costituzionale per cui da una Costituzione nella cui penombra si è rintracciato per decenni il diritto entro certi limiti all'interruzione della gravidanza si finisca per approdare ad una Costituzione che pone dei divieti a tale pratica medica. La sentenza, tuttavia, allo stato attuale non si spinge a tanto.

²³⁶ Sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 77.

²³⁷ Tali forme contraccettive infatti agiscono impedendo all'ovulo fecondato di impiantarsi nell'utero materno.



Rimangono inoltre aperte ulteriori questioni fra cui se il Congresso federale, sulla base di titoli competenziali quali la *Commerce clause* o lo *Spending power* possa adottare normative legittime in tale ambito. Su tale argomento la Corte non si è mai espressa esplicitamente: difatti, pur essendosi pronunciata sulla legittimità del *Partial Abortion Ban Act* del 2003, non può escludersi che la Corte possa comunque considerare delle normative del Congresso illegittime (in quanto non sorrette da adeguata competenza) quando finalizzate a garantire il diritto all'aborto piuttosto che vietarne alcune tipologie.

Resta inoltre da valutare la stessa portata della competenza statale tanto con riguardo al ruolo della gerarchia delle fonti negli Stati (ovvero la necessità o meno, per gli Stati, di adottare degli emendamenti costituzionali espliciti a garanzia o a condanna dell'aborto) tanto con riguardo ai possibili problemi interstatali che potrebbero porsi a fronte del probabile turismo e commercio sanitario (a finalità abortiva) che inevitabilmente fioriranno.

10. Le implicazioni della decisione *Dobbs* nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh

Alcuni dei temi lasciati aperti dalla decisione *Dobbs* vengono affrontati dal giudice Kavanaugh il quale esordisce, nella sua opinione concorrente, sottolineando di voler avanzare delle osservazioni che riguardano le implicazioni future della sentenza adottata dalla maggioranza.

Il giudice Kavanaugh aderisce alla decisione di maggioranza con riguardo all'*overruling* di *Roe* sulla base della convinzione per cui si tratti di una decisione errata sin dalla sua adozione oltre che mal argomentata. Sottolinea inoltre, più volte, che in merito al tema dell'aborto la Costituzione federale nulla dice e pertanto va considerata neutrale.

In modo quasi paradossale il giudice richiama dunque la "neutralità" costituzionale, un concetto utilizzato in un altro importantissimo *overruling* della Suprema Corte, la *Brown v. Board of Education I*, che definendo la Costituzione statunitense "*colorblind*" prendeva le distanze dalle differenze normative basate sul colore della pelle. Si trattava in quel caso, tuttavia, di un ben diverso concetto di neutralità costituzionale in quanto esso era diretto non, come nel caso odierno, a "tirare fuori" la Costituzione (e dunque la Corte) dalla questione politica, quanto invece a disinnescare le discriminazioni razziali ed infatti non impediva alla medesima Corte suprema, nella decisione *Brown II*²³⁸, di pronunciarsi sulla necessaria attività di desegregazione che gli Stati dovevano attuare per porre rimedio alla condizione di subordinazione in cui vivevano all'epoca le persone di colore.

Dalla lettura della sua opinione emerge la sensazione che il giudice Kavanaugh si sia in qualche modo accollato un ruolo quasi dialogante con la società civile che ha interloquuto con la Corte in occasione del caso *Dobbs* considerando che sono numerosi gli *amici curie* (soprattutto quelli che erano stati depositati con l'intento di salvare il precedente *Roe* e garantire il diritto all'aborto) cui fa riferimento. Anch'egli, come la maggioranza, ritiene che il tema debba essere "restituito" alle decisioni proprie del processo politico maggioritario e, tuttavia, a differenza della maggioranza, esplicita il dato per cui tale processo possa essere tanto statale quanto posto in essere ad opera del Congresso federale.

Il fatto che la sua sia un'indicazione "solitaria" suggerisce qualche riflessione sulla possibilità che la Corte, in futuro, consideri o meno legittimo un intervento legislativo federale in tale ambito: difatti,

²³⁸ *Brown v. Board of Education II*, 349 US 294 (1955).

la riflessione è introdotta in una *concurring* a latere della decisione di maggioranza e suggerisce che fra i giudici che attribuiscono il potere decisionale in tema di diritto (o divieto) di aborto al processo democratico maggioritario verosimilmente non vi sia accordo sul livello di governo competente ad intervenire; probabilmente, a fronte di quanto ritenuto dal giudice Kavanaugh circa la possibile competenza federale è ipotizzabile, invece, una resistenza su tale punto del resto della maggioranza della Corte che dunque, forse, considera non solo che il tema etico dell'interruzione della gravidanza appartiene alla democrazia maggioritaria ma ritiene, altresì, che vada affidato ai plurimi processi democratici maggioritari statali e non al Congresso federale.

L'argomentazione di Kavanaugh, collegata alla neutralità della Costituzione federale sul tema dell'aborto consente al giudice di andare oltre quanto affermato dalla maggioranza. Quest'ultima sostiene, nella decisione vergata da Alito, che nella Costituzione federale statunitense non si rintraccia un diritto all'aborto ma nel fare questo, nella parte motiva, ricostruisce ciò che "nella storia e nella tradizione nazionale statunitense è profondamente radicato" in tema di interruzione volontaria della gravidanza e lascia trapelare la sussistenza di una generalizzata avversione all'aborto nelle esperienze statali precedenti al caso *Roe* (la stessa appendice alla decisione Alito né vorrebbe essere, del resto, una plastica conferma). Tale approccio argomentativo sollecita inevitabilmente il dubbio che nella interpretazione costituzionale si possa in teoria rintracciare un inverso divieto di aborto a tutela dell'"*unborn human being*" i cui diritti sono considerati in diretto rapporto di bilanciamento con i diritti materni. È da tali conclusioni che prende le distanze Kavanaugh quando sostiene che invece, a suo parere, la sentenza *Dobbs* non comporta in alcun modo un'interpretazione costituzionale che possa condurre ad un futuro generalizzato divieto dell'aborto. Tuttavia, la sua affermazione, tanto più in quanto "solitaria", conferma la sussistenza di questo dubbio più che fugarlo.

Infine, l'opinione concorrente risulta interessante in relazione al fatto che prende in considerazione, esplicitamente, le possibili problematiche interstatali che potrebbero sorgere in conseguenza della frammentazione normativa che inevitabilmente la decisione *Dobbs* innescherà fra Stati che consentono e Stati che vietano l'aborto suggerendo che la Costituzione statunitense sarebbe dotata di sufficienti antidoti al caos normativo pluristatale.

Anche su questo resta qualche perplessità. Il passato insegna che la frammentazione normativa in tema di garanzie dei diritti (ciò è accaduto in tema di divorzio, riconoscimento delle coppie di fatto e adozione) ha spesso innescato una certa conflittualità interstatale²³⁹ cui frequentemente è seguita, la progressiva acquisita consapevolezza della necessità di approdare a scelte condivise a livello nazionale a meno di rinunciare a considerarsi una comunità piuttosto che la mera somma di diverse collettività. A fronte di tali esperienze il semplice richiamo al *right to interstate travel* sembra piuttosto fragile quale unico scudo alle molteplici possibilità di conflitto interstatale che potrebbero sorgere all'indomani della decisione *Dobbs*.

²³⁹ Sul punto si rinvia a L. FABIANO, *Riflessioni sulla circolazione interna della giurisprudenza statunitense: La Full Faith and Credit Clause della Costituzione federale*, cit., in A. TORRE (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, 316 ss.; ID., *L'uso distorto della Full Faith and Credit Clause federale nell'adozione del Defense of Marriage Act del 1996: da clausola unificante a strumento di ghettizzazione*, cit.

11. I compromessi possibili nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts

L'opinione concorrente del Chief Justice Roberts sul caso *Dobbs* era certamente molto attesa sin dalla pubblicazione del *draft* di Alito il 2 maggio 2022. Fra le indiscrezioni circolate nell'opinione pubblica vi era infatti la notizia, sostenuta dalla pregressa giurisprudenza personale di Roberts, per la quale il Presidente della Corte, pur aderendo all'idea che i precedenti in tema di aborto fossero fragili e mal argomentati, avrebbe elaborato una soluzione moderata e compromissoria nell'estremo tentativo di sanzionare ciò che nella giurisprudenza precedente non risulta più difendibile e, tuttavia, salvaguardare il percorso compiuto dalla medesima giurisprudenza a partire dagli anni Settanta sino ad oggi.

L'opinione concorrente di Roberts non ha in effetti tradito queste aspettative.

La prima riflessione avanzata dal Chief Justice attiene alla necessità che fra la pronuncia e il ricorso vi sia un rapporto di stretta interdipendenza e che dunque, nel caso di specie, la Corte avrebbe dovuto limitare la propria decisione a quanto necessario per risolvere il caso senza rimettere in discussione l'intero impianto giurisprudenziale precedente.

Sulla base di tale riflessione iniziale il giudice Roberts sostiene che, del deciso *Roe*, vi sia un aspetto da preservare (attinente alla definizione del diritto costituzionale da garantire) ovvero il diritto autodeterminativo della donna di poter decidere sulla propria facoltà riproduttiva ed un aspetto da ripudiare (attinente alle modalità attraverso cui la Corte del 1973 ha ritenuto di garantire il detto diritto) ovvero il concetto di "*viability*" (e le sue conseguenze normative).

La critica mossa dal giudice Roberts al concetto di *viability* si ancora in modo interessante all'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema in particolare considerando l'importanza della decisione *Gonzales* del 2007 ove viene affermata con chiarezza l'idea che il feto sia, a prescindere dal momento della vitalità, "un organismo vivente nel grembo materno"²⁴⁰ da cui discende la necessità di tutelare i diritti della vita prenatale. È tale giurisprudenza, secondo Roberts, a dover fungere da nuovo spartiacque per valutare la legittimità di normative che consentono l'aborto entro e non oltre determinati periodi gestazionali da valutarsi, dunque, non più in relazione al concetto "rigido" di *viability*, ma secondo una canone di ragionevole bilanciamento di valori contrapposti ove la garanzia del diritto all'aborto deve comprimersi, per quanto possibile, a vantaggio dei diritti prenatali del feto senza tuttavia finire per essere rinnegato del tutto. Nell'opinione di Roberts, dunque, l'*overruling* operato dalla maggioranza è eccessivo in quanto sarebbe bastato disconoscere esclusivamente il concetto di *viability* per risolvere la questione ricollocando il diritto all'aborto in coordinate più equilibrate. L'*opinion* di Roberts opera quell'analisi, in termini di qualificazione della questione, che la maggioranza della Corte sembra invece evitare di voler fare, ovvero si propone di valutare ciò che costituisce effettivamente precedente sulla base delle decisioni *Roe* e *Casey* sostenendo che l'elemento fondamentale che tali casi garantiscono è rintracciabile esclusivamente nell'attribuzione alla donna della possibilità di assumere in qualche modo una decisione autodeterminativa sul suo stato di gravidanza. Tale concetto può essere, secondo Roberts assolutamente distinto dai concetti "tecnici" elaborati in *Roe* (e confermati in *Casey*) riguardanti il momento a partire dal quale tale scelta autodeterminativa non è più possibile. Roberts ritiene, dunque, che è corretto restituire agli Stati un mag-

²⁴⁰ *Gonzales v. Carhart, Syllabus*: «by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb».

giore margine di manovra circa la disciplina del diritto all'aborto ma questo può essere fatto senza travolgere del tutto la sussistenza stessa di questo diritto.

L'opinione di maggioranza obietta a quanto proposto da Roberts ed a quella che viene tacciata come una "nuova regola" sulla base della quale il diritto all'aborto dovrebbe essere garantito entro termini di "ragionevole opportunità"²⁴¹. La maggioranza, sulla base dell'osservazione, formulata peraltro dallo stesso Roberts (in una decisione del 2010) per cui «*stare decisis is "a doctrine of preservation, not transformation"*»²⁴², si rivela duramente critica nei confronti delle valutazioni del *Chief justice* ritenendo che le sue proposte finiscano per essere quanto di più lontano dal rispetto del principio del precedente vincolante.

Proprio su tale tema l'opinione concorrente del *Chief Justice* avanza un'ulteriore osservazione che sembra particolarmente significativa. Nel valutare l'opportunità la Corte suprema di adottare un *overruling* Roberts richiama il criterio del rispetto dei *reliance interests* e riprende in considerazione i tre grandi *overrulings* citati dalla maggioranza come esempio di circostanze in occasione delle quali la Corte ha giustamente ripudiato un precedente errato: *Brown v. Board of Education*, *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, and *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. Nel tracciare le differenze fra il caso odierno e tali decisioni Roberts sottolinea che in *Brown* la Corte era unanime e dunque non segnata, come attualmente, da profonde fratture. Tale osservazione è ripresa, nella *dissenting opinion* dai giudici Breyer, Kagan e Sotomayor i quali ipotizzano (condividendola) una sottesa convinzione di Roberts per cui i momenti di conflitto ideologico non sono quelli opportuni nei quali procedere a grandi cambiamenti e sono invece le fasi nel corso delle quali il vincolo del precedente garantisce la *rule of law* e la fiducia nel sistema giudiziario²⁴³. In *Barnette* l'*overruling* interveniva solo tre anni dopo il caso *Minersville School District v. Gobitis*²⁴⁴ e correggeva una giurisprudenza che nell'opinione di alcuni degli stessi giudici che l'avevano adottata²⁴⁵ era scorretta: si tratta dunque di un "precedente" di *overruling* imparagonabile al caso odierno segnato da numerose decisioni confermate. Infine, la decisione *Parrish* inaugurava un'innovativa giurisprudenza della Corte e dava inizio a numerosi altri *overrulings* in linea con tale nuovo *trends* interpretativo. Roberts sottolinea, con riguardo a tale ultima vicenda giurisdizionale, come la stessa maggioranza sottolinei più volte il fatto che la decisione *Dobbs* non sia finalizzata ad inaugurare una nuova versione dell'interpretazione costituzionale statunitense dei diritti civili²⁴⁶ e tuttavia, proprio la sua osservazione sul caso *Barnette*, lascia trapelare, in ipotesi, una certa preoccupazione in tal senso e getta una luce sull'intenso dibattito che deve aver caratterizzato la decisione in sede di discussione presso la *supreme Court*.

²⁴¹ Sent. *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 80-84.

²⁴² *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U. S. 310, 384 (2010) (Roberts, C. J., concurring).

²⁴³ *Dobb's Breyer Dissenting opinion*, 46 ss.

²⁴⁴ *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

²⁴⁵ Cambiarono opinione, in particolare i giudici, Black, Douglas e Murphy. Rimasero sulle posizioni precedenti i giudici Roberts, Reed e Frankfurter. Il giudice Stone era già dissenziente nella decisione *Gobitis* e Huges e Mc Reynolds erano stati sostituiti da Jackson e Rutledges.

²⁴⁶ Sul punto non è possibile non richiamare le tesi sui cicli costituzionali a testo invariato di B. ACKERMANN, *We the People. Foundation, Harvard University Press*, 1993.

12. L'aspra denuncia del sovvertimento della Costituzione nella *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor

L'opinione dissenziente, scritta dal giudice Breyer e condivisa dai giudici Sotomayor e Kagan si rivela, in diversi aspetti, in sintonia con l'opinione concorrente del *Chief Justice* Roberts condividendone (in maniera certamente meno velata) dubbi e timori.

Essa può essere considerata come un manifesto di veemente protesta nei confronti di una decisione che secondo i giudici sottoscrittori prelude (o forse, più propriamente, si inserisce) ad un percorso di sovversione delle conquiste, in termini di diritti, compiute anche grazie agli sforzi della Corte suprema, a partire dagli anni sessanta.

Difatti, i giudici dissenzienti, oltre a sottolineare con energia il tema della estrema frammentazione e litigiosità interstatale cui l'opinione di maggioranza potrà dare la stura, pone in grande evidenza l'elemento che nell'intera opinione di maggioranza viene trattato con scarsa considerazione e che, invece, (come già sottolineato dal giudice Roberts), rappresenta la lente fondamentale attraverso cui guardare al senso del diritto all'aborto nella Costituzione federale statunitense. L'interruzione della gravidanza, difatti, non viene riconosciuta nel 1973 come un diritto in sé, ma come un diritto collegato all'autodeterminazione individuale e femminile. Esso si inserisce in un percorso giurisprudenziale che affonda le sue radici nelle decisioni che hanno nel tempo garantito il diritto al matrimonio²⁴⁷ e all'educazione dei figli secondo le proprie convinzioni²⁴⁸ e che, in particolare, a partire dal caso *Skinner*²⁴⁹ passando dalla decisione *Griswold*²⁵⁰, definisce la libertà riproduttiva quale diritto fondamentale. Se decisioni individuali concernenti la libertà riproduttiva sono da considerarsi parte essenziale di quella *autonomy privacy* che vive garantita nella *penumbra* del XIV emendamento lo è anche il diritto di una donna di abortire (entro certi limiti) e negare del tutto questo diritto significa porre il genere femminile in una condizione di soggezione ed ineguaglianza.

Sulla base dell'intimo legame sussistente fra autodeterminazione ed aborto i giudici dissenzienti considerano che una decisione come quella adottata dalla maggioranza non può pretendere, nonostante le rassicurazioni, di proporsi come isolata in quanto è evidente che essa apre ad una riconsiderazione, per intero, di tutti i diritti garantiti sulla base del riconoscimento dell'*autonomy privacy* e dunque sono da considerarsi a rischio riproduzione, contraccezione ma anche libertà di orientamento sessuale ecc.

L'opinione dissenziente mette in dubbio la "terzietà" ideologica della maggioranza ed esplicita il timore che l'attuale Corte suprema sia un inadeguato interprete di quella funzione contromaggioritaria che gli garantisce legittimazione ponendo in luce il fatto che lo *stare decisis* quale garanzia del Ru-

²⁴⁷ Da *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) sui matrimoni interraziali; *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78 (1987) sui matrimoni delle persone poste in stato di detenzione; fino alla decisione *Obergefell*, 576 U. S. 644 sui matrimoni omosessuali.

²⁴⁸ Cfr la già citata decisione *West Virginia Board of Education v. Barnette* ed il caso *Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645, (1972) sui diritti genitoriali dei padri non sposati.

²⁴⁹ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535 (1942), Vedi *supra* nota 17.

²⁵⁰ Vedi *supra* paragrafo 2. Cfr. anche *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (sul diritto alla contraccezione delle persone non sposate); *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U. S. 678 (1977) (sulla legalità dell'informazione sulla contraccezione).

le of Law è principio particolarmente importante nelle fasi di contrasto politico acceso e polarizzato a tutela della stabilità dell'ordinamento giuridico, delle sue istituzioni e della fiducia nelle stesse²⁵¹.

Aspra è inoltre la critica mossa all'originalismo di cui è intrisa l'opinione di maggioranza²⁵².

L'opinione dissenziente sottolinea la necessità di abbandonare un'interpretazione originalista a favore di un approccio evolutivo all'esegesi della Costituzione a partire dalla considerazione per cui l'espressione "*We the People*" collegata a coloro che hanno ratificato il documento costituzionale nel 1868 (ed il XIV emendamento nel 1788) è nel tempo profondamente mutata²⁵³: non sorprende che l'evoluzione del tessuto sociale del Paese, non meramente riferita all'evoluzione dei costumi, ma ancor prima, connessa alla progressiva integrazione sociale e politica femminile, conduca alla necessità assoluta di non limitare l'attività esegetica alla volontà dei costituenti; essi non sono, ad oggi, più rappresentativi della Comunità nazionale mentre è la Costituzione a rimanere rappresentativa del compromesso fondamentale in quanto, nel tempo, ogni volta "ricondivisa" dalla mutata società nel corso delle sue numerose evoluzioni.

Nell'opinione di maggioranza il giudice Alito non manca di introdurre qualche riflessione riguardante le osservazioni avanzate nell'opinione dissenziente²⁵⁴.

Il relatore per la Corte, sembra non tenere conto per nulla della contestualizzazione del diritto all'aborto nel concetto di autodeterminazione individuale (e dei necessari limiti che ne conseguono nella disciplina sul rapporto "libertà/autorità") descritta dai giudici dissenzienti e sostiene che il dissenso non riesca a giustificare il fondamento del diritto all'aborto nella storia e nella tradizione giuridica della Nazione. Alito critica inoltre l'idea "evolutiva" della tradizione costituzionale avanzata nell'opinione dissenziente sostenendo che tale approccio interpretativo favorisce un potere incondizionato dell'autorità giurisdizionale nella sua attività esegetica che finisce per condurlo oltre le sue funzioni costituzionali²⁵⁵.

L'opinione di maggioranza stigmatizza inoltre il tentativo dell'opinione dissenziente di contestare la decisione *Dobbs* sulla base del rispetto del principio dello *stare decisis*. Anche in relazione a tale aspetto si scontrano evidentemente le concezioni originaliste e testualiste dei giudici conservatori con l'approccio evolutivo che connota la giurisprudenza dei giudici *liberal*. Alito contesta ai giudici dissenzienti l'opinione per cui la giurisprudenza sia parte integrante di tale evoluzione in quanto questo presupposto attribuirebbe al giudiziario un enorme potere manipolativo nell'interpretazione costituzionale concretizzando le problematiche con le quali i giudici testualisti ed originalisti si sono da sempre confrontati in relazione al rispetto del precedente vincolante²⁵⁶.

²⁵¹ Breyer *dissenting*, 55 ss.

²⁵² Breyer *dissenting*, 12 ss.

²⁵³ Breyer *dissenting*, 14: «We referred there to the "people" who ratified the Fourteenth Amendment: What rights did those "people" have in their heads at the time? But, of course, "people" did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did».

²⁵⁴ 43-46 e 77-80 dell'*Opinion of the Court*.

²⁵⁵ 44 *Dobbs*, *Opinion of the Court*.

²⁵⁶ Sul punto è illuminante A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, 1997: «The demand that originalists alone 'be true to their lights' and forswear *stare decisis* is essentially a demand that they alone render their methodology so disruptive of the established state of things that it will be useful only as an academic exercise and not as a workable prescription for judicial governance[...]. [S]tare decisis is not part of my originalist philosophy; it is a pragmatic exception to it."). Of course, there are some decisions, such as

Infine, l'opinione di maggioranza contesta, nell'opinione dissenziente, il fatto che essa non dia alcun peso ai diritti della vita prenatale (confermando il peso che la decisione *Doobs* presumibilmente avrà nella futura evoluzione normativa e giurisprudenziale concernente tali temi nell'esperienza statunitense) e contesta il tentativo dei giudici dissenzienti di stabilire un momento (nel corso della gravidanza) a partire dal quale ciò che è consentito può essere vietato (tentativo che, in realtà, i giudici dissenzienti non sembrano fare, dato che l'opinione dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor si concentra moltissimo sul rapporto fra aborto e determinazione individuale piuttosto che sul concetto di diritto all'aborto di per sé).

13. La *concurring opinion* del giudice Clarence Thomas: il ripudio del *substantive due process* e la crisi della funzione contromaggioritaria della Corte suprema

I timori ventilati (o esplicitamente espressi) nella *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts e nella *dissenting opinion* di Breyer trovano ragione di proporsi se si considera la grave posizione assunta dal giudice Clarence Thomas nella sua opinione concorrente particolarmente estremista.

Il giudice concorda con la maggioranza sull'opportunità di ripudiare i precedenti *Roe* e *Casey* ritenendo che non esista nella Costituzione federale alcuna garanzia costituzionale all'aborto. Tuttavia, la dirompenza del parere, dai caratteri tipici del conservatorismo reazionario non estraneo alla pregressa giurisprudenza di Thomas²⁵⁷, è collegata al fatto che esso è incentrato su una questione ben più ampia in quanto aggredisce con convinzione l'intera teoria concernente i diritti impliciti enucleabili dalla lettura del XIV emendamento attraverso la clausola del *due process* interpretata in senso sostanziale²⁵⁸.

Il dissenso di Thomas mettendo in discussione l'interpretazione di una delle principali clausole della Costituzione federale, investe per intero la portata del ruolo della Corte Suprema statunitense (e del giudiziario in generale) ed in un certo senso risulta illuminante dell'estrema polarizzazione assunta da una certa area del conservatorismo statunitense la quale trova attualmente sfogo anche su alcuni scranni della suprema Corte.

Brown v. Board of Education—which held that a state, in segregating its public school systems by race, violated the Fourteenth Amendment—that are widely accepted as precedent despite some debate over whether they comport with the original meaning of the Constitution», 139-140.

²⁵⁷ H.M. HOLZER, *The Supreme Court Opinions of Clarence Thomas, 1991 — 2006: A Conservative's Perspective*, Jefferson (N.C.), 2007.

²⁵⁸ La clausola del *Due process* racchiude, in un'unica espressione, due garanzie poste a presidio dei diritti e delle libertà individuali corrispondenti ai due modi attraverso cui il controllo di legittimità di una normativa può essere esercitato da parte del giudiziario: esso, difatti, può incentrarsi sulla correttezza procedurale dell'adozione di un atto pubblico (onde stabilire se sono state rispettate le procedure previste dalla Costituzione per l'adozione di quello specifico atto)²⁵⁸ ma può anche andare oltre il semplice controllo procedurale investendo la compatibilità dei contenuti di un atto con quanto stabilito in Costituzione sulla base dell'implicito assunto che esistono delle scelte normative che il detentore del potere politico maggioritario non può assumere (se non in determinate forme "super maggioritarie"). Sulla possibilità ipotetica che negli Stati Uniti la Corte suprema dichiari l'illegittimità di un emendamento costituzionale in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione si rimanda a L.H. TRIBE, *A Constitution we are Amending: in Defense of Restrained Judicial Role*, in *Harvard Law Review*, 97, 1983, 433 ss. e W.F. MURPHY, *An Ordering of Constitutional Values*, in *Southern California Law Review*, 53, 1980, 753 ss.

La portata del dissenso di Thomas può essere correttamente compresa solo ripercorrendo brevemente la giurisprudenza costituzionale statunitense in tema di esegesi della *Due process clause* (intesa in senso *substantial*) al fine di evidenziarne il legame con l'evoluzione del ruolo del massimo organo del giudiziario nel sistema federale²⁵⁹.

La clausola costituzionale del giusto procedimento viene infatti interpretata in senso sostanziale, quale grimaldello costituzionale che consente un più penetrante sindacato di costituzionalità, sin dalla fine del XIX secolo quando tuttavia se ne valorizzano prevalentemente i connotati economici²⁶⁰. Tale stagione giurisprudenziale, connessa alla piena affermazione (alla fine dell'Ottocento e nei primi decenni del Novecento) del movimento liberista, si fondava essenzialmente sull'idea che il potere pubblico potesse adottare un atto normativo per il conseguimento di obiettivi legittimi i quali però erano limitati (salute, sicurezza e pochi altri *public interests*) e da interpretarsi restrittivamente. Detta fase raggiunge il proprio apice con l'adozione della nota decisione *Lochner*²⁶¹ nella quale la Corte suprema giudica incostituzionale una legge federale che pone un limite al monte ore di lavoro dei fornai come invasiva della libertà contrattuale²⁶².

Tale impostazione giurisprudenziale liberista si scontra aspramente, nel corso degli anni trenta del Novecento, con le scelte politiche di stampo keynesiano adottate dalla carismatica figura del presidente F.D. Roosevelt e finisce per declinare, non ultimo, anche a causa di una serie di avvicendamenti

²⁵⁹ Cfr. B. FRIEDMAN, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 148, 4, 2000, 971 ss.

²⁶⁰ Ciò a partire dalla decisione *Mugler v. Kansas*, 123 US 623 (1887) quando i giudici, pur sostenendo la legittimità di uno *Statute* che proibiva le vendite di bevande alcoliche, affermavano altresì l'esistenza di limiti di contenuto oltre i quali al legislatore non è consentito andare e che in virtù della *substantive due process* spetta alla Corte garantire. Nella sentenza redatta dal giudice Harlan, la Corte si esprime a favore della legittimità di alcuni atti normativi del Kansas i quali proibivano la produzione e la vendita di bevande alcoliche in quanto adottati a protezione di soggetti terzi. La medesima Corte afferma altresì che andrebbe considerata comunque illegittima una limitazione indiscriminata di un diritto (quale il diritto di proprietà), pena la violazione della clausola del *due process*. Nel giro di un decennio tale nuova posizione della Corte si afferma con forza in diverse occasioni nelle quali viene stabilito che le *corporations* rientrano nel concetto di "*persons*" del XIV emendamento (*Missouri Pacific R. Co. v. Nebraska*, 164 US 403 (1896)), o che il termine "*liberty*" nel medesimo emendamento va interpretato in maniera estensiva e tale da garantire ad un individuo oltre alla libertà dalla costrizione fisica il godimento "*of all his faculties*" (*Allgeyer v. Louisiana*, 165 US 578 (1897)).

²⁶¹ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905). Nella sentenza *Lochner* la Corte suprema aveva disapplicato una legge sull'orario massimo di lavoro per i fornai valutando che essa costituisse niente altro che un'interferenza nel principio costituzionale di libertà contrattuale; tale difesa del principio della libertà contrattuale era direttamente corrispondente ad un ordinamento caratterizzato dal trionfo dei principi del *laissez faire* nell'economia politica e dell'idea che il migliore Stato fosse quello che governa il meno possibile. La Corte confermò l'approccio liberista avanzato nella sentenza *Lochner* in altri due casi: *Coppage v. Kansas*, 236 US 1, nel 1915 (in cui la Corte sanzionò una c.d. *Yellow dog law*, la quale impediva ai datori di lavoro di richiedere ai nuovi impiegati, quale condizione per l'assunzione, un impegno a non iscriversi ad alcun sindacato) ed *Adkins v. Children's Hospital*, 261 US 525, del 1923 (in cui la Corte considerò che la predisposizione di un salario minimo per le donne violasse la clausola del *Due process*).

²⁶² Nel medesimo periodo la Corte adotta, tuttavia, anche decisioni di diverso tenore quando valuta che la tutela della salute e della sicurezza degli individui possa effettivamente costituire valido motivo perché una disposizione limiti la libertà contrattuale degli stessi ed incida sul libero mercato. Fra queste la decisione *Holden v. Hardy*, 169 US 366 (1898), nella quale viene giudicato legittimo il limite al monte ore di lavoro dei minatori posto da uno *Statute* in Utah o successivamente alla decisione *Lochner* la sentenza *Muller v. Oregon*, 208 US 412 (1908) sul monte ore di lavoro femminile.

nel seno stesso della Corte²⁶³ (senza che fosse stata posta effettivamente in essere la minaccia del *Court Packing Plan*²⁶⁴ avanzata dal Presidente).

Nel 1934, dunque, nella decisione *Nebbia v. New York*²⁶⁵, l'intera Corte sosterrà che uno Stato è libero di adottare la politica economica che ritiene opportuna per promuovere il benessere pubblico²⁶⁶. Pur riguardando una norma adottata nel livello statale, il caso *Nebbia* è emblematico di un cambiamento della giurisprudenza della Corte che finisce per investire anche il controllo sugli atti del livello federale²⁶⁷ ed anzi, è proprio da quest'ultimo che erano giunte le maggiori spinte perché fosse adot-

²⁶³ Nel corso dei suoi quattro mandati come Presidente degli Stati Uniti (l'ultimo non concluso per il sopraggiunto decesso per malattia) Roosevelt nominò in tutto otto associate *Justices* e un *Chief Justice* (Harlan Fiske Stone, nel 1941); fra il 1937 ed il 1943 vengono sostituiti alla Corte i giudici, Willis Van Devanter, George Sutherland (nominato nel 1921 dal presidente Harding), Louis D. Brandeis (nominato nel 1916 da Wilson), Pierce Butler (nominato nel 1923 da Harding), Benjamin N. Cardozo (nominato nel 1932 da Hoover), Harlan F. Stone (nominato nel 1925 da Coolidge), e James F. Byrnes (nominato nel 1941 dallo stesso Roosevelt); F. D. Roosevelt nomina L. Hugo Black (nel 1937), F. Stanley Reed (nel 1938), Felix Frankfurter e William O. Douglas (nel 1939), Frank Murphy (nel 1940), Byrnes e Robert H. Jackson (nel 1941), e Wiley B. Rutledge (nel 1943).

²⁶⁴ Il piano, parte del più ampio *Reorganization of the Judiciary Bill* del 1937, prevedeva la possibilità da parte del Presidente di nominare un nuovo giudice della Corte suprema per ogni giudice ancora in carica che avesse superato il settantesimo anno di età. Ciò avrebbe consentito a Roosevelt di nominare, in quel momento, almeno 6 giudici portando la Corte a 15 elementi. Per un'analisi del *Court Packing Plan* si rimanda a J.L. CARSON e B.A. KLEINERMAN, *A Switch in Time Saves Nine: Institutions, Strategic Actors, and FDR's Court Packing Plan*, in *Public Choice*, 113, 2002, 301-324; G.A. CALDEIRA, *FDR's Court Packing Plan in the Court of Public Opinion*, rinvenibile su <http://epstein.wustl.edu/research/courses.LAPSCaldeira.pdf> e, dello stesso A., *Public Opinion and the US Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, in *American Political Science Review*, 81, 1987, 1139-1153; B. FRIEDMAN, *op. cit.*, 971-1050; M.C. MCKENNA, *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The Court Packing Crisis of 1937*, New York, 2002.

²⁶⁵ *Nebbia v. New York*, 291 US 502 (1934). Per combattere gli effetti della Grande Depressione lo Stato di New York aveva adottato delle normative in campo economico fra cui il *Milk Control Law* del 1933 che costituiva un Consiglio incaricato di definire il prezzo minimo di vendita al minuto del latte. Il giudice Roberts, relatore per la Corte, considerò la normativa legittima sostenendo che «Price control, like any other form of regulation, is unconstitutional only if arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant to the policy the Legislature is free to adopt, and hence an unnecessary and unwarranted interference with individual liberty».

²⁶⁶ Nella decisione *Nebbia* la Corte sembra ripercorrere in parte le argomentazioni già sostenute dal giudice Holmes nella propria opinione dissenziente nella sentenza *Lochner*. Justice Holmes infatti contestava la decisione del 1905 affermando che la Costituzione non incorpora in sé una precisa scelta in campo economico e che il XIV emendamento non può essere interpretato come l'adozione in Costituzione della teoria spenseriana. Nelle parole di Justice Holmes: «The XIV Amendment does not enact Mr Herbert Spencer's Social Statics [...]. Some of the laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a Constitution is not intended to embody a particular economic theory». Sulla teoria spenseriana e sul darwinismo sociale soprattutto come fattore della tradizione conservatrice statunitense si rimanda a G. BORGOGNONE, *La destra americana. Dall'isolazionismo ai neocons*, Roma-Bari, 2004.

²⁶⁷ Il cambiamento dell'atteggiamento della Corte suprema nei confronti della normativa del legislatore federale si registra nel 1937 a partire dalla decisione *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 US 1 (1937); il caso verteva sulla legittimità del *National Labor Act* adottato dal Congresso federale nel 1935 in base al quale numerosi conflitti di lavoro venivano avvocati alla legislazione e conseguentemente alla giurisdizione federale. La Corte giudicò legittimo l'atto in quanto fondato sulla *commerce clause* abbandonando una linea interpretativa per la quale le relazioni di lavoro, incidendo solo indirettamente sul commercio, si riteneva non potessero mai ricadere nella competenza federale in base alla *interstate commerce clause*. La giurisprudenza inaugurata nel 1937 si è sviluppata per tutto il XXI secolo fino al cambiamento occorso con la giurisprudenza

tata una giurisprudenza più favorevole alla discrezionalità del legislativo e meno improntata al *laissez faire*. Il segnale di cambiamento lanciato nel caso *Nebbia*, cui tuttavia seguono ancora delle decisioni improntate al sostegno del liberismo economico da parte della Corte²⁶⁸, viene ribadito e confermato infine nella decisione *West Coast Hotel v. Parrish*²⁶⁹, del 1937 nella quale, ribaltando la precedente decisione *Adkins v. Children Hospital*²⁷⁰ viene valutata come costituzionalmente legittima una legge di Washington sul salario minimo femminile.

Nel 1938, l'anno successivo all'emanazione della decisione *Parrish* (la quale segna il declino dell'utilizzo della clausola del *Due process* intesa come "*economic due process*"), la Corte emette la sentenza *Carolene Products*²⁷¹ in cui, per la prima volta, è avanzata la teoria degli scrutini differenziati in relazione all'*Equal protection clause*²⁷² ed allo stesso *Due process*. La giurisprudenza successiva al caso *Carolene*, dagli anni quaranta e per tutti gli anni sessanta, maturerà un importante passaggio per il quale le clausole del *Due process* e dell'*Equal protection*, da strumenti di protezione dei diritti economici e, correlativamente, di controllo dei contenuti della legislazione economica, divengono strumenti di garanzia dei diritti civili²⁷³.

della Corte Rehnquist detta del "*new judicial federalism*" ed in particolare, in relazione alla *commerce clause* alle decisioni *US v. Lopez*, 514 US 549 (1995) e *US v. Morrison*, 529 US 598 (2000).

²⁶⁸ Due anni dopo la decisione *Nebbia* la Corte nel caso *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 US 587 (1936), la Corte invalidò una legge dello Stato di New York la quale imponeva un salario minimo femminile ribadendo così parallelamente ad una giurisprudenza in contrasto con le politiche del *New Deal* a livello federale, l'idea che il potere del *government* in ambito economico dovesse essere considerato il più possibile limitato.

²⁶⁹ *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937).

²⁷⁰ *Adkins v. Children Hospital*, 261 US 525 (1923) Con una legge del 1918 il Congresso, al fine di garantire un tenore di vita minimo ai lavoratori minorenni ed alle donne, approvò una legge che istituiva una commissione col compito di fissare dei livelli salariali minimi valevoli nel distretto di Columbia. La legge venne dichiarata incostituzionale dalla Corte di Appello e tale decisione venne successivamente confermata dalla Corte suprema la quale sancì che i rapporti contrattuali di lavoro non avessero qualità diversa rispetto ad ogni altra transazione commerciale. È interessante osservare che nella decisione la Corte si premurò di precisare come la donna non necessitasse di alcuna forma di protezione particolare godendo di una piena capacità contrattuale e come invece da tale affermazione dissentirono vigorosamente i giudici Taft (cui aderì Sandford) e Holmes e ciò iscrive la decisione *Adkins* nel discorso riguardante la classificazione del genere femminile fra le categorie sensibili o meno (argomento approfondito più avanti nel testo). La decisione è tradotta in italiano in alcune sue parti in, *Diritti Fondamentali e interessi costituiti, op. cit.*, A. ZORZI GIUSTINIANI (a cura di).

²⁷¹ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 US 144 (1938). Un atto del Congresso del 1923 aveva vietato le spedizioni interstatali di (latte pastorizzato addizionato con oli vegetali). Un produttore aveva contestato tale legislazione sostenendo che essa violasse il *Commerce Power* attribuito al Congresso dalla Costituzione. La Corte valutò la legislazione legittima. Il caso è tuttavia ricordato non tanto per il disposto o la motivazione quanto per quella che è ricordata come la famosa *footnote four* per l'analisi della quale si rimanda nel prosieguo del testo.

²⁷² Per la dottrina italiana si rinvia a L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America, cit.*

²⁷³ Come noto, nel 1938, nella *Footnote four* al caso *Carolene Products*, il *Justice Stone* descrive la possibilità da parte della Corte di ponderare in maniera differenziata la profondità del proprio sindacato nella valutazione sulla legittimità costituzionale di un atto legislativo (nella terminologia statunitense il c.d. scrutinio di costituzionalità). Limitandosi a delineare due tipi di scrutinio *Justice Stone* ne definisce i caratteri affermando che mentre il c.d. *rational based scrutiny* dovrebbe costituire l'approccio base attraverso il quale la Corte valuta la legittimità costituzionale di una fonte normativa, esiste tuttavia anche un «more exacting judicial scrutiny».

La decisione del 1938 si iscrive nell'aspra contestazione, nella prima metà degli anni '30, della legittimità del potere di sindacato sulla costituzionalità delle Corti statunitensi in base alla c.d. "*counter-majoritarian difficulty*". Holmes, Brandeis e Stone erano fra gli allora giudici maggiori esponenti di tale *dissenting tradition*. Essi, ponendo il processo di approvazione della legge (fondato sul principio maggioritario) al centro delle proprie teorie sugli equilibri costituzionali, ponevano in dubbio la legittimità del sistema di controllo costituzionale del giudiziario il quale, privo di una legittimazione democratica, disponeva tuttavia del potere di invalidare un processo che andava considerato presuntivamente legittimo in quanto facente leva sulla legittimità che il suffragio garantisce.

Dopo la guerra di secessione, la Corte suprema, delegittimata dalla decisione *Dred Scott*, aveva saputo riconquistare la propria credibilità agli occhi dell'opinione pubblica attraverso lo sviluppo di una giurisprudenza improntata al pensiero liberale. Tale linea di comportamento aveva ben funzionato come antidoto al discredito che la Corte si era attirata alla fine degli anni cinquanta dell'Ottocento, ed aveva raggiunto il proprio apice con la decisione *Lochner*, sentenza con la quale però l'effetto di quest'antidoto si esaurisce.

Nel periodo del *New Deal* (fino al *Court Packing Plan*), la Corte suprema torna dunque a soffrire di un difficile periodo di contrasto con gli altri rami del *government* americano, ed in generale di un diffuso discredito presso l'opinione pubblica. Questo secondo periodo di delegittimazione, però, affonda radici in ragioni opposte rispetto a quelle che erano alla base della crisi della Corte suprema all'indomani della guerra civile e richiede pertanto alla Corte una diversa e nuova risposta a tale crisi²⁷⁴. Il nuovo corso della Corte suprema, si evidenzia senza dubbio a partire dalla sentenza *Brown v Board of Education of Topeka*²⁷⁵ ma ha i suoi prodromi nella decisione *Carolene* ed in particolare nella *Footnote four*.

La teoria del "*substantive due process*", dunque, nasce in relazione ai diritti economici ma acquista credito in relazione alla protezione delle libertà fondamentali e dei diritti civili. Tale sviluppo esegetico è peraltro favorito, alla fine degli anni trenta, dalle aberrazioni cui esperienze come il fascismo, il nazismo o il bolscevismo (incontrollati sistemi ultramaggioritari) dimostravano in quegli anni di condurre. Se il contesto storico del caso *Carolene* in patria era dato dall'esperienza del *New Deal*, il con-

Dei tre paragrafi di cui la *Footnote* è composta, il primo richiede un sindacato del giudice maggiormente rigoroso per tutte gli atti che concernono (e si sospetta violino) i diritti specificamente enumerati o menzionati nel *Bill of Rights* della Costituzione e letti in connessione con il XIV emendamento; il secondo delinea un giudizio maggiormente severo da parte della Corte volto ad impedire la perversione delle forme democratiche ovvero la negazione dei c.d. "*fundamental interests*", infine, il terzo paragrafo riguarda i limiti delle finalità democratiche perseguibili riferendosi al pregiudizio da parte di un atto normativo nei confronti delle c.d. "*discrete and insular minorities*".

²⁷⁴ È quanto affermato da B.A. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 98, 4, 1985, 714: «Only one thing was clear. If the Court were to reassert itself after great Depression, it could not do so through the same constitutional rhetoric with which it had rehabilitated itself after the Civil War. During the long period between reconstruction and the New Deal, the Court had risen to the heights of power by insisting upon the fundamental right of free men to pursue their private aims in a free market system. Yet it was precisely this ideological elixir, which had given the judiciary new life after the civil war, that proved nearly fatal during the constitutional birth agony of the activist Welfare State. If the Court were to build a new foundation for judicial review, it would need an entirely new constitutional rhetoric — one that self-consciously recognized that the era of laissez fair capitalism had ended».

²⁷⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

testo internazionale era rappresentato, infatti, dall'emergere delle esperienze totalitaristiche. È in tale contesto che diviene comprensibile perché la Corte si sia risolta a differenziare il giudizio sui diritti economici (guidato prevalentemente da ragionamenti improntati all'etica maggioritaria) dal giudizio concernente le libertà fondamentali ed i diritti civili e politici in relazione ai quali si assiste, invece, ad uno sviluppo del *judicial review* e all'elaborazione della teoria del *substantive due process*²⁷⁶.

In uno dei più noti studi²⁷⁷ riguardanti la *Footnote four* l'autore, Bruce Ackerman, osserva come in tale decisione venga elaborato un nuovo e diverso modo di concepire il controllo di costituzionalità: esso non si pone più come un semplice confronto fra le scelte discrezionali del legislatore e la valutazione della Corte circa la costituzionalità o meno di tali scelte; il controllo di costituzionalità così concepito soffriva negli anni trenta di una crisi di legittimazione troppo forte e sembrava pertanto eccessivamente complicato spiegare le ragioni per cui un consesso di "nove anziani giuristi" (*nine elderly lawyers*) potesse controllare una legge frutto del lavoro di un'assemblea democraticamente eletta. La *Footnote four* delinea invece un tipo di controllo che scende maggiormente nel profondo rispetto alle possibili scelte operate dal legislativo, andando a valutare la stessa democraticità del processo di decisione che ha condotto a tali scelte. La Corte riacquista maggiore legittimazione, ed è titolare di un potere di controllo sulle scelte del legislativo in misura direttamente proporzionale alla delegittimazione di cui lo stesso legislativo soffre nelle situazioni in cui il principio maggioritario, portato alle sue estreme conseguenze, viola uno degli elementi cardine del principio democratico quale è il rispetto dei diritti fondamentali e dei gruppi sociali svantaggiati²⁷⁸. In un sistema democratico concepito in tale modo, la decisione *Carolene* propone dunque la Corte, ed il suo giudizio, in veste di correttivo contromaggioritario²⁷⁹.

²⁷⁶ Parallelamente al percorso giurisdizionale, il tema del ruolo e dei limiti dei poteri della Corte e del giudiziario in veste di controllore della costituzionalità non ha ovviamente mancato di interessare la dottrina dal cui fronte è stata avanzata una diversa teoria a giustificazione della progressiva espansione delle competenze, in termini di valutazione contenutistica, del giudice costituzionale. Tale è la teoria dei c.d. "*vested rights*", elaborata da E.S. CORWIN (*Liberty Against Government*, Baton Rouge, 1948), in base alla quale l'incidenza di un atto legislativo federale sul godimento di determinati diritti generalmente riconosciuti (esemplare, quale diritto "*vested*", è la proprietà) costituirebbe elemento sintomatico di illegittimità che richiede al legislatore di giustificare l'adozione dell'atto normativo sotto un profilo costituzionale riconoscendo tuttavia in capo al governo un "*police power*" da interpretarsi in senso ampio ed in virtù del quale la dottrina dei "*vested rights*" viene ampiamente temperata.

²⁷⁷ B.A. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 713-746.

²⁷⁸ Ancora nelle parole di ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 715 «Carolene promises relief from the problem of legitimacy raised whenever nine elderly lawyers invalidate the legislative decision of majority of our elective representative. The Carolene solution is to seize the high ground of democratic theory and establish that the challenged legislation was produced by a profoundly defective process. By demonstrating that the legislative decision itself resulted from an undemocratic procedure, a Carolene Court hopes to reverse the spin of the countermajoritarian difficulty. For it now may seem that the original decision, not the judicial invalidation, suffers the greater legitimacy deficit».

²⁷⁹ La prima decisione, susseguente al caso *Carolene Products*, che procede a proclamare la necessità dell'uso di uno scrutinio rigido in relazione all'incidenza di una normativa sul godimento di un diritto fondamentale è la sentenza *Skinner v. State of Oklahoma ex rel. Williamson* del 1942. In tale caso, concernente una legge dell'Oklahoma che sanzionava la recidiva di alcuni reati (e non altri) con la sterilizzazione, la Corte ritenne che la legge contestata comportasse una discriminazione che, in sé, il legislatore, nella sua discrezionalità, sarebbe stato normalmente competente a tracciare ma che per via della sua incidenza sull'attribuzione o sul godimento di un diritto fondamentale, quale il diritto alla procreazione, era da considerarsi *invidious* e da analizzare perciò

Nella propria opinione concorrente, contestando la legittimità costituzionale di una lettura sostanziale del *due process* in relazione al quale si giustifica e trova legittimazione la giurisprudenza che enuclea la tutela di diritti costituzionali impliciti, il giudice Thomas considera dunque criticamente la stessa funzione contromaggioritaria del sindacato costituzionale, della Corte suprema e del giudiziario in generale.

La proposta di Thomas di ripudio completo della giurisprudenza fondata sul *substantive due process* si rivela, a ben vedere, un tentativo di destrutturazione degli equilibri costituzionali che connotano l'esperienza statunitense ed un ripensamento assoluto della funzione della Costituzione federale e delle sue forme di garanzia.

La lettura offerta da Thomas del rapporto fra democrazia maggioritaria e vincolo costituzionale è quasi del tutto procedurale limitando i vincoli costituzionali di contenuto a ciò che è esplicitamente e incontrovertibilmente posto nel dettato costituzionale.

Non sembra sufficiente a ridurre la portata di quanto affermato dal giudice Thomas il fatto che egli aggiunga, come già sostenuto in altre passate decisioni²⁸⁰ che, piuttosto che la *substantive due process*, la clausola costituzionale più adeguata a garantire i diritti fondamentali nella dimensione della Costituzione federale sia la *Privileges and Immunities clause*.

Secondo la teoria elaborata dal giudice Thomas, difatti, la giurisprudenza fondata sul *substantive due process* conduce ad un'attività di creazione interpretativista eccessiva da parte del giudice costituzionale che affonda le sue radici in una mistificata comprensione delle reali funzioni del *judicial review*. In un'ottica profondamente originalista, la riesumazione della *Privileges and Immunities clause* potrebbe, secondo Thomas consentire di distinguere con maggior rigore i diritti fondamentali dalle istanze che non godono di tale rango circoscrivendo determinate garanzie anche nei confronti delle norme statali ai diritti enumerati nel *Bill of Rights*. Si cancellerebbe tuttavia, con un colpo di spugna, tutto il percorso giurisprudenziale che ha condotto all'elaborazione dei diritti fondamentali impliciti nel *due process* del XIV emendamento²⁸¹ i quali, peraltro, sono spesso collegati alle garanzie della *due process clause*.

La prospettiva adottata consente al giudice Thomas di approdare alla conclusione per la quale gli sforzi giurisprudenziali compiuti per decenni dalla Corte suprema per delineare i valori condivisi dalla nazione statunitense (e rintracciabili nella Costituzione federale) sono in realtà un abuso giurisprudenziale in quanto, nelle materie di propria competenza, gli Stati sono liberi di adottare le normative che vogliono sulla base delle proprie considerazioni assiologiche senza alcun limite valoriale che promani dalla Costituzione federale. La sua visione restrittiva del *due process* si collega, dunque, ad un'interpretazione rigidamente competitiva di federalismo e ad una visione quasi confederale della Federazione statunitense che sembra non considerare per nulla la storia costituzionale del Paese de-

attraverso lo scrutinio rigido di controllo di costituzionalità. La decisione *Skinner* inaugurò pertanto l'analisi del sindacato di costituzionalità di tipo *strict* delle normative incidenti sui *fundamental interests*, e contemporaneamente, qualificò il diritto alla procreazione come fondamentale.

²⁸⁰ Cfr. *Mc Donald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010) sull'*incorporation* del diritto a detenere e portare armi garantito nel II emendamento; *Timbs v Indiana*, 586 US_ (2019), Docket n. 17-1091, dove la teoria di Thomas sembra in parte condivisa anche dal giudice Gorsuch.

²⁸¹ Sul punto cfr. J.C. ACEVES, *A Distinction with a Difference: Rights, Privileges and the Fourteenth Amendment*, in *Texas Law Review Online*, 98, 2019.

gli ultimi novant'anni e che spinge ad una concezione estremamente frammentata e polarizzante del Federalismo statunitense.

14. La decisione *Dobbs*, il confederalismo dei diritti e le ricadute sulla forma di Stato statunitense

Nella decisione *Dobbs* la maggioranza ripete spesso che la valutazione sul se consentire o vietare l'aborto deve essere restituita al processo decisionale politico (maggioritario —e, forse, finanche esclusivamente statale—). Il deciso di *Dobbs* e l'argomentazione proposta dalla maggioranza producono uno svuotamento dall'interno dell'indirizzo politico costituzionale rintracciabile (e da decenni riconosciuto) nella Costituzione federale concernente il modo in cui in essa è strutturato il rapporto libertà/autorità. Ciò non può che comportare un'alterazione della concezione stessa della Federazione e del suo ruolo istituzionale nella forma di Stato statunitense.

La dimensione costituzionale statunitense affonda le proprie radici storiche nella dimensione federale degli *Articles of Confederation* e pur se, con la Convenzione di Philadelphia, si ridefinisce secondo un assetto federale, per molti decenni successivi al 1787, la concezione confederale continua a permeare il carattere e la percezione della Costituzione statunitense²⁸².

Un momento di passaggio si registra con la guerra civile quando gli Stati del Nord impediscono la secessione degli Stati del sud riuniti in confederazione confermando il principio per cui le articolazioni statali nella Federazione non detengono più la piena sovranità²⁸³.

La guerra di secessione nell'esperienza statunitense si rivela momento particolarmente significativo anche sotto altri profili perché, in quella circostanza, collegata inestricabilmente alla necessità di porre fine all'istituto dello schiavismo, la Federazione, forse per la prima volta, dimostra concretamente di non essere meramente il livello di governo preposto alla garanzia delle corrette relazioni fra Stati membri quanto, ben oltre, di poter essere un livello di governo in diretto rapporto con gli individui che vivono sul suo territorio a garanzia dei loro diritti.

L'assunzione di questa forma di responsabilità in tema di diritti evidenzia il momento a partire dal quale la somma degli Stati diviene comunità nazionale e la Federazione comincia a concepirsi (e ad essere percepita) non più secondo i precedenti canoni (ancora) confederali.

La fase storica che segue è tuttavia fortemente connotata dalla concezione liberale della forma di Stato ed è dunque in tale ottica che si interpreta inizialmente la struttura federale la quale, in tema di diritti, per lungo tempo, si propone secondo logiche astensionistiche e di garanzia delle libertà prevalentemente negative.

Per questo, un secondo passaggio storico fondamentale si rivela essere il periodo del *New Deal* rooseveltiano susseguente alla grave crisi economica del 1929 nel corso del quale, maturando istituzionalmente (e poi anche nella consapevolezza del giudiziario) l'idea di un necessario interventismo statale in economia a riequilibrio delle gravi carenze prodotte dal libero mercato si realizzerà una pro-

²⁸² Cfr. R.A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?* Bari-Roma, 2003.

²⁸³ Per un parallelismo con l'esperienza europea della Brexit, cfr. M. BUZZON, *Unità politica e "secessione" oltre lo Stato: considerazioni a partire dalla Brexit*, in *Filosofia Politica*, 3, 2019 e C. DE FIORES, *Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit*, in *Teoria Politica*, 7, 2017.

fonda maturazione della forma di Stato federale statunitense con il ridimensionamento della sua matrice liberale e competitiva²⁸⁴.

I profondi cambiamenti che interessano l'esperienza statunitense avvengono a Costituzione quasi invariata e trovano tuttavia, come noto, ampio sfogo nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale²⁸⁵ che si assume il difficile compito dell'enucleazione delle istanze nazionali nella dimensione costituzionale. A ragione di ciò, la giurisprudenza attivista e creativa che si afferma a partire dagli anni sessanta e settanta non è condivisa da tutti. È noto, anzi, che alcune nomine presidenziali degli anni ottanta (Scalia e Rehnquist) siano state poste in essere proprio per frenare questo percorso alimentando l'ideologia esegetica originalista e non interpretativista²⁸⁶.

Secondo tale percorso, e sulla base della direttrice disegnata nella *footnote four* della decisione *Carolene Products*, la Corte si struttura compiutamente come un potere contromaggioritario e un garante dei valori supermajoritari. Il dato di fatto per cui molti diritti dedotti in via giurisprudenziale dalla Corte non sono espressamente citati in Costituzione non è sorprendente: al momento della scrittura della Costituzione di Philadelphia il patto costituente non era concepito come una tavola di valori ma come un accordo di convivenza; peraltro tale patto costituente risentiva, come già evidenziato, di una forte connotazione interstatale tanto che i diritti enunciati nel *Bill of rights* (approvato poco dopo la Costituzione) erano inizialmente concepiti come una garanzia per gli Stati (e per i popoli degli Stati) nei confronti della Federazione e non come diritti individuali in assoluto.

Nel tempo però la Federazione si trasforma conformandosi (e allo stesso tempo permeando del suo cambiamento) al processo di nascita e progressiva affermazione di una vera e propria comunità nazionale.

Se tutto ciò corrisponde al vero non sorprende che in un momento storico di grave crisi del concetto stesso di Nazione come comunità dovuto alla estrema polarizzazione della politica statunitense sopraggiungano dei segnali che indicano il parziale tentativo di rinnegare la Federazione come "comunità" e propugnano il ritorno ad un'idea di Costituzione federale come accordo di organizzazione riallocando le decisioni in tema di diritti, valori e garanzie alla dimensione statale. Si tratta di un passo indietro sapientemente oscurato dall'invocazione populista della necessità che le decisioni politiche vengano assunte secondo i canoni del processo democratico fingendo di non percepire la complessità della dimensione democratica i cui processi non sono solo maggioritari ma anche e soprattutto costituzionali e questi ultimi sono prioritari ai primi in quanto i vincoli costituzionali consentono a che le tensioni maggioritarie non finiscano per soffocare l'intera comunità nazionale e sociale²⁸⁷.

Peraltro, in relazione più strettamente al tema della democrazia maggioritaria, molto ci sarebbe da dire sulla recente giurisprudenza della suprema Corte in tema di *voting rights* in relazione alla quale si susseguono le numerose decisioni²⁸⁸ che sembrano incidere fortemente sulla tenuta del principio

²⁸⁴ Sul punto, C. BOLOGNA, *Stato federale e "National interest"*, op. cit.

²⁸⁵ Sul punto B. ACKERMANN, *We The People*, cit.

²⁸⁶ Cfr. J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit.

²⁸⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1996.

²⁸⁸ Ci si riferisce fra l'altro a *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013) con cui la Corte ha limitato alcuni poteri di supervisione del Congresso (con di finalità antidiscriminatorie) sulle leggi elettorali statali, alla già citata ed a *Merrill v. Milligan*, 595 US_ (2022), Dockets 21–1086, 21–1087, in cui la Corte ha rinunciato ad esprimersi nel merito di un contenzioso sospendendo tuttavia la decisione del Tribunale inferiore impugnata

dell'eguaglianza elettorale nell'esperienza statunitense affermatosi sin dalla decisione *Reynolds*²⁸⁹ del 1964²⁹⁰.

A qualche ora dalla pubblicazione della decisione *Dobbs*, il Presidente degli Stati Uniti Joe Biden si è rivolto con un discorso alla Nazione esternando la sua contrarietà alla decisione e appellandosi al popolo per ottenere un sostegno alle prossime elezioni di metà mandato previste per l'8 novembre del 2022 in occasione delle quali verrà rinnovata la Composizione della Camera dei Rappresentanti e di 1/3 del Senato.

Nel suo appello il Presidente Biden si conforma, dunque, alla dimensione maggioritaria che sembra aver assunto il conflitto politico in corso.

In attesa dunque di assistere all'evoluzione che connoterà certamente il sistema statunitense (in una direzione o in un'altra), resta la consapevolezza che la decisione *Dobbs* vada considerata certamente una sentenza storica nella giurisprudenza della Corte suprema federale: essa si rivela particolarmente importante e "grave" nelle sue conseguenze non tanto, come semplicemente potrebbe ritenersi, per il fatto in sé che elimina dalla dimensione costituzionale federale la garanzia del diritto all'aborto quanto per il percorso argomentativo che conduce a tale fine e per le implicazioni che tale percorso argomentativo sembrano prefigurare.

che imponeva all'Alabama un ridisegno della sua *voting map* in quanto in violazione del *Voting Rights Act* per *gerrymandering* razziale. La Corte ha richiamato il precedente *Purcell v. Gonzalez*, 549 US 1 (2006) dichiarante l'inopportunità delle decisioni dei tribunali in materia elettorale assunte eccessivamente a ridosso del voto.

²⁸⁹ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964) nella quale la suprema Corte definisce il principio "*one man, one vote*".

²⁹⁰ Sul tema si rinvia al testo scritto di futura pubblicazione di F. CLEMENTI sull'intervento svolto nel Convegno: *La Crisi della Democrazia Statunitense. Ragioni e Prospettive*, 27 giugno 2022. La registrazione del convegno è reperibile su radiatoradiale.it.

Access to genetic resources between biodiversity protection and intra-generational solidarity

Rossana Pennazio*

ABSTRACT: In Italy, even before the recent Constitution amendment of article 9, biodiversity protection was at the centre of the national strategy adopted with the ratification law of the Convention on Biological Diversity (CBD). The CBD establishes the sovereign rights of nations to control access to their biological diversity to safeguard an equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources. The Nagoya Protocol, a supplementary agreement to the CBD implemented in Europe with two Regulations, sets out the general framework for access and benefit-sharing (ABS legal instruments). EU States have recently implemented these regulations and the author suggests endorsing a study on ABS in order to make the system for exchanging genetic resources more effective in the interests of the community. A sustainable use of biological diversity, preserved through the ABS mechanism, is fundamental to cope with climate change and achieve food security: this key objective requires solidarity between present and future generations.

KEYWORDS: Biodiversity Protection; Access and Benefit Sharing; Nagoya Protocol; Genetic Resources; ABS Regulation

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. The biodiversity strategy protection framework – 2.1. The Nagoya Protocol – 2.2. International Treaty on Plant Genetic Resources – 3. Genetic resources transfer among EU States – 4. EU collection register and the due diligence declaration. Breeders' rights – 5. Implementation of the regulatory framework in user countries – 6. The Nagoya Protocol towards intra-generational solidarity.

1. Introduction

Even before 2022 with the amendment of article 9, Italian Constitution, biodiversity protection was at the centre of the national strategy adopted by Italy with the national law which ratified the Convention on Biological Biodiversity.¹

Genetic resources, understood by the Convention on Biological Diversity (CBD) as genetic material of “plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity”,² play significant

* PhD Private Law, Researcher of Agricultural Law, University of Eastern Piedmont. Mail rossana.pennazio@uniupo.it. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ Convention on Biological Diversity, Rio de Janeiro, 5 June 1992, 1760 UNTS 79.

² Art. 2, Convention on Biological Diversity.



roles in different economic sectors and in meeting societal challenges ranging from safeguarding food security to developing new medicines or adapting to climate change.³

Today the main issue is the correct use of genetic resources, in order to increase productivity (especially in this period of climate variation⁴ and the contraction in agricultural raw materials) and to grant food security.⁵

In this context, germplasm exchanges are a fundamental input for agricultural research and development. Moreover, no country is self-sufficient in plant genetic resources and all depend on the genetic diversity of crops from other countries and regions. International cooperation and exchange of genetic resources are therefore essential for food security and biodiversity protection.

The scope of this essay is the analysis of the regulatory frame and status for germplasm exchanges through Material Transfer Agreements (MTAs), and of their implementation under the national and international legal framework. At present, germplasm exchanges must be performed in compliance with the current regulations on the background of constitutional and domestic principles.

The paper will point out the procedures that should be promoted to make the system of genetic resources' exchanges more efficient in the interest of safeguarding future generations.

2. The biodiversity strategy protection framework

On the global scale, three main international treaties regulate biodiversity protection: the Convention on Biological Diversity (CBD), the EU Biodiversity Strategy, and the Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA).

Firstly, the CBD⁶ entered into force on 29 December 1993 and has three main objectives: the conservation of biological diversity, the sustainable use of the components of biological diversity and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources.⁷ At the Conference of the Parties in October 2010 in Nagoya, Japan, the 193 Parties to the Convention agreed on a ten-year global Strategic Plan for Biodiversity, 2011-2020, to combat biodiversity loss and defined 20 concrete targets⁸ in order to achieve this overall objective. Furthermore, during the Nagoya conference, the CBD Parties adopted a new international Protocol on Access to Genetic Re-

³ This essay is inspired by the author's study carried out for the University of Turin as part of the project VEG-ADAPT (Adapting Mediterranean Vegetable Crops to Climate Change-induced Multiple Stress), an international research project approved under the PRIMA and launched 1 October 2019. It is supported by the National Funding Agencies of the participating countries and the project coordinator is Professor Andrea Schubert (DISAFA, University of Turin) who authorizes the publication of the data collected during the research: see www.veg-adapt.unito.it (last visited 23/07/2022). The author acknowledges financial support by PRIMA (project VEG-ADAPT), a programme supported by the European Union.

⁴ FAO. 2020. *Climate change: Unpacking the burden on food safety*, in *Food Safety and Quality Serie*, 8, Rome. <https://doi.org/10.4060/ca8185en> (last visited 15/07/2022).

⁵ FAO. 2021. *Strategic Framework 2022-31*, Rome. www.fao.org/3/cb7099en/cb7099en.pdf (last visited 15/07/2022).

⁶ See www.cbd.int (last visited 15/05/2022).

⁷ E. MORGERA, *The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing*, in *The European Journal of International Law*, 2016, 353-383.

⁸ Known as Aichi Biodiversity Targets: see www.cbd.int/sp/targets (last visited 15/05/2022).

sources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilisation (the ABS agreement or Nagoya Protocol).⁹

Secondly, the EU Biodiversity Strategy aims to halt the loss of biodiversity and ecosystem services in the EU and help stop global biodiversity loss.¹⁰ It reflects the commitments taken by the EU in 2010, within the international Convention on Biological Diversity.

The EU biodiversity strategy has also led to the strengthening of knowledge about ecosystems and ecosystem services within the EU, improved action for themes such as invasive alien species, and an increased contribution to combating biodiversity loss at international level.¹¹ Future decision-making, both public and private, needs to reflect the natural wealth of biodiversity and its contribution to the wellbeing of the EU's economy and society of the EU. These issues have been adequately addressed in the post-2020 biodiversity frameworks.¹² The commitments of the Nagoya Protocol are reflected in the EU ABS Regulation No 511/2014 adopted by the European Parliament and the Council on 16 April 2014.

Finally, the United Nations Food and Agriculture Organization (FAO) Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA)¹³ entered into force on 29 June 2004. Its objectives are the conservation and sustainable use of plant genetic resources for food and agriculture (PGRFA) and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of their use in harmony with the Convention on Biological Diversity (CBD), for sustainable agriculture and food security. These objectives have to be closely coordinated with all activities under this Treaty with other work done by the Food and Agriculture Organization of the United Nations, the Convention on Biological Diversity, and with national initiatives.¹⁴

2.1. The Nagoya Protocol

The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization (ABS)¹⁵ to the Convention on Biological Diversity (CBD) is a supplementary agreement to the Convention on Biological Diversity. It provides a transparent legal framework for the effective implementation of the CBD.

⁹ E. MORGERA, E. TSIOUNAMI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*, Leiden, Boston, 2, 2014.

¹⁰ F. RABITZ, *The Global Governance of Genetic Resources: Institutional Change and Structural Constraints*, London, 2021, 101 seq.

¹¹ N. SCHRIJVER, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 2008, 369 seq.

¹² See https://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/international/cbd/index_en.htm (last visited 15/07/2022).

¹³ See www.fao.org/plant-treaty/en (last visited 15/07/2022).

¹⁴ M.A. MEKOUAR, *A Global Instrument on Agrobiodiversity: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, *FAO Legal Papers Online*, 2002, <https://www.fao.org/3/bb057e/bb057e.pdf> (last visited 23/07/2022).

¹⁵ Acronym for "Access and Benefit-Sharing" used to refer to the way in which genetic resources or traditional knowledge associated with such resources is accessed and how the benefits that result from the utilisation of such resources and associated traditional knowledge are shared with the countries and/or indigenous and local communities providing them. E. MORGERA, *The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing*, cit., 358.

The Nagoya Protocol on ABS was adopted on 29 October 2010 in Nagoya, Japan, and entered into force on 12 October 2014. Its objective is the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources, thereby contributing to the conservation and sustainable use of biodiversity. Therefore, the Nagoya Protocol offers legal certainty and transparency for both providers and users of genetic resources by establishing more predictable conditions for access to genetic resources and aims to ensure benefit-sharing when genetic resources leave the country providing them. By helping to ensure benefit-sharing, the Nagoya Protocol creates incentives¹⁶ to conserve and sustainably use genetic resources, and therefore enhances the contribution of biodiversity to development and human well-being.

The Nagoya Protocol applies to genetic resources that are covered by the CBD, and to the benefits arising from their utilization. In particular, the Nagoya Protocol sets out core obligations for its contracting Parties to take measures in relation to access to genetic resources,¹⁷ benefit-sharing¹⁸ and compliance.¹⁹

The Protocol also contains significant provisions relating to Traditional Knowledge associated with genetic resources that are covered by the CBD and held by indigenous and local communities, where the rights of these communities over these resources have been recognized.²⁰

The Protocol also addresses genetic resources where indigenous and local communities have the established right to grant access to them. Contracting Parties are to take measures to ensure prior informed consent of these communities, and fair and equitable benefit-sharing, while taking into ac-

¹⁶ The Protocol will open the way for more access deals. Improved access to quality samples of genetic resources with high legal certainty and at the lowest possible transaction costs will maximize research and development opportunities on genetic resources.

¹⁷ Domestic-level access measures are to: create legal certainty, clarity and transparency; provide fair and non-arbitrary rules and procedures; establish clear rules and procedures for prior informed consent (PIC) and mutually agreed terms (MAT); provide for issuance of a permit or equivalent when access is granted; create conditions to promote and encourage research contributing to biodiversity conservation and sustainable use; pay due regard to cases of present or imminent emergencies that threaten human, animal or plant health; consider the importance of genetic resources for food and agriculture for food security.

¹⁸ Domestic-level benefit-sharing measures are to provide for the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources with the contracting party providing genetic resources. Utilization includes research and development on the genetic or biochemical composition of genetic resources, as well as subsequent applications and commercialization. Sharing is subject to mutually agreed terms. Benefits may be monetary or non-monetary such as royalties and the sharing of research results.

¹⁹ Specific obligations to support compliance with the domestic legislation or regulatory requirements of the contracting party providing genetic resources, and contractual obligations reflected in mutually agreed terms, are a significant innovation of the Nagoya Protocol. Contracting Parties have to: take measures providing that genetic resources utilized within their jurisdiction have been accessed in accordance with prior informed consent, and that mutually agreed terms have been established, as required by another contracting party; cooperate in cases of alleged violation of another contracting party's requirements; encourage contractual provisions on dispute resolution in mutually agreed terms; ensure an opportunity is available to seek recourse under their legal systems when disputes arise from mutually agreed terms; take measures regarding access to justice; take measures to monitor the utilization of genetic resources after they leave a country including by designating effective checkpoints at any stage of the value-chain: research, development, innovation, pre-commercialization or commercialization.

²⁰ L. PAOLONI, *I "diritti degli agricoltori" sulle risorse genetiche e le conoscenze locali: un nuovo modello di proprietà collettiva?*, *Annali Università degli Studi del Molise*, 2010, 93-102.

count community laws and procedures as well as customary use and exchange in accordance with domestic legislation. Benefit sharing must be based on mutually agreed terms (MAT). More information on the Nagoya Protocol and traditional knowledge can be found in the Traditional Knowledge programme of work.²¹ In addition, Parties to the Protocol must ensure that their nationals comply with the domestic legislation and regulatory requirements of provider countries related to the access and benefit-sharing of traditional knowledge associated with genetic resources.

It should be noted that the Decision of the Conference of the Parties contains a review clause related to developments in the World Intellectual Property Organization (WIPO). Eight years after the entry into force of the Protocol, the Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Protocol undertook an evaluation of the effectiveness of the Protocol. In this context, the Conference of the Parties decided that the implementation of the article related to compliance with domestic legislation or regulatory requirements on access and benefit-sharing for traditional knowledge associated with genetic resources should be reviewed in light of developments in other relevant international organizations, including the World Intellectual Property Organization.

As a final point, the article of the Protocol addressing the relationship with international agreements and instruments may also be of interest. It refers to the possibility for Parties to develop and implement further relevant international agreements, including other specialized access and benefit-sharing agreements, provided that they are supportive of and do not run counter to the objectives of the Convention or the Protocol. It also refers to the need to pay due regard to ongoing work under relevant international organizations.

Thereafter, in order to be successful, the Nagoya Protocol requires effective implementation at a domestic level. A range of tools and mechanisms included in the Nagoya Protocol assist contracting Parties including: establishing national focal points (NFPs) and competent national authorities (CNAs) to serve as contact points for information, grant access or cooperate on issues of compliance; and also an Access and Benefit-sharing Clearing-House to share information, such as domestic regulatory ABS requirements or information on NFPs and CNAs.

Moreover, capacity building to support key aspects of implementation is the touchstone of the regulation and it can include capacity to develop domestic ABS legislation to implement the Nagoya Protocol and to negotiate MAT (mutually agreed terms). Consequently, Parties need targeted financial support for capacity-building and development initiatives through the Nagoya Protocol's financial mechanism, the Global Environment Facility (GEF).²²

2.2. International Treaty on Plant Genetic Resources

The Treaty is a key instrument for ensuring agricultural plant diversity on which farmers and breeders depend in order to be able to meet global challenges such as the growing world population and climate change, which make it necessary to breed tolerant varieties. Within the ITGRFA, access to genetic resources and fair distribution of the benefits resulting from their use are regulated under the

²¹ See <https://www.cbd.int/traditional/Protocol.shtml> (last visited 15.05.2022).

²² The GEF is an international partnership of 184 countries, international institutions, civil society organizations and the private sector that addresses global environmental issues. See <https://www.thegef.org> (last visited 29/08/2022).

Multilateral System (MLS) established by the Treaty. Transactions between suppliers and users of material are carried out on the basis of Standard Material Transfer Agreements (SMTA). Every year several thousand SMTA are concluded, the majority by the Centers of the Consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR).

The key elements of the ITPGRFA are the conservation, exploration, collection, characterization, evaluation and documentation of PGRFA; the sustainable use of plant genetic resources; the rights of farmers; a Multilateral System of Access and Benefit-sharing (MLS) and a Funding Strategy. It should be mentioned that a multilateral international agreement for the fair and equitable sharing of benefits arising from the use of these resources has been practically implemented through the Treaty and its Multilateral System (MLS).²³

The ITPGRFA Funding Strategy is composed of several elements, including: allocation of predictable and adequate resources by international bodies for the implementation of plans and programs promoted under the Treaty; national funding for national activities; the Global Crop Diversity Trust²⁴, established in 2004; financial resources provided on a voluntary basis through bilateral, regional and multilateral channels; and the Treaty's Benefit-sharing Fund²⁵ which receives contributions from governments, industry, foundations and non-governmental organizations, and monetary benefits arising from the use of genetic resources obtained using the Standard Material Transfer Agreement when accessing germplasm from the MLS. The Benefit-sharing Fund invests directly in projects supporting farmers in developing countries to conserve crop diversity in their fields and assisting farmers and breeders to adapt crops to changing needs and demands.

The Treaty has been signed by the European Union and by most of its Member States.²⁶

It should be noted that the access and use of specific plant genetic resources may be governed by the provisions of the ITPGRFA, which can be considered a specialized instrument according to the Nagoya Protocol.²⁷

In accordance with Article 4(4) of the Nagoya Protocol, specialized ABS instruments prevail in respect of the specific genetic resource covered by the specialized instrument and for the purpose of that instrument, if it is consistent with and does not run counter to the objectives of the CBD and the Protocol. Accordingly, Article 2(2) of the EU ABS Regulation – see next paragraph 3 – makes it clear that

²³ In fact article 1 sets out the objectives of the Treaty in harmony with the Convention on Biological Diversity for sustainable agriculture and food security.

²⁴ See <https://www.croptrust.org> (last visited 14/06/2022). It is the only international organization dedicated solely to conserving and making available crop diversity: particularly Crop Trust supports and funds the world's most important crop collections via the CGIAR Gene bank Platform and provides support to key national collections of crop diversity most important for future global food security.

²⁵ The Benefit-sharing Fund operates under the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. Therefore, the genetic resources of our most important food crops – the “life insurance” for our food production – are managed by governments according to the provisions of the International Treaty. The Benefit-sharing Fund provides funding to conserve and develop crops genetic resources in cooperation with farmers, assisting farming communities in developing countries improve food security by helping them cope with climate change and other threats to food production. In fact, UN reports on climate change show that crop genetic resources can play a vital role in creating a more climate-resilient agriculture.

²⁶ In Italy, see law of ratification, 6th of April 2004, n. 101.

²⁷ E. MORGERA, E. TSIOUNAMI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*, cit., 97-102.

the Regulation does not apply to genetic resources for which access and benefit-sharing is governed by such specialized international instruments. This currently includes material covered by the ITPGRFA.

However, the EU ABS Regulation does apply to genetic resources covered by the ITPGRFA if they are accessed in a country that is not Party to those agreements but is Party to the Nagoya Protocol. The EU Regulation also applies where resources covered by such specialized instruments are utilized for purposes other than those of the specialized instrument in question (e.g. if a food crop covered by the ITPGRFA is utilized for pharmaceutical purposes).

When germplasm exchanges fall within the legislative scope of Nagoya, the use of the SMTA²⁸ under the Treaty is one more important tool that can be used for exchanges of plant genetic resources. The Treaty does not provide for sanctions for violations, but does provide for an arbitration settlement of any disputes²⁹ and provides for a conciliation commission within the FAO.³⁰

3. Genetic resources transfer among EU States

The Nagoya Protocol, aimed at providing a transparent legal framework for ABS,³¹ entered into force on 12 October 2014. It is implemented in the European Union through Regulation (EU) 511/2014, which entered into force on the same date, and through Regulation (EU) 2015/1866 (often just referred to as “the Implementing Regulation”).

On 27 August 2016, a Guidance document was published by the European Commission on the scope of application and the core obligations of Regulation (EU) 511/2014. On 12 January 2021, a revised Guidance document was published by the EU Commission, providing more detailed information and practical examples on the scope of application and the core user obligations of Regulation (EU) 511/2014.

The EU Guidance documents are not legally binding. Nevertheless, the competent authority in the Member States use this document to orientate themselves when making relevant decisions about compliance.

EU ABS Regulation 511/2014 covers all genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources accessed at the entry into force of the Protocol for the EU. The ABS rules apply to the utilization of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources. Utilization means to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology. In any case, genetic resources are used in research and development for many different purposes.

²⁸ As a mandatory model, the Standard Material Transfer Agreement is the result of lengthy negotiation among the Contracting Parties to the Treaty and may not be varied or abbreviated in any way.

²⁹ See Part I, Annex II, ITPGRFA.

³⁰ See Part II, Annex II, ITPGRFA.

³¹ I.R. PAVONE, *Il Protocollo di Nagoya e l'attuazione del principio di Access and Benefit Sharing con particolare riferimento all' user compliance pillar*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 251-273.

The key element of EU ABS is what we can call a “due diligence approach” (article 4, Regulation 511/2014).³² In fact, users will have to exercise “due diligence” to ascertain that the genetic resources and the associated traditional knowledge they use have been accessed in accordance with applicable legal requirements and ensure that, where relevant, benefits are shared. Users will also be obliged to declare at specific check points (*Considerando* 25 and articles 9 and 10) that the correct procedure has been followed.

The due diligence obligation should ensure that the information relevant to ABS is available throughout the whole genetic resources value chain. This enables all users to know and respect related rights and obligations. At the same time, the due diligence approach does not prescribe details of the measures to be taken by users, but leaves users some flexibility to take measures that work best for their respective context, and also to develop sectoral best practices.

Therefore, users need to seek, keep and transfer to subsequent users information on the date and place of access to genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources and the description of the genetic resources or traditional knowledge associated with the genetic resources utilized. Moreover users have to transfer information on the source from which the genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources were directly obtained, as well as the presence or absence of rights and obligations relating to access and benefit sharing, including rights and obligations regarding subsequent applications and commercialization. Finally, mutually agreed terms, including benefit-sharing arrangements, where applicable, are transferred to subsequent users.

In addition, users need to analyse if the information in their possession is sufficient and be certain to comply with applicable legal requirements in the provider country. Otherwise, users must either obtain the missing information or discontinue utilizing the genetic resources and/or the traditional knowledge associated with genetic resources. Users are obliged to retain any information relevant for access and benefit-sharing for a 20-year period after the end of the period of use.

The EU ABS Regulation foresees that specific choice taken by users on the tools and measures applied for exercising due diligence should be supported through the recognition of best practices as well as complementary measures in support of sectoral codes of conduct, model contractual clauses, and guidelines with a view to increasing legal certainty and reducing costs.

The Regulation (EU) 1866/2015 lays down detailed rules concerning the implementation of Articles 5, 7 and 8 of Regulation (EU) 511/2014 which refer to the register of collections, the monitoring of user compliance, and best practices. In particular, the EU Commission can recognize best practices in accordance with Regulation EU 1866/2015.

Articles 5 and 8 of Regulation 511/2014 provide for voluntary tools, namely registered collections and best practices, to assist users in complying with their due diligence obligation. Identifying and registering collections which effectively apply measures that result in supplying genetic resources

³² The transposition of due diligence obligation in a binding EU Regulation transforms the standard of care into an objective one, leaning towards the standard established by due diligence in international business law. See C. GODT, M. BURCHARDI, *Due Diligence and the Regulation of Transnational Economic Activity: Regulation (EU) No 511/2014 Compared to Other EU Diligence Schemes*, in E. CHEGE KAMAU (ed.), *Global Transformations in the Use of Biodiversity for Research and Development*, Berlin, 2022, 547-586.

and related information only with documentation providing evidence of legal access and ensuring the establishment of mutually agreed terms, where required, is expected to assist users in complying with that obligation.

In order to ensure uniform conditions for the implementation of provisions on monitoring user compliance, detailed rules are required. They regard the declarations to be made by recipients of research funding involving the utilisation of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources, as well as the declarations to be made by users at the stage of final development of a product developed via the utilisation of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources.

When monitoring user compliance at the stage of research funding, it is important to ensure that the recipients of the funding understand their obligations under Regulation (EU) No 511/2014 and that they exercise due diligence. It is equally important to provide information to the Access and Benefit-Sharing Clearing House (“ABS Clearing House”), and to ensure that such information is useful for the functioning and implementation of the Nagoya Protocol.

However, the unnecessary multiplication of due diligence declarations should be avoided. Therefore, a declaration made by recipients of research funding may cover more than one genetic resource or any traditional knowledge associated with genetic resources. A single declaration may also be made by several users jointly conducting research involving the utilisation of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources funded by one grant. In this context, a special role should be given to the project co-ordinator, who should be responsible for submitting the declarations on behalf of the users concerned.

The information provided in the due diligence declarations is to be submitted by the competent authorities to the ABS Clearing House pursuant to Article 7(3) of Regulation 511/2014. Where an internationally recognised certificate of compliance is not available, other relevant information should be submitted in accordance with Article 17(4) of the Nagoya Protocol, as specified in Article 4 (3) (b) of Regulation 511/2014.³³

4. EU collection register and the due diligence declaration. Breeders’ rights

The Regulation 1866/2015 has four Annexes that establish the detailed rules for the implementation of EU regulation 511/2014 relating to two main items, EU collection Register, and due diligence declaration.

The EU collection register (Annex 1) has to contain mandatory information: a registration code assigned by the Commission; the name given to the collection or part thereof and its contact details; name and contact details of the holder; category and short description of the collection or part thereof. Moreover, it is mandatory to provide the link to database, if this exists, and the competent authority of the Member State that verified the capacity of the collection to comply with Article 5(3) of Regulation No 511/2014.

³³ For a casistic analysis, see C. GODT, *Enforcement of Benefit-Sharing Duties in User Countries*, in E. CHEGE KAMAU, G. WINTER (eds.), *Genetic Resources, Traditional Knowledge & the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing*, London, 2009, 419-438.

Therefore, the request for inclusion in the register of collections has to contain detailed information on the holder of the collection and a brief description of the collection or the relevant part thereof.

Holders of collections included in the EU Register of Collections have the obligation to supply genetic resources and related information only with appropriate documentation (PIC and MAT where applicable) and to keep records of all samples of genetic resources and related information supplied to third persons for their utilisation.

Non-mandatory information can also be presented in the request for inclusion: particularly, codes of conduct, guidelines or standards, whether national or international, developed by associations or organisations, and adhered to by the collection, and information relating to the collection's instruments for the application of those codes of conduct, guidelines or standards.

The second main item of the Regulation is the due diligence declaration. Two alternative protocols can be followed to complete this step.

In the first one, at the stage of research funding, the diligence declaration shall be made to the competent authority of the Member State in which the research is carried out.

The due diligence declaration shall be made by submitting the completed template set out in Annex II, Regulation 1866/2015. It shall be made after the first instalment of funding has been received and all the genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources that are utilised in the funded research have been obtained, but no later than at the time of the final report, or in absence of such report, at the project end. National authorities specify the time of submission for such declarations.

Where the same research project is funded by more than one source or involves more than one recipient, the recipients may decide to make only one declaration. As correctly done in the VEG-ADAPT project, that declaration shall be submitted by the project co-ordinator to the competent authority of the Member State in which the project co-ordinator is established.³⁴ If the project co-ordinator is not established in the Union and the research is carried out in the Union, the due diligence declaration shall be made to the competent authority of one of the Member States in which the research is carried out.³⁵

In the second one, the due diligence declaration is performed at the final development stage of a product. For the utilisation of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources users shall make the due diligence declaration pursuant to Article 7(2) of Regulation (EU) No 511/2014 to the competent authority of the Member State in which the user is established. That declaration shall be made by submitting the completed template set out in Annex III to Regulation under discussion.

³⁴ This is one of the case studies in the VEG-ADAPT project: in compliance with the regulations above, a National Gene Bank replies to the declaration with the permission to send tomato seed samples abroad, which show performance in accordance with stress conditions caused by climate change, to VEG-ADAPT project partners.

³⁵ In Italy the national authorities responsible for the application of Regulation are the Ministry of the Environment and the Land and Sea Protection, the Ministry of Economic Development, the Ministry of University and Research, the Ministry of Agricultural, Food and Forestry Policies and the Ministry of Health, each within its own competence, as well as the Regions in relation to research activities financed through own funds and EU Structural and Investment Funds. In Italy the ABS National Focal Point is the Officer Directorate General for Natural Heritage, Ministry for Ecological Transition.

Therefore, it is important to know which is the information transmission method.

In accordance with Regulation 511/2014, and unless the information is confidential according to Regulation 511/2014, the competent authorities shall transmit the information received to the ABS Clearing House on the basis of Part A of Annexes II and III to this Regulation. This needs to be done without undue delay and, at the latest, one month after the information has been received.

Where essential information is confidential, the competent authorities shall, instead, consider transmitting that essential information directly to the competent national authorities referred to in Article 13(2) of the Nagoya Protocol.

Another central question is how to demonstrate due diligence. First, due diligence can be demonstrated with reference to an internationally recognised certificate of compliance (IRCC) which is either issued for the user in question, or the user can rely on it because the particular utilisation is covered by the terms of the IRCC (in accordance with Regulation 511/2014). Parties to the Nagoya Protocol, that have regulated access to their genetic resources, have the obligation to provide an access permit or its equivalent as evidence of the decision to grant PIC and of the establishment of MAT, and if they notify that permit to the ABS Clearing House, it becomes an IRCC. Thus a national permit of access granted by a Party to the Protocol becomes an internationally recognised certificate when it is notified by that Party to the ABS Clearing House (see Article 17(2) of the Protocol). The reference to an IRCC also needs to have complementary information on the content of the MAT relevant for subsequent users, where applicable.

The duty to apply due diligence is not in conflict with the ongoing use of material protected under the UPOV plant breeders' rights regime and which comes from Parties to The International Union for the Protection of New Varieties of Plants.

The International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV) and the Council Regulation (EC) No 2100/94 on Community Plant Variety Rights provide for the possibility to obtain plant variety rights. These are a special type of intellectual property rights in the context of plant breeding.³⁶ There are some limitations to the effects of plant variety rights, inter alia, they do not extend to acts carried out privately and for non-commercial purposes. Moreover they do not extend to acts carried out for experimental purposes and to acts carried out for the purpose of breeding, or discovering and developing other varieties (Article 15 of Regulation (EC) No 2100/94, corresponding to Article 15(1) of the UPOV Convention).³⁷ The UPOV Convention does not constitute a specialised ABS instrument in the meaning of Article 4(4) of the Protocol. However, the Nagoya Protocol makes it clear – and the EU ABS Regulation confirms this (see Recital 14) – that it should be implemented in a manner which is mutually supportive with other international agreements,³⁸ provided they are supportive of and do not run counter the objectives of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol. Furthermore, Article 4(1) of the Protocol provides that it does not affect the rights and obligations derived from existing international agreements (if they do not pose a serious damage or

³⁶ K. R. SRINIVAS, *Intellectual property rights and bio commons: open source and beyond*, in *International Social Science Journal (ISSI)*, 58, 188, 2006, 319-334, at 323, <https://bit.ly/3dJzHOR> (last visited 23/07/2022).

³⁷ This is known as the “breeders’ exemption”. See G. WÜRTEMBERGER, P. VAN DER KOOIJ, B. KIEWIET, M. EKVAÐ, *European Union Plant Variety Protection*, Third Edition, London, 2021, 148-163, at 161.

³⁸ A. K. GUPTA, *Study on the role of intellectual property rights in the sharing of benefits arising from the use of biological resources and associated traditional knowledge*, UNEP-WIPO, 2005.

threat to biological diversity). The EU ABS Regulation is respectful of UPOV obligations: the compliance with the duties stemming from the Regulation is not in conflict with the UPOV obligation to provide for the breeders exemption. In other words, the duty to apply due diligence is not in conflict with the ongoing use of material protected under the UPOV plant breeders' rights regime and coming from Parties to UPOV (see Guidelines 2021 on application of core obligations of EU Regulation).³⁹

Usually, varieties of plant are used in research and development for non-commercial use. It is noted above that crossing and selection (including cases of unintentional mutation) are considered to involve research, and development of either parental materials or offspring, or alternatively of the source and selected microbiological stocks. Where genetic resources falling within the scope of the EU ABS Regulation are introduced for the purpose of crossing and selection, the resulting research and development falls within the scope of the EU ABS Regulation, which triggers due diligence obligations. Such obligations may concern activities undertaken by many actors, including private breeding companies, public research institutions, farmer-breeders and hobby breeders.

It is also important to know how the use of commercial plant varieties is regulated.

A commercial plant variety refers to any plant variety that has been (legally) placed on the market, whether still available on the market or not. Plant varieties developed for agriculture and horticulture commonly require registration in the EU Common Catalogues or in the national or regional catalogues/registers of Member States prior to their commercialisation. For plant varieties subject to intellectual plant variety protection or commonly known, there is a requirement for a denomination and description in these catalogues/registers. For some varieties, such as for ornamental species, registration of varieties prior to their commercialisation is not required. Suppliers nevertheless have to keep lists with the denomination and a detailed description of all plant varieties they place on the market. Such lists need to describe how a particular variety differs from the other varieties most closely resembling it. When a variety is subject to plant variety protection (PVP), or is commonly known, there is no requirement for an additional denomination and detailed variety description, as this already was part of the PVP registration process.

Many plant varieties are also subject to intellectual property protection under the Community Plant Variety Rights regime or by a national plant variety rights system, both based on the international UPOV Convention (including ornamental species). Some varieties may also have traits that are patent-protected or have been bred using processes protected by patents. Both forms of intellectual property rights protection (patent and plant variety system) involve a detailed registration of the protected plants or varieties, and their properties. When a variety is subject to compulsory registration prior to market access official tests are performed by, or under control of, Member States authorities to verify its characteristics as distinct, uniform and stable.⁴⁰ Such tests are carried out as one of the preconditions for registration. The same type of tests take place when a variety is subject to intellectual property protection under Community or national Plant Variety Rights scheme based on

³⁹ OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION, 12 January 2021, C 13.

⁴⁰ For interesting input, see T. HENNINGER, *Disclosure requirements in patent law and related measures: a comparative overview of existing national and regional legislation on IP and biodiversity*, in *Triggering the Synergies between Intellectual Property Rights and Biodiversity*, Eschborn, Germany, *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)*, 2010.

the UPOV Convention. Major field crops also require additional testing in the context of Variety Cultivation and Use. For agricultural landraces and varieties which have naturally adapted to local and regional conditions, and for vegetable landraces and varieties which have been traditionally grown in particular localities and regions, with no intrinsic value for commercial crop production, specific EU directives apply (Commission Directives 2008/62/EC and 2009/145/EC respectively).

A commercial plant variety should thus be understood as a plant variety made available on the market, with systems in place for its identification and characterisation, if legally protected by a plant variety right in accordance with the provisions of Council Regulation (EC) No 2100/94 or in accordance with national provisions. We have the same result when the variety has been registered in a national or common catalogue of varieties of agricultural plant and vegetable species, or in a list or register of forest reproductive material, fruit or vine varieties. A user (plant breeder) developing a new variety using material in the scope of the EU ABS Regulation (i.e. material from a Nagoya Protocol country with enacted ABS legislation, accessed after its entry into force etc.) is subject to due diligence obligations in line with Article 4 of the EU ABS Regulation. Likewise, the user needs to submit a due diligence declaration under Article 7(2) of the Regulation prior to the registration of such a variety or it being placed on the market.

Further use of a commercial variety that has been legally placed on the EU market for subsequent breeding programmes does not fall within the scope of the EU ABS Regulation, as the subsequent breeder relies on a new and different genetic resource, different from the initial genetic resource (accessed under the Nagoya Protocol and in scope of the EU ABS Regulation).⁴¹ When a variety is entered in one of the European Catalogues or in a national catalogue or a register of Member States, or when it is indicated on a list of varieties with an official or officially recognised denomination and description, it is considered to be a new variety different from existing varieties of common knowledge. Moreover, when a new variety is protected by a plant variety right according to the UPOV Convention, including under Regulation (EC) No 2100/94 on Community Plant Variety Rights, it is considered to be novel and distinct from existing commercial varieties or varieties of common knowledge. Further use in subsequent breeding programmes of varieties that have been protected by a plant variety right according to the UPOV Convention, including varieties having obtained protection by a plant variety right according to the UPOV Convention also in a country outside of the EU, is thus considered to be out of scope of the EU ABS Regulation, as the breeder who uses a plant variety that has been protected by a plant variety right relies on a new and different genetic resource, which is sufficiently different from parental genetic resources used to create the protected variety according to UPOV requirements.

Consequently, no due diligence obligation applies, and no due diligence declaration is required with regard to breeding activities involving the use of varieties that have been legally commercialised in the EU and/or protected by a plant variety right according to the UPOV Convention inside or outside of the EU.

It should be noted, however, that benefit-sharing obligations may apply to further use of a commercial plant variety depending on the contractual obligations made with a provider country by the initial user and passed on to subsequent users and such obligations, where they exist, need to be re-

⁴¹ G. WÜRTEMBERGER, P. VAN DER KOOIJ, B. KIEWIET, M. EKVAD, *op.cit.*, at 15.

spected.⁴² All registered conservation varieties are included in the national catalogues of varieties in accordance with the provisions of Commission Directive 2009/145/EC and Commission Directive 2008/62/EC. In line with the definition of a commercial plant variety (see above), the use of such varieties included in the national catalogues for further breeding activities is not covered by the scope of the EU ABS Regulation.

5. Implementation of the regulatory framework in user countries

It is known that the European Regulations become enforceable immediately as law in the UE Member States, as do the ABS legal instruments.⁴³ Regarding several non-EU States, VEG-ADAPT project partners, with an extraordinary variety of ecosystems, it should be noted that Jordan and Morocco are parties of Nagoya, but Turkey is not a party.⁴⁴ Nevertheless Turkey has ratified the International Treaty on Plant Genetic Resources, as have Morocco and Jordan. Regarding EU States, VEG-ADAPT project partners, they confirm the declaration made at adoption concerning the interpretation of Article 12.3.d of the International Treaty on Plant Genetic Resources as recognising that plant genetic resources for food and agriculture or their genetic parts or components which have undergone innovation may be the subject of intellectual property rights provided that the criteria relating to such rights are met.

In Italy the decree no. 179 of 2019 reorganized the Ministry of Agricultural, Food and Forestry Policies in three departments: the European and International Policies and Rural Development Department is competent for the enforcement of EU Regulation 511/2014 and, consequently, for the Nagoya Protocol.

Subsequently to the infringement procedure, Italian legislative Decree 153/2020 contains the sanctions pursuant to Article 11 of EU Regulation 511/2014.⁴⁵

The decree identifies the authorities in charge of supervising, ascertaining and imposing sanctions, which correspond to the competent national authorities responsible for the application of the regulation itself. Namely, these are the Ministry of the Environment, Land and Sea Protection, the Ministry of Economic Development, the Ministry of University and Research, the Ministry of Agricultural,

⁴² Recently see M.E. DULLOO (ed.), *Plant genetic resources. A review of current research and future needs*, Cambridge, 2021, 3 seq.

⁴³ B. COOLSAET, F. BATUR, J. PITSEYS, T. DEDEURWAERDERE, *Implementing the Nagoya Protocol. Comparing Access and Benefit-sharing Regimes in Europe*, 3, Leiden, Boston, 2015.

⁴⁴ F. BATUR, *The Legal Regime of Genetic Resources in Turkey: Opportunities for Access and Benefit-Sharing*, in B. COOLSAET, F. BATUR, J. PITSEYS, T. DEDEURWAERDERE, *op cit.*, 227-242, at 240.

⁴⁵ The decree provides for penalties for subjects who: in the absence of an internationally recognized certificate of compliance, or similar documentation, use or transfer to subsequent users genetic resources or traditional knowledge associated with these resources; do not fulfil the obligation to stop using genetic resources, in the event that the information in their possession is insufficient or uncertainties persist about the legality of access and use; acquire a genetic resource that is or can be a pathogenic cause of an international health emergency, without fulfilling the obligation to interrupt the activities following the exceeding of the terms indicated in the regulation. Moreover, penalties have been provided for subject who do not fulfil the obligations to keep information and documents on the access and use of genetic resources; in the final development phase of a product made through the use of genetic resources or traditional knowledge associated with them, they do not fulfil the obligations of declaration and transmission of documentation required by the regulation.

Food and Forestry Policies and the Ministry of Health, each within its own competence. As well as the Regions in relation to research activities financed through their own funds and European Structural and Investment Funds.

The administrative penalties for breach of due diligence obligations (articles 4 and 7 of EU Regulation 511/2014) are established by article 2 of the Regulation with a minimum penalty of five thousand euro up to fifteen thousand euros.

By Ministerial Decree of 19 February 2021, the Directorate General for Ministry of Universities and Research was divided into seven offices. Office VII of Agreements and financing programs of consortia, foundations and private research bodies is the competent national authority, responsible for the application of the compliance measures for users resulting from Nagoya Protocol and EU Regulation 511/2014 in research. It keeps relations with other national competent authorities and carries out the supervision and monitoring of user compliance activities, as a control point. It also imposes the administrative sanctions provided for by the legislative decree 26 October 2020, n. 153, in cases of violation of the provisions of EU Regulation 511/2014.

Greece signed the Nagoya Protocol on September 2011.⁴⁶ The EU Regulation 511/2014 was issued on 16 April 2014 and became immediately enforceable as law. Greece is currently in the process of issuing the necessary legal acts to implement the Nagoya Protocol and EU Regulation.

Spain also has ratified the Nagoya Protocol on 2011 and it defined the National local points provided by the ABS Regulation. However, already fifteen years ago, it adopted an important law on biodiversity, that is law no. 42/2007 *del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*.⁴⁷

Germany signed the Nagoya Protocol on June 2011. The Länder play an important role in preserving biological diversity because of their responsibility for nature conservation and landscape management.⁴⁸ Several Länder have developed their own biodiversity strategies or action plans and programmes relating to biodiversity.⁴⁹ A municipal alliance for biodiversity was founded at the start of 2012.

France stands out for its effective adaptation since 2016 when it adopted a virtuous set of regulations for compliance to Nagoya and for environmental protection.⁵⁰

⁴⁶ E. A. MARIA, G.P. LIMNIOU, *Legal Framework in Greece Regarding the ABS Regime, Implementation Gaps and Issues Requiring National and International Attention*, in B. COOLSAET, F. BATUR, J. PITSEYS, T. DEDEURWAERDERE, *op.cit.*, 137-161.

⁴⁷ See article 71, law no. 42/2007. Recently, L. C. SILVESTRI, *Access and Benefit-Sharing Regime of Spain: Striking the Right Balance Between Its Interests as a Provider and a User of Genetic Resources*, in E. CHEGE KAMAU (ed.), *Global Transformations in the Use of Biodiversity for Research and Development*, *cit.*, 445-462.

⁴⁸ L. O. RODRÍGUEZ, M. DROSS, K. HOLM-MÜLLER, *Access and Benefit-Sharing in Germany*, in B. COOLSAET, F. BATUR, J. PITSEYS, T. DEDEURWAERDERE, *op.cit.*, 115-136.

⁴⁹ T. GREIBER, E. FREDERICH, *First Experiences in the Implementation of the EU ABS Regulation in Germany*, in E. CHEGE KAMAU (ed.), *Global Transformations in the Use of Biodiversity for Research and Development*, *cit.*, 525-546.

⁵⁰ C. CHIAROLLA, *Commentary on the ABS Provisions of the Draft Biodiversity Law of France*, in B. COOLSAET, F. BATUR, J. PITSEYS, T. DEDEURWAERDERE, *op.cit.*, 77-114. Thus, in 2017, three new national collections (i.e. dozens of plant varieties), managed by *l'Institut national de la recherche agronomique* (INRA), are deposited in the multilateral system provided by the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: 80 varieties of eggplant, 603 varieties of oats and 36 varieties of triticale. These varieties will be available to all interested research and breeding users on an international basis. This new deposit brings to seven the number

By 2015, the Nagoya Protocol is nationally adopted in Jordan where the Ministry of Environment took on its responsibility to advance national capacities to fulfil the obligation of the Nagoya Protocol.

By 2013, the Nagoya Protocol is nationally adopted in Morocco. This country is currently setting up the national legislative and institutional framework for the implementation of Nagoya Protocol, in order to generate potential additional resources for the conservation, sustainable use of biodiversity and the fight against poverty.

Turkey is not a party of the Nagoya Protocol. In Turkey, the National Biodiversity Strategies and Action Plans (NBSAP) has been updated twice. The NBSAP 2018-2028,⁵¹ containing a new working schedule, entered into force with approval by the Ministry of Agriculture and Forestry, and includes recent action plans based on the country's biodiversity politics. Nowadays the National Biodiversity Coordination Council has been established for effective implementation of the Biodiversity Convention.

6. The Nagoya Protocol towards an intra-generational solidarity

At present, in Europe, there are no cases of violation of Nagoya and not even any sanctions have been imposed. The application discipline is rather recent and, nowadays, the research bodies are moving in the direction of compliance to the Nagoya Protocol.

From the study conducted,⁵² it has been discussed that the Nagoya Protocol, and the EU Regulations that implement it, are the central component for the sustainable use of genetic resources to preserve ecosystem goods (e.g. food) and ecosystem services (e.g. water supply) which are fundamental for humanity. In this framework, genetic resources are identified and exchanged for research for conservation purposes as well as wanting to benefit the agri-food sector.

In the context of agronomic selection (to cope with climate change and with agricultural raw materials contraction), the protection of biological diversity is fundamental and requires solidarity between present and future generations. To this end, it is strategic that citizens, businesses and public authorities take responsible decisions towards the common good of the environment: an important example is the recent Nature Restoration Law, a proposal introduced on 22 June 2022 by the European Commission. The law proposal would require EU Member States revive ecosystems and conserve biodiversity marred by human development.⁵³

For that reason, the sustainable management of resources for agri-food systems needs to achieve the procedures to make the system of genetic resource exchanges more efficient and effective in the interest of present and future generations.

of collections deposited by France in the multilateral system since 2005 (eggplant, oats, soft wheat, fodder, corn, potato and triticale) when France became part of FAO Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture.

⁵¹ See <https://cdniys.tarimorman.gov.tr/api/File/GetGaleriFile/417/DosyaGaleri/426/ubep-ingilizce.pdf> (last visited 23/07/2022).

⁵² Since VEG-ADAPT project, Adapting Mediterranean Vegetable Crops to Climate Change-induced Multiple Stress: see note 4.

⁵³ European Commission, COM(2022) 304 final 2022/0195 (COD), Brussels, 22.6.2022.

The rules of food and agriculture must have a view to security, safety and adequacy,⁵⁴ passing through the local and traditional production system.⁵⁵

Ecosystem protection involves intra-generational responsibility.⁵⁶ Thus, on the one hand, it requires equity in the distribution of the outcomes of development within one generation at both inter and intra state level.⁵⁷ On the other hand, people living today have an inter-generational right of equitable access to use and benefit from the natural resources: this right derives from the equality among all generations.

It is thus necessary to enhance an ethics of responsibility that significantly takes in future generations,⁵⁸ called to sharing life in an environment in which the possibility of using natural resources is preserved, with a quality that is acceptable to the whole community.

With this in mind, the objective of the Nagoya Protocol is unambiguous in requiring fairness and equity in benefit-sharing arising from the use of genetic resources held by indigenous peoples and local communities and from the use of their traditional knowledge.

It therefore remains to be seen in future practice when implemented how Parties of the MTA can balance contractual freedom of private parties with the need to achieve fair and equitable benefit-sharing in the light of the objectives of the Protocol.

As a final point, it can be observed that EU ABS Regulations are still new legal instruments which require a little bit more time and implementation experiences to reach their full operationalization.

⁵⁴ There are growing efforts underway to transform agrifood systems to ensure that the rising global population has access to food that is nutritious, safe and affordable. FAO, 2022. *Thinking about the future of food safety – A foresight report*, www.fao.org/3/cb8667en/cb8667en.pdf (last visited 23/07/2022).

⁵⁵ Within the production system, local productions are very important. By involving local institutions and citizens, especially the youngest, a community of food and biodiversity is promoted: see Italian law no. 30 of 2022.

⁵⁶ “In many instances, however, the actions needed to achieve intragenerational equity are consistent with those advancing intergenerational equity”, E. BROWN WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, in *American University International Law Review*, 8, 1, 1992, 19-26, at 22-23. Available at <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol8/iss1/2/> (last visited 19/08/2022).

⁵⁷ V. BARRAL, *Sustainable development and equity in biodiversity conservation*, in E. MORGERA, J. RAZZAQUE (eds.), *Biodiversity and Nature Protection Law*, Cheltenham, 2017, 59-69.

⁵⁸ E. BROWN WEISS, *op.cit.*, at 25 remarks that 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”.

Big healthcare data sets: circolazione e nuove forme di appartenenza

Elisabetta Errigo*

BIG HEALTHCARE DATA SETS: CIRCULATION OF DATA AND NEW FORMS OF BELONGING

ABSTRACT: Digitalization of healthcare pursues general interest, aimed at encouraging medical care and improving the quality standards of healthcare systems, enhancing the predictive nature of medicine. These objectives are achievable above all thanks to the large-scale of health data processing, the discipline of which, however, being modeled on the collection of individual data, does not offer secure protection either to informative self-determination or to the privacy of users-patients. In this context, the reconstructive proposal of healthcare data sets as resources under shared management makes it possible to recover the active role of consent, identifying an autonomous regulatory statute and a new form of data belonging, able to guarantee effective protection of the interested parties.

KEYWORDS: Big data; health data; digitalization; data processing; predictive medicine

ABSTRACT: La digitalizzazione della sanità persegue interessi generali finalizzati ad incentivare l'assistenza medica e a migliorare gli standard qualitativi dei sistemi sanitari, valorizzando il carattere predittivo della medicina. Tali obiettivi sono perseguibili soprattutto grazie alla raccolta su larga scala di dati sanitari, la cui disciplina, tuttavia, essendo modellata sulla raccolta dei dati individuali, non offre sicura tutela né all'autodeterminazione informativa né alla privacy degli utenti-pazienti. In tale contesto, la proposta ricostruttiva degli *healthcare data sets* come risorse a gestione partecipata consente di recuperare il ruolo attivo del consenso, individuando un autonomo statuto normativo e una nuova forma di appartenenza dei dati, capace di garantire una effettiva protezione degli interessati.

PAROLE CHIAVE: Big data; dati sanitari; digitalizzazione; trattamento dei dati; medicina predittiva

SOMMARIO: 1. Premessa. La digitalizzazione della sanità e il valore degli *healthcare data sets*: le potenzialità della medicina predittiva e delle c.d. mappe della salute – 2. I dati personali «particolari» tra protezione e circolazione – 3. Il trattamento dei dati sanitari raccolti individualmente e quello effettuato su larga scala: un unico statuto normativo per tipologie eterogenee di dati – 4. Dimensione materiale e dimensione informazionale nella na-

*Assegnista di ricerca in Diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro. Mail: elisabetta.errigo@unicz.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

Errigo

tura del dato sanitario – 5. Un tentativo di oggettivazione giuridica dei *Big data* sanitari: beni immateriali, beni comuni, risorse strategiche – 6. I dati sanitari raccolti su larga scala e la presunzione di compatibilità delle finalità pubbliche con i diritti degli interessati. La svalutazione del ruolo del consenso nel trattamento dei dati genetici e nella portabilità dell'informazione biologica – 7. Considerazioni conclusive. Il recupero del ruolo del consenso mediante la gestione partecipata delle informazioni sanitarie: nuova forma di appartenenza e strumento di controllo del trattamento.

1. Premessa. La digitalizzazione della sanità e il valore degli *healthcare data sets*: le potenzialità della medicina predittiva e delle c.d. mappe della salute

La disciplina dedicata alla tutela dei dati personali¹ esprime, da sempre, ragioni di complessità in merito al rapporto intercorrente tra il trattamento dei dati personali e il trattamento dei dati sanitari effettuati su larga scala, mediante i c.d. *Big data*².

* *Assegnista di ricerca in Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro; elisabetta.errigo@unicz.it.*

¹ Sul tema, senza pretese di esaustività: L. MIGLIETTI, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, in *Diritti comparati*, IV, 2014, sul sito www.diritticomparati.it; R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0.*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Il diritto e le definizioni*, Napoli, 2016, 145-178; P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro Napoletano.*, II, 2018, 481-484; F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento Europeo 679/2016 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Riv. dir. pubb. comp. eur.*, XXII, 2, 2018; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e tutela dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, VII, 2019, 1670; A.M. GAMBINO, M. MANZI, *Intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, VII, 2019, 1744; A. MINUTO RIZZO, *I profili Antitrust del nuovo web e della nuova economia digitale*, in *Diritto industriale*, II, 2019, 113.

² Convenzionalmente ricondotti al 2010, a seguito della pubblicazione di un *paper* scientifico di Google, noto come “*Dremel*”, volto a chiarire il modo in cui è possibile compiere ricerche su milioni di *Gigabytes* di informazioni in frazioni di un secondo (S. MELKIK, A. GURBAREV, J.J. LONG, G. ROMER, S. SHIVAKUMAR, M. TOLTON, T. VASSILAKIS: *Dremel: Interactive Analysis of Web-Scale Datasets*, sul sito <https://bit.ly/3DTIGbG>), i Big Data, ancor prima di divenire, quale fenomeno normativo ed economico, oggetto di studio da parte del legislatore comunitario in sede di redazione del GDPR, sono stati destinatari di una preliminare indagine conoscitiva a seguito delle rivelazioni, compiute nel 2013 da un ex dipendente della Cia in ordine ai programmi di controllo di massa effettuati dal governo statunitense all'alba degli attentati terroristici dell'11 settembre. Per un approfondimento v. G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, IV, 2015, 689-699. Sul tema, *ex multis*: F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Roma, 2014; G. CARULLO, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati*, in *Concorrenza e mercato*, I, 2016, 181-204; M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, I, 2016, 3; B. RABAI, *I Big data nell'ecosistema digitale*, in *Amministrare*, III, 2017, 405-422; V. ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Rivista Media Laws*, II, 2018, 32-38; M. ALAGNA, *Big Data e People Analytics: nuove sfide e opportunità per liberare valore*, in *Cib. dir.*, 2018, 339-357; L. BERTO, *Big data e Antitrust: l'importanza dei dati nelle acquisizioni, il caso Facebook/WhatsApp*, sul sito www.iusinitinere.it; E. PALAZZOLO, *Dicotomie informative: Big Data analytics e privacy del lavoratore*, sul sito www.iusinitinere.it M. OREFICE, *Big Data: Regole e concorrenza*, in *Pol. Dir.*, 2016, IV, 697-744; G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, I, 2019, 89-115.

Il denominatore comune alle due forme di raccolta è certamente costituito dal «valore» intrinseco attribuito all'informazione³, il quale ha, indubbiamente, esaltato a più livelli il «mercato» dei dati⁴ e, tramite il trattamento, la proliferazione dei suoi impieghi⁵.

La contingente situazione epidemiologica e la contestuale digitalizzazione della sanità hanno rinnovato l'interesse verso l'impiego dei dati sanitari, il trattamento dei quali inevitabilmente coinvolge le questioni legate alla medicina predittiva e alla promozione della ricerca scientifica⁶, giacché, in ogni ambito, l'elaborazione dei grandi *data sets*, tramite l'utilizzo di algoritmi, si traduce nella capacità predittiva e previsionale dei titolari del trattamento⁷ in ordine ai futuri scenari di azione⁸.

³ Considerata non staticamente, bensì come un insieme di dati in movimento, idonei a tramutarsi, per connessione, in nuove e più sofisticate informazioni: P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, cit., 481.

⁴ Continuamente alimentato dal c.d. "Internet delle cose", inteso come l'evoluzione dell'uso della [rete internet](#) tramite gli oggetti, i quali si rendono riconoscibili e acquisiscono intelligenza grazie al fatto di poter comunicare dati su se stessi e accedere ad informazioni aggregate da parte di altri. L'espressione è stata coniata da K. ASHTON, *That «Internet of Things» Thing*, in *RFID J.*, 2009 in F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, in F. DI PORTO (a cura di) *Big data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, VI, 2016, 6 (nota 8). Sul tema anche E. C. PALLONE, «Internet delle cose» e l'importanza del diritto alla privacy tra opportunità e rischi, in *Cib. dir.*, I, II, 2016, 163-183 e nella stessa rivista R. RUGGERI, *Internet delle cose e problematiche giuridiche: alcune considerazioni*, I, II, 2016, 3-22.

⁵ La trasformazione in atto, nota come "Quarta Rivoluzione Industriale", rinviene nei dati processati, analizzati e riutilizzati dei veri e propri giacimenti petroliferi, tesi a sfruttare le informazioni in essi contenute per ricavarne conoscenza, rappresentando un intrinseco valore commerciale: B. RABAI, *op.cit.*, 405 ss. Invero, si stima una crescita esponenziale di questo approccio al business che sarà ulteriormente alimentata dai multimedia, dal permanente utilizzo degli smartphone e dal grande bacino dei social network. Sul tema segnatamente v. M. BOGNI, A. DEFANT, *Big data: diritti IP e problemi di privacy*, in *Diritto industriale*, II, 2015, 117-126 e V. BAGNOLI, *The big data relevant market*, in *Concorrenza e mercato*, I, 2016, 73-94.

⁶ La ricerca scientifica avente ad oggetto il materiale biologico umano ha già posto notevoli problemi, i quali, involgendo questioni legate ora all'appartenenza dei campioni – il che ha sollecitato altresì una rinnovata riflessione sulla teoria dei beni – ora al ruolo del consenso, hanno lambito profili sistematici aventi ad oggetto la gestione delle biobanche e la protezione dei dati personali, ancorché anonimi, in vista del loro utilizzo anche nella ricerca epidemiologica. Per una approfondita analisi delle questioni più rilevanti si rinvia a AA. VV., *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, in A. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di), *Atti del Convegno 3 ottobre 2016*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2018.

⁷ Per un approfondimento sulla capacità predittiva e sull'ubiquità di siffatti dati v. F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, in F. DI PORTO (a cura di) *Big data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, VI, 2016, 6. Sulla capacità predittiva delle informazioni anche A. MANTELETO, *Big Data: I rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. inf.*, 2012, 135 ss. Sugli effetti che l'intelligenza artificiale ha sortito nella sanità si rinvia al AA. VV., *Forum Ai and law in BioLaw Journal*, Rivista di BioDiritto, 1, 2020, 469-515 ove si pongono in evidenza le opportunità dell'uso massivo di dati sanitari in medicina senza tacere i rischi di discriminazione potenzialmente derivanti da un utilizzo non controllato. In generale per gli impatti dell'intelligenza artificiale sui diritti fondamentali, nella stessa rivista v. O. POLLICINO, *Getting the Future Right – Artificial Intelligence and Fundamental Rights. A view from the European Union Agency for Fundamental Rights*, 1, 2021, 7 e diffusamente A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F.P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giuridici Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 205.

⁸ Nel settore sanitario, i *Big data*, intesi quale «ingente mole di informazioni, provenienti da plurime fonti e idonee a perseguire molteplici finalità, per il tramite di tecniche informatizzate (c.d. software o algoritmi) [...] si riferiscono a grandi set di dati raccolti, periodicamente o automaticamente, che vengono archiviati elettronicamente, riutilizzabili allo scopo di migliorare le prestazioni del sistema sanitario»: Cfr. Comm. Eur:

Sebbene esistano varie definizioni di medicina predittiva. in questo contesto, ci si riferisce a quella branca della medicina che, sulla base delle informazioni ricavate dalla costituzione genetica di un individuo, sia in grado di valutare in termini probabilistici i fattori che, per una specifica persona e in un determinato contesto, possono favorire l'insorgenza di una malattia, elaborando, quindi, una stima del rischio di contrarre una certa patologia⁹.

Le implicazioni giuridiche, etiche e sociali legate allo sviluppo di siffatte "forme" di medicina¹⁰ sono tanto evidenti se si consideri che il monitoraggio clinico del paziente ad opera delle istituzioni sanitarie, con l'ausilio di reti di generazione di *eHealth*, permette la raccolta aggregata di dati sanitari dematerializzati e, al contempo, la creazione di mappe individuali e collettive, riferite sia al singolo paziente che al sistema sanitario nel suo complesso¹¹. I dati riguardano le modalità di presa in carico del paziente, l'assistenza sanitaria e farmaceutica ad esso rivolta, il monitoraggio dei tempi di attesa per

Study on Big Data, in Public Health, Telemedicine and Healthcare, sul sito www.ec.europa.eu. Sebbene il legislatore europeo tralasci di offrire una compiuta qualificazione del fenomeno, lo stesso non sottace, al contempo, la possibilità che il trattamento su larga scala, se non adeguatamente regolato, possa rappresentare l'occasione per cagionare violazioni di diritti e libertà fondamentali, in ragione della notevole quantità di dati personali raccolti da parte di un vasto numero di interessati: cfr. Cons. n. 80 GDPR. Per un approfondimento v. L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento Privacy Europeo*, Milano, 2016.

⁹ Così intesa, la medicina predittiva si rivolge alle persone sane, ricercando in esse i segni della fragilità o del difetto che conferiscono loro una certa predisposizione a sviluppare una malattia. È evidente che si tratta di una medicina probabilistica e individuale che consente la massima personalizzazione degli interventi, individuando il profilo di rischio di ciascuna persona, monitorandone l'evoluzione e realizzando appropriati interventi preventivi oltre a selezionare la terapia, la dose e il tempo di trattamento migliori: cfr. D. BARILLARI, *Medicina predittiva, molecolare e post-genomica*, in *Libro Bianco Salute*, 5, 2022, in www.librobiancosanita.pressbooks.com. La medicina predittiva va tenuta distinta dalla medicina personalizzata, seppur ne rappresenti un suo presupposto. Segnatamente, con la seconda accezione si intende quella medicina di precisione che consente di identificare la suscettibilità di una persona alle malattie comuni. Al fine di garantire una migliore qualità assistenziale, essa si basa sulla differenza tra i vari patrimoni genetici, sicché lo sviluppo di siffatta medicina dipende dalla disponibilità di test genetici predittivi di malattia e di risposta alla terapia. Per un approfondimento v. G. NOVELLI, *Genetica, medicina predittiva, medicina personalizzata*, in *Focus, Dove porta la ricerca genomica?*, in www.scienzaevita.org. Sulla medicina personalizzata cfr. R. BALDUZZI, *Protezione e tutela della persona: lo sguardo delle scienze giuridiche*, in AA. VV., *Persona e medicina. Sinergie sistemiche per la medicina personalizzata*, Milano, 2021. Sui test genetici di suscettibilità e medicina personalizzata cfr. Comitato nazionale per la bioetica, 15 luglio 2010, in www.bioetica.governo.it.

¹⁰ Le implicazioni della medicina predittiva sono, del resto, comuni alla medicina personalizzata e non diverse da quelle che comporta la ricerca genetica in generale e riguardano sostanzialmente la gestione delle informazioni genetiche e gli aspetti relativi al consenso informato, alla privacy e alla confidenzialità; la stratificazione o differenziazione tra i pazienti; l'equità nell'accesso alle cure mediche: G. NOVELLI, *Genetica, medicina predittiva, medicina personalizzata, cit., passim*.

¹¹ In altri termini, i dati sanitari si prestano ad essere collezionati attraverso una molteplicità di strumenti, come il cd. Fascicolo sanitario elettronico (FSE), il Dossier sanitario e la cartella clinica elettronica, per essere aggregati e dematerializzati nei *repository* di Asl e ospedali. Siffatti flussi elettronici vengono poi implementati dai flussi amministrativi, come le SDO (prelevati per rendicontazione economica dalle schede di dimissione ospedaliera) o dei DRG (*diagnosis-related group*), al fine di amministrare la sanità. E tuttavia, taluni hanno manifestato fondate ragioni di dubbio circa la classificazione dei dati e il loro utilizzo teso alle finalità di cura e di monitoraggio dei comportamenti: ciò in quanto tali dati dematerializzati, in formato digitale o estrapolati dal web, rimangono dati clinici riferiti a pazienti determinati. Sul tema ampiamente v. M. MORUZZI, D. VANNOZZI, *Big data in sanità: perché sono una promessa mancata*, sul sito www.agendadigitale.eu, e DI CIOMMO, *La privacy sanitaria*, in PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, Milano, 2003, 240.

la sottoposizione ad esami clinici ed i comportamenti dei soggetti rispetto a quelli prescritti dai sanitari. Mediante la raccolta informatizzata di dati sanitari, biologici e ambientali, effettuata anche per il tramite di interrelazioni tra banche dati¹², è possibile, dunque, migliorare le forme di assistenza, creare strumenti preventivi di future patologie e limitare i costi di accesso alla sanità¹³.

Analogamente, l'utilizzo di talune applicazioni tecnologiche come il c.d. *contact tracing*¹⁴ consente, tramite la raccolta su larga scala di dati sanitari e comportamentali, di generare mappe geografiche di patologie riferite alla popolazione stanziata in un determinato territorio e di rapportare tali mappe alle informazioni raccolte ed elaborate nel decorso della malattia dei pazienti.

Il largo impiego del trattamento di «grandi set» di dati sanitari conferma come il grande patrimonio dei dati dematerializzati è dato dal valore del loro utilizzo: valore connotato all'attitudine dell'informazione a convertirsi in conoscenza scientifica ed emotivo-ambientale, utile alla predisposizione di programmi e interventi sanitari di prevenzione¹⁵.

Indubbiamente, l'elevata capacità di analisi predittiva derivante dall'elaborazione delle informazioni costituisce una risorsa strategica, capace di tradursi nella realizzazione di interessi superindividuali, tant'è che la gestione di tali informazioni assume una rilevanza pubblica che riceve copertura costituzionale dall'art. 32 Cost.¹⁶.

¹² Sulle biobanche diffusamente C. RICCI, P. RICCI, *Le biobanche di ricerca: questioni e disciplina*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, I, 2018, 95, ove si evidenziano le problematiche sollevate dalle biobanche in ordine alla natura giuridica, all'appartenenza e alle vicende circolatorie dei campioni biologici e al consenso informato nell'ambito del trattamento di siffatte categorie di dati sensibili.

¹³ Considerate, queste, certamente delle potenzialità derivanti dall'utilizzo dei *Big data* nella sanità, tanto che la Conferenza internazionale sui *Big data in Health 2019* ha sollecitato l'utilizzo incrociato di banche dati multiple, per sviluppare vere e proprie mappe della salute che esplorino le correlazioni fra ambiente, stili di vita e salute. Un report, sul tema, è disponibile sul sito www.cnr.it.

¹⁴ Letteralmente «tracciamento dei contatti», intesa come un'azione di sanità pubblica essenziale per combattere una epidemia, come quella che ha segnato gli ultimi anni. Segnatamente, tale azione si è tradotta nella possibilità di identificare e gestire i contatti di casi confermati di Covid-19, al fine di isolare rapidamente gli eventuali casi secondari, interrompendo così la catena di trasmissione. Per i dettagli si rinvia a www.salute.gov.it.

¹⁵ Sulle potenzialità predittive e diagnostiche, soprattutto delle analisi genetiche, e non solo su larga scala, v. in particolare, il contributo di L. BATTISTUZZI, A. BONSIGNORE, R. CILIBERTI, F. DE STEFANO, *La condivisione genetica: una relazione pericolosa? Il trattamento dei dati genetici del defunto nella realtà italiana. Generalità ed esemplificazione casistica*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, I, 2014, 57-67, ove, muovendo dalla confermata possibilità che il test genetico possa offrire la conoscenza del rischio di insorgenza di patologie, si pone la questione sul bilanciamento tra il diritto alla privacy e il diritto di accesso all'informazione genetica.

¹⁶ L'accezione pubblica trova conferma nelle finalità per il perseguimento delle quali l'art. 9 GDPR consente il trattamento della menzionata categoria di dati. Ed invero, la disposizione ammette il trattamento di siffatti dati, tra le altre finalità, anche quando «h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri», « i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici», «j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici». Per un approfondimento sulla disciplina riservata a siffatta categoria di dati v. A. CATALETA, *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, in G. FINOCCHIARO (a cura di) *La protezione dei dati personali in Italia*.

Un simile trattamento involge, poi, problemi di natura più squisitamente civilistica e sospinge la riflessione verso l'analisi di talune categorie giuridiche che sembrano, in questo contesto, entrare in crisi.

Ed invero, una siffatta forma di raccolta «funziona» soltanto se gli utenti acconsentono alla diffusione dei propri dati «sensibili»; ma, come è agevole intuire, il consenso dell'interessato non copre ogni possibile riutilizzo dell'informazione, con la conseguenza che talune situazioni soggettive – come il diritto all'autodeterminazione informativa¹⁷ – ancorché astrattamente protette dalla manifestazione del consenso, possono essere pregiudicate dal relativo trattamento.

In tale contesto, anche il diritto alla riservatezza degli utenti-pazienti, a dispetto della asserita compatibilità del regime circolatorio delle informazioni sanitarie con la tutela dello stesso, è invece sempre più esposto al rischio di facili aggressioni.

La difficoltà di garantire una concreta tutela della privacy e delle altre situazioni giuridiche sottese¹⁸ mediante l'applicazione dei principi contenuti nel Regolamento Ue 679/2016¹⁹, sembra possa essere ascritta a due ordini di ragioni.

La prima involge il problema dell'applicabilità della disciplina della privacy ai *Big data*. In via generale se ne esclude l'applicabilità in quanto si tratterebbe di dati *ab origine* anonimi e, dunque, non riferibili ad un individuo determinato²⁰. Con riguardo ai dati sanitari il ragionamento assume contorni

Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, Bologna, 2019, 204 e nella stessa opera L. GRECO, *Sanità e protezione dei dati personali*, op. cit., 244. Con specifico riferimento al trattamento dei dati genetici v. L. CALIFANO, *Il trattamento dei dati genetici: finalità di ricerca, esigenze di sicurezza e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 4, 2017, 13.

¹⁷ Inteso quale diritto del singolo di decidere sulla cessione e l'uso dei dati che lo riguardano. Tra le sue prime applicazioni si registra la celebre pronuncia della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht* 15 dicembre 1983, 1 BvR 209/83) ove la c.d. *informationelle Selbstbestimmung* veniva riconosciuta sulla base dei principi del libero sviluppo della personalità e dell'intangibilità della dignità dell'uomo. Per un approfondimento v. G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la protezione dei dati. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del «Datenschutz»*, in *Inf. dir.*, 3, 1986, 95-118. Sulla rilevanza dell'autodeterminazione informativa nella circolazione dei dati v. A. MANTELERO, *I flussi transfrontalieri di dati personali: l'effetto delle politiche comunitarie*, in *Contratto e impresa*, 2, 2002, 1300 ss.

¹⁸ In tale direzione è stato osservato come il rischio di un abuso del trattamento non riguarda solo la tutela della salute, propria del settore della sanità digitale, ma anche il rischio di discriminazione in molteplici aspetti della vita di relazione, che da esso deriva: V. VESCIO, DI MARTINARO, *Dati genetici a rischio privacy: ecco il punto debole del GDPR*, sul sito www.agendadigitale.eu.

¹⁹ Riconducibili alle esigenze di anonimizzazione e minimizzazione dei dati, pertinenza delle finalità del trattamento e rilevanza del consenso dei soggetti interessati come sicura base giustificativa del trattamento. Sulla possibilità di applicazione dei principi di cui all'art. 5 GDPR ai *Big Data* v. C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento Europeo 679/2016 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Rivista diritto pubblico comparato europeo*, XXII, 2018, 33, ove si auspica che il Regolamento non rappresenti un punto di arrivo, bensì un punto di partenza verso una nuova concezione della privacy, e quindi verso un'effettiva ed efficace protezione dei dati personali in uno con le libertà fondamentali.

²⁰ G.M. RUOTOLO, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII, 2018, 97-116. In altri termini, perché una sequenza di informazioni possa essere considerata "dato personale" e di conseguenza rientrare nell'ambito di applicazione delle norme sulla relativa protezione, è necessario che la stessa sia riferita o quanto meno riferibile a una persona determinata. Il fatto che i dati, raccolti *ab origine* in forma anonima, siano successivamente "anonimizzati" in seguito a un procedimento di cancellazione di ogni riferimento alla persona alla quale si riferiscono, o siano

tutt'affatto differenti giacché gli stessi, ancorché raccolti su larga scala, sono pur sempre reindirizzabili agli utenti. Siffatta circostanza, com'è evidente, non è priva di rilievo, in quanto non soltanto priva i dati del carattere dell'anonimato, ma pone oltremodo il problema dell'individuazione della titolarità del dato.

La seconda attiene al regime riservato dall'art. 9 del Reg. UE 679/2016 al trattamento della «Categoria particolare di dati personali». La disposizione, nel tentativo di comporre l'esigenza di protezione dei diritti degli utenti-pazienti con la promozione della medicina preventiva e della ricerca scientifica, destina, senza considerare in alcun modo le differenze ontologiche tra i vari dati elencati, la medesima disciplina sia al trattamento dei dati sanitari raccolti individualmente che a quello effettuato su larga scala.

Al fine di indirizzare la riflessione, non può dunque prescindersi dall'analisi della previsione normativa di cui all'art. 9.

2. I dati personali «particolari» tra protezione e circolazione

Con l'entrata in vigore del Regolamento 679/2016, i dati sanitari, storicamente considerati dati «supsensibili»²¹, hanno visto modificata la tradizionale classificazione fornita dal d.lgs. 196/2003. Com'è noto, il legislatore europeo, all'art. 9 GDPR, ha ricompreso all'interno della unitaria «Categoria particolare di dati personali» ulteriori e diversi dati sensibili, i quali, attraggono la medesima disciplina.

La disposizione introduce un generico divieto di trattare la categoria di dati personali prevedendo una serie di deroghe espresse, quali il conferimento del consenso da parte dell'interessato e, anche in alternativa, le finalità di interesse generale relative alla sanità pubblica²². Tali finalità sono esemplificate in un elenco tutt'altro che chiuso, giacché la previsione normativa contempla anche la possibilità di procedere al trattamento per finalità correlate genericamente alla medicina preventiva e alla medicina del lavoro, alla cura e alla diagnosi di patologie e alla gestione dei sistemi sanitari. Il trattamento viene consentito, altresì, per non meglio specificate ragioni di interesse pubblico connesse al

“pseudonimizzati” (sono così definiti i dati conservati in un formato tale da non poter identificare direttamente un individuo specifico, senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive) evidentemente, rende dubbia l'applicabilità della disciplina generale ai *big datasets*: L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, *Pseudonymization and Impacts of Big (Personal/Anonymous) Data Processing in the Transition from the Directive 95/46/EC to the New EU General Data Protection Regulation*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, 171.

²¹ Così definiti, stante la particolare idoneità a rivelare caratteri personali, capaci di incidere in maniera significativa su molteplici aspetti della vita di relazione, il cui nucleo originario coincide, senza esaurirsi, con i dati sulla salute: A. CATALETA, *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, op. cit., 209. Già il Cons. 51 GDPR consegna una compiuta definizione a tenore della quale «Meritano una specifica protezione i dati personali che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali».

²² Dalla lettura del Considerando n. 54 del GDPR si evince, infatti, che il trattamento di categorie particolari di dati personali può essere necessario per motivi di interesse pubblico nei settori della sanità pubblica, senza il consenso dell'interessato. Tale trattamento dovrebbe essere soggetto a misure appropriate e specifiche a tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche. Siffatte misure, si anticipa, non sono state però oggetto di compiuta attenzione da parte del regolatore comunitario.

settore della sanità, alla protezione di gravi minacce per la salute e per garantire migliori standard di sicurezza e una più elevata qualità assistenziale.

Dalla previsione dei molteplici impieghi autorizzati se ne può trarre che il divieto di trattamento dei dati sanitari, lungi dal costituire una regola di carattere generale, esprima invece una norma di carattere eccezionale e conferma come l'esigenza di protezione di tale particolare categoria di dati venga mitigata dal «senso di realismo» connesso agli utilizzi delle informazioni da essi derivanti²³. Ed invero, sebbene il legislatore europeo abbia escluso che il trattamento dei dati sanitari di un paziente da parte di un solo medico o di un solo operatore sanitario²⁴ possa essere considerato su larga scala, tale considerazione è invece contraddetta dall'evidenza dei fatti, giacché sono proprio i dati sanitari a dover essere trattati su larga scala al fine di perseguire finalità di medicina predittiva, di prevenzione, di epidemiologia, favorite dalla digitalizzazione della sanità²⁵.

3. Il trattamento dei dati particolari raccolti individualmente e quello effettuato su larga scala: un unico statuto normativo per tipologie eterogenee di dati

L'unitaria categorizzazione dei dati personali «particolari» e l'assoggettamento ad un unico statuto normativo, disciplinante titolarità, appartenenza, raccolta e circolazione, non tiene però conto della diversità esistente tra dati genetici, biometrici e dati relativi alla salute²⁶, la quale forse avrebbe preteso una differente disciplina.

²³ E tanto non solo per i trattamenti sanitari ma, altresì, per quelli ove vengono in gioco competenze specifiche delle autorità, come in materia di sicurezza pubblica: F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, 85.

²⁴ Cfr.: Considerando n. 90 GDPR ove si evince che il trattamento di dati personali non dovrebbe essere considerato un trattamento su larga scala qualora riguardi dati personali di pazienti o clienti da parte di un singolo medico, operatore sanitario o avvocato. Dal considerando se ne deduce che soltanto nei casi ivi menzionati, non sarebbe obbligatorio procedere a una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati; mentre, qualora i dati siano trattati da soggetti autorizzati, quali banche dati, allora il trattamento su larga scala sarebbe garantito dalla previsione dell'obbligo di effettuare la valutazione di impatto. Pertanto, il tenore del considerando sembra concludere nel senso che l'unica differenza di disciplina tra il trattamento da parte di un solo operatore e quello effettuato su larga scala sarebbe insita nella previsione della valutazione d'impatto, la quale, tuttavia, ha già altrove suscitato dubbi di efficienza in vista della concreta tutela delle situazioni giuridiche sottese. In particolare, sembrerebbe che la valutazione di impatto riguardi, secondo la lettera della normativa europea, soltanto i dati personali e non già tutti i Big data che lavorano sostanzialmente con dati anonimi; a ciò si aggiunga la perplessità che attiene proprio all'esonero dalla responsabilità, da parte dei titolari, per danni cagionati pur in presenza di una valutazione d'impatto: G. DE MINICO, *op. cit.*, 94. Per un approfondimento sulla valutazione di impatto si rinvia a F. SARTORE, *La valutazione d'impatto nel GDPR*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, 2019, 333 ss.

²⁵ Finalità che possono, del resto, essere perseguite soltanto attraverso una mappatura prima individuale e poi necessariamente collettiva, tramite correlazione tra più banche, di una ingente mole di informazioni sanitarie, relative ad uno specifico territorio: G. COMANDÉ, *Ricerca in sanità e data protection: un puzzle risolvibile*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2019, 187.

²⁶ Segnatamente, i dati genetici sono riferiti alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite dall'analisi di un campione biologico e che forniscono informazioni sullo stato di salute, mentre i dati biometrici consentono l'identificazione di una persona attraverso un trattamento specifico che ne traccia le caratteristiche fisiche, fisiologiche e comportamentali: A. CATALETA, *op. cit.*, 209. In quanto considerati dati medici, le informazioni genetiche rientrano nella previsione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina,

Ed invero, la riconduzione del dato sanitario nell'alveo della unitaria categoria di cui all'art. 9, senza tenere conto delle differenze ontologiche sussistenti tra i vari dati e le diversità strutturali tra le due forme di raccolta dei dati è operazione che, non tenendo conto dei diversi interessi legati a ciascun dato, finisce per sacrificarli.

Probabilmente, la scelta di disciplinare i molteplici dati all'interno della medesima disposizione è da ascrivere ad una superficiale valutazione del legislatore comunitario, il quale non si avveduto che le caratteristiche intrinseche di ciascuna informazione sono capaci di incidere diversamente sulla raccolta dei dati ponendo problemi di privacy assolutamente diversi²⁷.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi alla raccolta di dati sanitari, effettuata in presenza di una grave malattia inabilitante diffusa in una certa zona del paese, che miri ad accertare le responsabilità di industrie operanti in quella zona oppure una raccolta tesa a monitorare l'andamento di una curva epidemiologica con il fine di valutare se, per contenere la diffusione del contagio, sia necessaria l'imposizione di misure restrittive alle attività commerciali. Siffatti dati, raccolti per scopi di interesse generale, se venduti ad altri imprenditori, potrebbero essere utilizzati per altre finalità, quali ad esempio quella di selezionare il personale, sul fronte lavorativo, dei territori presi in considerazione²⁸, potendo però integrare possibili discriminazioni.

Problemi analoghi, ma su fronti diversi, pone la raccolta dei dati genetici²⁹ le cui informazioni sottese sono, senza dubbio, il portato di caratteristiche immutabili di un individuo, spesso legate allo svilup-

approvata dal Consiglio d'Europa nel 1997 a Oviedo: si consideri, in particolare, il capitolo IV sul genoma umano e i relativi protocolli aggiuntivi, le cui coordinate positive riguardanti il relativo utilizzo in ossequio alla dignità e ai diritti fondamentali consentono di pervenire all'elaborazione ermeneutica del concetto di identità genetica, come espressione della più ampia identità personale (Corte giust., 18 ottobre 2011, C-34/10, *Oliver Brüstle/Greenpeace eV*, in <https://eur-lex.europa.eu>). Per un approfondimento sul trattamento dei dati genetici v. A. FALCONE, *La tutela del patrimonio genetico umano, fra Costituzione e diritti. Verso la Formazione di un Corpus Iuris sul genoma umano*, Catanzaro, 2012, 1. Per la letteratura sull'inserimento dei dati genetici nell'ambito dei dati personali: M. D'AMICO, *Il trattamento pubblico dei dati sensibili: la disciplina italiana a confronto con il modello europeo*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2002, 817 ss.; R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in *Diritto e Processo*, 2018, 95 ss.

²⁷ Nel dubitare della bontà della scelta di collocare i dati genetici nell'ambito dei dati personali, è stato sostenuto che le diversità di tali dati, rispetto alle altre informazioni sanitarie, pongono problemi di privacy completamente diversi quanto alla raccolta, alla comunicazione e alla diffusione: C. SARZANA, DI S. IPPOLITO, *La protezione dei dati personali nel campo sanitario: problemi giuridici e tecnologici*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 1999, 35.

²⁸ E ciò a prescindere da un errore sul funzionamento dell'algoritmo: G. DE MINICO, *op. cit.*, 97.

²⁹ Sulle caratteristiche del dato genetico e segnatamente sulle implicazioni della c.d. privacy genetica v. E. STEFANINI, *Dati genetici condivisi: una nuova frontiera per la privacy*, in *Dir. pub. comp. eur.*, III, 2008, 1223-1238. Sulla rilevanza dell'informazione genetica: S. LORENZON, *La regolamentazione delle biobanche all'incrocio tra Diritto dell'Unione e discrezionalità legislativa nazionale: alla ricerca di un punto di equilibrio tra riservatezza e libertà scientifica*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 44. Sugli effetti favorevoli della genetica: V. MENESINI, *Introduzione allo studio giuridico della nuova genetica*, Milano, 2003. Sul rapporto tra genetica e diritto v., tra gli altri, V. LEMBO, *L'analisi del DNA a fini investigativi*, in *Rivista penale*, II, 2017, 119-124; S. ZULLO, *Il ruolo dell'epigenetica tra il paradigma dell'identità e quello della responsabilità*, in *Ragion pratica*, XLV, 2015, 529-545; L. CALIFANO, *Il trattamento dei dati genetici: finalità di ricerca, esigenze di sicurezza e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Cult. giur.*, IV, 2017, 13.

po intellettuale e alle capacità motorie e psicoattitudinali³⁰. Ora, è evidente che il riutilizzo dell'informazione genetica possa rappresentare occasione per consumare comportamenti discriminatori in molteplici ambiti che spaziano dalle procedure assicurative e bancarie a quelle relative all'accesso all'educazione o all'occupazione o più in generale che coinvolgono affari di natura economica e pubblica³¹. A tali potenziali pericoli si aggiunga la possibilità che i dati genetici, a seguito di raccolta, possano essere associati ad altri *Big data*, contenenti informazioni fenotipiche e aventi ad oggetto i comportamenti sociali, le abitudini e gli stili di vita, le circostanze ambientali, l'utilizzo di cellulari o carte di credito, generando dati «composti», i quali, di là dall'essere anonimi, sarebbero non soltanto in grado di re-identificare il soggetto interessato, ma finanche di essere scambiati, rielaborati e riutilizzati su altri mercati.

Si intuisce, allora, che la previsione di un unico statuto normativo per i diversi dati della categoria non può proteggere adeguatamente gli interessi degli utenti, attese, altresì, le intrinseche differenze che corrono tra la forma di raccolta individuale e quella collettiva degli stessi dati.

Ed invero, la raccolta individuale dei dati personali re-indirizzabili agli utenti è coperta da un *sistema* di garanzie e da tecniche di protezione a tutela del singolo utente. Al contrario, qualora i dati vengano trattati su larga scala, sono essenzialmente composti da informazioni anonime, le quali, non sembrano ricevere apposita tutela da parte del GDPR.

Il problema, com'è ovvio, si pone per taluni dati sanitari i quali, quando derivano da campioni biologici o da informazioni genetiche³², ancorché raccolti su larga scala, sono sempre riferibili a soggetti

³⁰ Per un approfondimento si rinvia a SELITA FATOS, *Genetic data misuse: risk to fundamental human rights in developed economies*, in *Legal Issues Journal*, I, 2019, 53-95. Proprio dal carattere dell'immodificabilità del dato derivano i pericoli connessi alla sua diffusione senza il consenso dell'interessato: J. MONDUCCI, *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, Bologna, 2013, 94.

³¹ Sempre più spesso, infatti, l'utilizzo e gli esiti dell'elaborazione di Big data costituisce il fondamento giustificativo per future scelte di azione da parte delle amministrazioni pubbliche: V. ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Riv. dir. med.*, II, 2018, 36. In altri termini, le informazioni sono il portato dei c.d. dati granulari, utilizzabili, a titolo esemplificativo, per identificare soggetti che possono avere connessioni con il terrorismo o con altri gruppi criminali; per dirimere scelte pubbliche in tema di pianificazione urbanistica o di dislocazione dei servizi; per l'essere utilizzati genericamente nel campo fiscale o nella previdenza sociale. Si rende, pertanto, necessaria la ricerca di un punto di equilibrio tra i vari interessi in gioco, tesa ad individuare i limiti delle scoperte scientifiche che, in questo campo, sono capaci di incidere negativamente sui singoli: A. VILLELLA, *La ricerca genetica tra libertà e limiti*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2020, 861-872. Sui possibili utilizzi dei dati nel settore assicurativo v. E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi*, in *Corr. Giur.* 12, 2019, 1517. Per quanto di afferenza al settore pubblicistico v. G. BAROZZI REGGIANI, *Le ICT, gli Open data e l'innovazione della P.A. alla luce della recente riforma del Codice dell'Amministrazione Digitale*, in G. AVANZINI, M. MATUCCI, *L'informazione e le sue regole. Libertà pluralismo e trasparenza*, Napoli, 2016, 307-342. Per un approfondimento sui c.d. ICT v. U. BERTELE, A. RANGONE, *ICT e strategie d'impresa: le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la creazione di valore*, Milano, 2006; G. DE MICHELIS, *Agenda Digitale: di che cosa si sta parlando?*, in *Amministrare*, I, 2013, 69-83; E.M. TRIPODI, *L'utilizzo di tecnologie ICT da parte dell'impresa evoluta. Verso il mercato unico europeo dei servizi digitali*, in *Disc. comm. serv.*, III, 2015, 17-49.

³² I due termini, tra l'altro, non possono essere considerati sinonimi, essendo caratterizzati da un substrato diverso e pretendendo, a ragione, un diverso statuto giuridico. Per un approfondimento sulla tassonomia dei materiali biologici umani si rinvia a V. CALDERAI, *A pound of man's flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, in *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, in

determinati e consentono, pertanto, il futuro re-indirizzamento dell'utente-paziente, anche in pregiudizio delle situazioni esistenziali sottese³³.

Si comprende, allora, come il trattamento dei dati sanitari non soltanto pretende l'autonomia delle regole che governano la raccolta individuale rispetto a quelle che orientano quella – per così dire – collettiva, ma reclama, altresì, uno sforzo ricostruttivo capace di comporre le esigenze di protezione dell'autodeterminazione e della riservatezza – che in tale settore sembrano presupporre una necessaria forma di titolarità sui dati raccolti – con l'opposta esigenza di destinare la raccolta su larga scala ad interessi generali e superindividuali, quale la salvaguardia della salute pubblica.

4. Dimensione materiale e dimensione informazionale nella natura del dato sanitario

Indagare il profilo della titolarità del dato sanitario – il quale si ammantava, senza difficoltà, della qualificazione di bene giuridico in virtù della sua riconduzione nella più generale categoria dei dati personali³⁴ – significa, innanzitutto, individuarne l'essenza suscettibile, per vero, di essere apprezzata in

A. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di), *Atti del Convegno 3 ottobre 2016, in Diritto Mercato Tecnologia*, 2018, 55 ss.

³³ B. RABAI, *op. cit.*, 411. Ed invero, nonostante il legislatore europeo abbia espressamente riconosciuto rilevanza alla profilazione e alla portabilità dei dati, le nuove tecnologie che attengono alla possibilità di generare le c.d. *digital breadcrumbs* (App, indirizzi IP, cookies) consentono comunque di re-identificare un individuo attraverso informazioni apparentemente anonime. E ciò non solo nel contesto sanitario ma in qualunque altro “mercato” ove si impieghino i dati dematerializzati. Segnatamente, osserva S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, 324-325, la quantità crescente di dati personali affidate a software informatizzati rende possibili non semplici predizioni sui comportamenti futuri, ma vere e proprie costruzioni di identità, le quali possono rappresentare vincoli ai fini delle decisioni riguardanti la persona.

³⁴ La nozione classica di bene considera, com'è noto, il bene come la cosa che sia fonte di utilità e oggetto di appropriazione (S. PUGLIATTI, *Beni, Teoria generale, Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, 164 ss.) e come tale, sta ad indicare il punto di riferimento oggettivo delle situazioni e delle vicende giuridiche del diritto patrimoniale (A. GAMBARO, *I beni*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, 2, Milano, 2012; V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1989, 438 ss.). La qualificazione dei dati personali alla stregua di beni giuridici è frutto, del resto, di una evoluzione sociale ed economica, la quale, ne ha riconosciuto ora la possibilità di vanarne diritti soggettivi, come quello di permetterne a terzi la fruizione, ora la di loro circolazione alla stregua di merce di scambio. Sul punto si ricordi la nota sentenza del Tar Lazio, n. 261 del 10 gennaio 2020 la quale, nel dirimere il caso c.d. Facebook/AGCM ha attribuito al consenso al trattamento dei dati personali il rango di controprestazione di un contratto, stante lo sfruttamento economico dai dati da esso derivante. L'adozione del Regolamento UE 679/2016 conferma, a livello europeo, tale impostazione, ove, accogliendo la qualificazione dei dati personali come beni giuridici in ragione della patrimonializzazione, tende a bilanciare le esigenze di protezione con quelle di circolazione dei dati: G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *Federalismi.it*, 21, 2019. Sul tema della qualificazione dei dati personali come beni giuridici v. diffusamente R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *Federalismi.it*, 21, 2019, 22 e V. ZENO ZENCOVICH, *Sull'informazione come “bene” (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Rivista critica del diritto privato*, IV, Torino, 1990, 485. Con riferimento alla dimensione informazionale dei dati, merita di essere segnalato il contributo di chi, sulla questione, ha sollecitato l'indagine sulla utilità socialmente apprezzabile, in termini di meritevolezza, attribuita all'informazione: P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 1990, 327 ss. In questa linea interpretativa, l'informazione è un bene frutto «della vita di relazione tra soggetti, che assume un senso ed un ruolo nella dinamica delle attività umane»: ID, *cit.*, 345, riferibile non soltanto al risultato finale, bensì alla relazione informativa tra due o più parti: V. MANESINI, *Il problema giuridico dell'informazione*, in *Dir. aut.*, 1983, 433.

una duplice accezione. Il dato sanitario, infatti, può intendersi ora in una dimensione materiale, come entità incorporata su un supporto fisico, ora in una dimensione informazionale, come entità incorporea, immateriale, propria dell'informazione sanitaria derivante dall'elaborazione del dato³⁵.

L'adozione di una prospettiva piuttosto che dell'altra – materiale o informazionale – non è senza conseguenze, ma anzi implica la scelta di uno statuto differente³⁶.

Segnatamente, qualora si attribuisse al dato sanitario una dimensione puramente materiale (tipico è il riferimento ai campioni biologici), accogliendo la logica dominicale, la titolarità del campione considerato sarebbe attribuita alla persona da cui proviene. E ciò nel solco della nota tradizione americana³⁷ la quale, con riguardo alle parti staccate del corpo³⁸, che siano in grado di circolare autonomamente dopo il distacco³⁹, le considera alla stregua di beni mobili la titolarità dei quali sarebbe attribuita al soggetto da cui si distaccano⁴⁰.

³⁵ Sebbene con precipuo riferimento al campione biologico si accolga tipicamente una prospettiva unitaria: M. MACIOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla "zona grigia" tra privacy e proprietà*, Trento, 2013. In linea di continuità si rinvia alla disamina sul punto di V. CALDERAI, *op. cit.*, 85, ove emerge come l'assimilazione del campione al supporto materiale del dato è fuorviante nella misura in cui l'informazione è un'utilità potenziale dei campioni che per essere realizzata esige competenze specifiche e una grande quantità di lavoro di analisi, classificazione, associazione con altre informazioni. Ciò è confermato altresì dal linguaggio adoperato nella ricerca, là dove con il termine «campione», comunemente utilizzato dai ricercatori invece del nome generico «tessuto», non si designa un oggetto in senso naturalistico, bensì un artefatto, tale per cui con il termine «campione biologico» si denotano sempre i tessuti e i dati.

³⁶ Anche rispetto a quello dei dati personali: G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in A.M. GAMBINO, A. STAZI (a cura di), *La circolazione dei dati. Titolarietà, strumenti negoziali, diritti e tutele*, Pisa, 2020, 69.

³⁷ Emblematica la vicenda della «milza di Mr. Moore» affrontata dalla Corte della California con sentenza 31 luglio 1988 (Moore c. Reggenti; Giudici Rothman, Woods, George). La Corte, chiamata a decidere circa la questione della distribuzione dei *property rights* sulle parti staccate del corpo (riutilizzate e brevettate) in assenza di un *informed consent*, ne riconosceva un diritto al controllo sui tessuti, qualificabili come *commodity* e suscettibili di valutazione economica, sui quali può esercitarsi un diritto di proprietà, facendo, pertanto, da apripista alla prospettiva di perseguire una efficace tutela attraverso il ricorso all'*intentional interference with property*. Per un approfondimento M. PAGANELLI, *Alla volta di Frankenstein, biotecnologie e proprietà (di parti) del corpo*, in *Foro italiano*, IV, 1989, 435. Sul tema della titolarità e dell'utilizzazione del materiale biologico umano ampiamente G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *Polemos*, 2008, 115.

³⁸ Il tema, richiamando le vicende della corporeità, costituisce tradizionalmente un fertile terreno di studio della bioetica e del biodiritto, inteso come una nuova specialità giuridica tesa a suggerire soluzioni ai problemi giuridici posti dalle nuove biotecnologie: A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, 2009. Per tutti: S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

³⁹ Ponendo le basi per una netta distinzione rispetto all'interezza del corpo, la cui logica proprietaria è stata respinta dalla tradizione giuridica risalente a Jhering e Savigny (R. JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso: una revisione della teoria del possesso*, Milano, 1872, 115; F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1986, 53) sull'impossibilità di concepire un siffatto rapporto giuridico. Per contributi più recenti P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; G. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964.

⁴⁰ Copiosa la letteratura sul relativo titolo di acquisto ove si registrano orientamenti eterogeni: dallo *ius in se ipsum* sulle parti staccate del corpo che non risente della separazione in F. CARNELUTTI, *Il problema giuridico della trasfusione di sangue*, in *Foro italiano*, IV, 1938, 62, alla «fruttificazione» ex art. 820 e 821 c.c. in G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. pers. Fam.*, 1985, 274

Nel contesto che ci occupa, tuttavia, non sembra che il richiamo allo schema proprietario sia compatibile con gli scopi perseguibili dall'elaborazione del dato sanitario e ciò per un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, anche laddove si volesse considerare il dato sanitario esclusivamente nella sua dimensione materiale, le prerogative proprietarie tradizionalmente ricondotte ai poteri di godimento e di disposizione del bene oggetto della situazione reale⁴¹, mal si conciliano con il trattamento dei dati. Intanto, si può discorrere di godimento del dato sanitario – ricostruito come il potere sui frutti della cosa – da parte del «titolare» del campione (*rectius* titolare del resto del corpo da cui il campione si distacca) in quanto vi sia necessariamente una attività di elaborazione del campione (verosimilmente da parte di un sanitario, un ricercatore, un analista, una banca dati capaci di trarne una qualche utilità); siffatta considerazione non è priva di rilievo giacché l'elaborazione del dato incorporato su un supporto materiale mediante la partecipazione dei terzi priva il titolare del campione dell'esclusività del godimento.

Analogamente, subisce una significativa compressione il potere di disposizione del tessuto staccato dall'interezza del corpo: potere che, differentemente dalla sua tradizionale dimensione dinamica, verrebbe fortemente limitato dal più generale divieto di porre in essere atti di disposizione del corpo a titolo oneroso⁴².

Lo svuotamento del paradigma dominicale del suo naturale contenuto normativo, unitamente alla circostanza che nell'ambito della categoria dei dati sanitari sono ricompresi dati *ab initio* di natura essenzialmente informazionale-conoscitiva (come quelli riferiti alla salute) inducono a spostare l'attenzione sulla prospettiva che esalta il profilo informazionale del dato, collocando il rapporto tra il «titolare» e il dato all'interno di un modello di stampo personalistico incentrato sul consenso⁴³; è dunque il «titolare» che deve esprimere il consenso all'utilizzo dell'informazione in vista della raccolta e dell'elaborazione.

Sebbene la nozione di consenso – e specialmente quella di consenso informato – possa involgere prospettive diverse⁴⁴, il tratto comune a tutte sembra essere quello per cui ogni uomo deve poter disporre liberamente di ciò che gli «appartiene»⁴⁵.

ss. Altri hanno attribuito al distacco un titolo di acquisto originario del diritto di proprietà (A. DE CUPIS, *Sull'equiparazione delle parti staccate del corpo umano ai frutti naturali*, in *Rivista trimestrale di diritto privato*, 1986, 137), altri ancora hanno avanzato una analogia con le opere di ingegno ai sensi dell'art. 2576 c.c. (G. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 25).

⁴¹ *Ex multis*: F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1976; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1994; U. MATTEI, *La proprietà, Diritti reali*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2001.

⁴² Sul concetto di atto dispositivo: L. MENGONI e F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1961, 189 ss., e sulla sua inapplicabilità al sé: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 51; R. ROMBOLI, *Sub. Art. 5, Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 1988, 228; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione del corpo e teoria contrattuale*, in *Rassegna di Diritto civile*, 1990, 241.

⁴³ I. RAPISARDA, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2017, 639, e, specialmente, sul consenso dell'avente diritto, che ormai trova agile collocazione anche nelle maglie del diritto civile. A tale contributo si rinvia per i riferimenti bibliografici sul tema.

⁴⁴ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Tratt. Biodiritto*, Milano, 2011, 194.

⁴⁵ V. CALDERAI, *Consenso informato* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, 225 ss. anche per i riferimenti alla vasta letteratura in tema di consenso.

Di là dal confronto – che sembra obbligato – con i temi della bioetica e della medicina in generale⁴⁶, la definizione di consenso che meglio si attaglia al settore che ci occupa può evincersi agevolmente dalla lettura del par. 4, n. 11) GDPR, a tenore del quale per consenso dell'interessato deve intendersi qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento⁴⁷.

Ora, benché la ricostruzione di un modello statutario che abbia al centro del sistema il consenso, così definito, possa sembrare, *prima facie*, maggiormente persuasiva, la stessa però non risolve la questione se il dato possa circolare liberamente con il semplice consenso manifestato dal titolare. Osta in tal senso l'ovvia considerazione che l'informazione sanitaria è sempre riferibile ad un soggetto, perché da esso direttamente derivante e quindi il titolare non si spoglia in assoluto del potere di controllo nella circolazione⁴⁸.

Senza voler indugiare oltre, la questione della natura (materiale o informazionale) del singolo dato sanitario e dello statuto giuridico di riferimento, sebbene sia ancora aperta, rimane sullo sfondo dell'indagine, ancor più complessa, riguardante la qualificazione dei dati sanitari "collettivi".

Nell'ambito della digitalizzazione della sanità, l'informazione derivante dai dati sanitari si apprezza – diventando «valore» – soltanto se inserita in quel «grande set» di informazioni raccolte su larga scala che consentono di effettuare analisi predittive a livello collettivo. Pertanto, l'attenzione sulla qualificazione del singolo dato e della relativa appartenenza, si sposta sui c.d. *healthcare datasets*.

5. Un tentativo di oggettivazione giuridica dei *Big data* sanitari: beni immateriali, beni comuni, risorse strategiche

Nel settore sanitario, lo sforzo di qualificazione dei *Big data* risponde alla precisa esigenza di individuare le regole da applicare alla circolazione degli stessi. La questione è delicata giacché si tratta di conciliare il diritto all'autodeterminazione informativa degli interessati con l'interesse alla circolazione dei dati per scopi di medicina predittiva e ricerca scientifica. La difficoltà è aggravata dal fatto che

⁴⁶ Ove il tema della legittimità del trattamento sanitario si ripropone ogni qual volta il consenso al trattamento sia dato (o rifiutato) in situazioni limite: L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 719 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato: questioni di principio e regole specifiche*, in ID., (a cura di), *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996, 3 ss. V. DONATO, *Note in tema di consenso informato all'atto medico. La sfida del diritto tra innovazione scientifica e nuova domanda etica*, in *Contributi di diritto civile*, Torino, 2004, 1 ss; D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw Journal – Riv. BioDiritto*, 1, 2018, 31.

⁴⁷ In materia di protezione dei dati personali, invero, il consenso costituisce uno degli snodi cruciali alla stregua di strumento tecnico di equilibrio nel conflitto tra esigenza di riservatezza e libertà informativa v. S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura di) *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, in P. CENDON (a cura di) *Trattati*, Milano, 2006, 993 ss. Per contributi più recenti: A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017 e A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, in *Il Foro Napoletano*, 2019.

⁴⁸ Pur se apprezzabile esclusivamente nella dimensione informazionale, il dato è inscindibilmente legato alla sfera personale, sì che non potrebbe immaginarsi una separazione tra dati e persona, nemmeno sul piano logico. Sul tema M. MACIOTTI, *op. cit.*, 85 e P. ZATTI, *Principi e forme del governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Il governo del corpo*, 99.

tali dati, attesa la loro capacità di identificare anche successivamente il soggetto «titolare», rimangono «legati», nella dimensione informazionale, alla persona da cui si «distaccano». Proprio per tale ragione, il primo problema da affrontare attiene alla possibilità di qualificare i c.d. *Big data* sanitari, tutt'altro che anonimi⁴⁹, alla stregua di beni giuridici.

Orbene, nonostante l'evolversi del concetto di bene giuridico⁵⁰, non sembra che le tradizionali categorie civilistiche possano contenere il fenomeno. Già il tentativo di ricondurre, *sic et simpliciter*, i *Big data* alla categoria dei beni immateriali⁵¹ – e per tale via di accoglierli nella tassonomia dei beni giuridici – non è apparso privo di insidie, stante le difficoltà derivanti non soltanto dalla tradizionale individuazione di cosa è «bene» e cosa è «cosa»⁵², ma altresì dalla difficoltà di poter discorrere di un di-

⁴⁹ La totale anonimizzazione è infatti impossibile: V. CALDERAI, *A pound of man's flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, cit., 67 e, nelle note anche J.E. LUNSHOF et al., *From Genetic Privacy to Open Consent*, in *Nat. Rev. Genet.*, 2008, 406 ss.

⁵⁰ Ed invero, alla tradizionale nozione di bene come cosa che sia fonte di utilità e oggetto di appropriazione (S. PUGLIATTI, *Beni, Teoria generale*, cit., 164) si è via via affiancata la teoria secondo cui il bene «non preesiste alla qualificazione giuridica, limitandosi il diritto a comporre gli interessi (della più varia natura) che si indirizzano al medesimo bene» così N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 122. Sicché il bene può manifestarsi come entità relazionale, in quanto rapportata a situazioni giuridiche: P. GROSSI, *I beni: itinerari tra moderno e post-moderno*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, 1060.

⁵¹ Problemi qualificatori si erano posti già con riferimento ai c.d. nuovi beni immateriali – l'informazione, la personalità, l'etere - i quali benché sprovvisti dell'elemento della corporeità, sono comunque idonei a costituire nuove utilità economiche. Per un approfondimento si rinvia a B. INZITARI, *Le new properties nella società post-industriale*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI E G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991. Nella vasta letteratura sul tema dei beni immateriali v. per tutti T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960. Più di recente A. GAMBARO, *Dai beni immobili ai beni virtuali*, in *Enciclopedia Treccani*, XXI, 2009. Storicamente, il problema del riconoscimento dei beni immateriali trova origine da una differenza ontologica tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law*, le quali non condividono lo stesso concetto di bene: sul punto A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, propriété, Eigentum*, Padova, 1992 per un approfondimento in termini comparatistici. Tradizionalmente connessa ai soli beni corporali, atteso il legame tradizionale con la terra, fin dalla tassonomia elaborata da Gaio (v. G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 1982, 1137-98), la disciplina del diritto di proprietà era riferita, infatti, ai soli beni corporali sia nel BGB che nel Codice napoleonico. Certamente l'evoluzione sociale e giuridica, merito della rivoluzione industriale e dell'analisi sui beni prodotti, ha confermato il portato della distinzione solo empirica tra *res corporales* e *res incorporales*, fino a giungere a ritenere beni in senso giuridico "cose" intangibili come l'informazione: cfr. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, cit., 327. Sulla categoria D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, V, 1-16; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in G. Resta (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., Torino, 2011.

⁵² L'articolata discussione giuridica sul punto è giunta ad attribuire al concetto di bene una portata più ampia rispetto al concetto di cosa (S. PUGLIATTI, *Beni*, cit., 173) in quanto, si è ritenuto che le cose costituiscono solo una parte delle entità qualificabili come beni, posto che esse rappresentano solo uno dei presupposti sui quali opera la qualificazione giuridica (O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, 34-35). Sul punto, pertanto si registrano due diverse teorie: la teoria delle cose tesa a selezionare le condizioni affinché la cosa assurga a diventare bene e la teoria dei beni, la quale individua le utilità rilevanti giuridicamente al fine di disciplinarne l'appropriazione da parte di privati: M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 634.

ritto di esclusiva⁵³ sui dati raccolti su larga scala, nonché di individuarne il relativo titolare (o, in alternativa, i relativi titolari a seconda che si considerino titolari i soli interessati, i titolari del trattamento oppure ancora i titolari degli algoritmi funzionali all'elaborazione delle informazioni)⁵⁴.

L'esigenza di rendere i tradizionali concetti e le categorie giuridiche più aderenti «ai valori giuridici del tempo presente», al fine di concedere «equilibrata collocazione» ai «molteplici interessi dell'uomo»⁵⁵, spinge la riflessione verso nuovi approdi, ispirati al valore connesso all'utilizzo di siffatte entità.

Nell'ambito dell'attuale processo di dematerializzazione dei beni⁵⁶, la disposizione di cui all'art. 810⁵⁷, nel riferimento alle cose⁵⁸, evoca l'idea statica di bene nel suo valore d'uso; invece, una visione dinamica del bene, in prospettiva evolutiva e di valorizzazione del reale, ne sposta l'attenzione verso il

⁵³ Sebbene tale concetto sia tipicamente connesso alla materialità del bene, esso non sembrerebbe preclusivo nei confronti dei beni immateriali, caratterizzati dalla logica della riproducibilità, quale indice di un'attività diretta di fruizione ed accesso al bene: F. ALCARO, *Riflessioni vecchie e nuove in tema di beni immateriali. Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2006, 900. Certamente il concetto di esclusiva presuppone che essa possa esercitarsi senza interferenza di terzi, in ordine alle determinazioni delle forme e delle modalità di utilizzazione dell'opera – pertanto si pone il problema della compatibilità con le opere di ingegno – e tuttavia il problema sembra ancorato al modo di apprezzare in quale contesto e con quale modalità si manifesta il concetto di esclusiva e il relativo esercizio. In quest'ordine di idee, l'A. propone una argomentazione che muove dall'inconferenza della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* posto che se il contenuto della creazione è bene immateriale, una idea estrinsecata è presente in ogni realizzazione concreta, perché l'esito di un procedimento produttivo: sicché nei beni immateriali la *res* materiale ha solo valore strumentale e di estrinsecazione dell'idea e la relativa riproducibilità in serie è solo un dato eventuale che ne rende possibile la diffusione e l'utilizzazione economica (*ivi*, 911). Pertanto, il bene immateriale è considerato valore in sé a prescindere dalla prospettiva della sua riproducibilità e la questione dell'esclusiva si risolve nei seguenti termini: nei beni materiali essa è violata quando il bene venga sottratto al suo titolare, mentre nei beni immateriali la violazione si verifica quando la riproduzione o l'accesso sono compiuti o attivati senza il consenso dell'autore, stante la lesione del diritto all'utilizzazione economica.

⁵⁴ La questione se i dati appartengano a qualcuno e, se del caso, a chi è tipico del giurista formatosi nella tradizione romanistica perché dalla qualificazione della forma di appartenenza di un bene dipende la utilità – giuridicamente tutelata – che se ne può trarre: V. ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, *cit.*, in *Rivista di diritto dei Media*, 2, 2018, 33.

⁵⁵ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1990, 772-773.

⁵⁶ Suggesto dalle implicazioni che, in generale, i nuovi beni immateriali hanno sortito nel quadro di un contesto e di «un'evoluzione rivolti verso la valorizzazione dell'immateriale e del virtuale» e che pone in risalto «un indice di attività, come elemento di conformazione e modalità di fruizione»: F. ALCARO, *op. cit.*, 900-902.

⁵⁷ Alla nozione essenzialmente giuridica di bene (S. PUGLIATTI, *Cosa*, *cit.*, 20 e V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez., civ., IV, Torino, 1989, 443) si contrappone una nozione pre-giuridica di cosa, risultato della qualificazione di determinate entità che assumono rilevanza per il diritto. V'è da dire che, nel processo di qualificazione dei beni in senso giuridico si contrappongono due argomentazioni: l'una che ritiene che il passaggio da interesse di fatto a interesse giuridicamente tutelato sia affidata alle dinamiche del reale con conseguente ampliamento della nozione di bene giuridico e di nuove forme di appartenenza (S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 147); l'altra che poggia sulla rilevanza della qualificazione normativa al fine di rendere in senso giuridico un bene inteso in senso economico (S. PUGLIATTI, *Beni*, *cit.*, 170; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, *cit.*, 572) e dalla quale si ricava il principio di chiusura dei beni giuridici.

⁵⁸ A. JANNARELLI, *Beni, interessi, lavori. Profili generali*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato Europeo*, Padova, 2003, 312.

valore di scambio⁵⁹, certamente più in linea con le potenzialità dei *Big data*, il cui utilizzo conferisce al titolare del trattamento una utilità – derivante dall’informazione elaborata tramite algoritmi – dotata di un notevole valore, anche di mercato.

È evidente che anche nel contesto sanitario, l’utilità e il valore derivanti dalla raccolta e dall’elaborazione delle informazioni sanitarie sono innegabili, attesi la capacità predittiva dei dati e il loro «riutilizzo» per fini di interesse generale.

Ora, l’attività di elaborazione dei dati – dalla raccolta fino ai risultati del trattamento – si traduce in una modalità di fruizione di tali «beni», la quale, da un lato, prescinde dal godimento materiale ed esclusivo degli stessi e, dall’altro, «consente» un accesso – per così dire – collettivo alle informazioni e ai risultati conseguiti dall’elaborazione.

Le modalità di fruizione di tali informazioni (e quindi del perseguimento delle utilità) sono condizionate dalla manifestazione del consenso all’utilizzo delle informazioni da parte dell’interessato: sì che taluno ha ritenuto, condivisibilmente, che tali «beni»⁶⁰ assumano valore proprio grazie al consenso⁶¹, il quale, destinando le informazioni agli scopi pubblici della raccolta, si inserisce nel procedimento di istituzione⁶² di tali entità, condizionandone lo statuto normativo.

In questa prospettiva, il consenso sarebbe capace di attribuire alle informazioni sanitarie raccolte su larga scala il rango di beni giuridici⁶³, indipendentemente dalla relativa titolarità – tra l’altro di difficile individuazione nel caso di «grandi set di dati» – ed in ragione degli interessi generali che la raccolta persegue, finalizzata allo sviluppo e alla condivisione della conoscenza.

⁵⁹ Si consideri la rilevanza della categoria, non solo tipologica ed economica, ma anche giuridica, ad esempio, dei valori mobiliari finanziari: cfr. F. ALCARO, *op.cit.*, 901.

⁶⁰ Con riferimento alla attribuzione della qualifica di “bene” ai materiali biologici umani dai quali derivano informazioni sanitarie v. V. CALDERAI, *A pound of man’s flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, cit., 77, ove, l’accezione piuttosto lata di bene come «un medio logico tra fattispecie ed effetto: una qualificazione giuridica, *rectius* un nesso di qualificazioni inerenti a un istituto o a una disciplina di settore, funzionale alla individuazione e attribuzione di facoltà, responsabilità, tutele che hanno come punto di riferimento l’idoneità di una cosa (materiale o immateriale) a soddisfare un bisogno umano (non necessariamente economico o attuale)», consente di ritenere che la ciocca di capelli *derelicta*, il cordone depositato per molteplici scopi, il tessuto destinato alla ricerca (e, naturalmente, l’informazione che a questi si riferisce) sono “beni” ai quali si applicano statuti giuridici diversi.

⁶¹ In linea di continuità con la qualificazione di bene di cui alla nota precedente, «la materiale alterità conseguente alla separazione non basta a comprendere il tessuto biologico nel concetto di bene come “termine oggettivo di diritti reali o di una qualunque forma possessoria”, ma è necessario ancora ravvisare un minimo di predicati o qualificazioni giuridiche ascritti al diritto di proprietà sulla scorta di precisi indici normativi»: *ivi*, 78.

⁶² In un procedimento che, nell’ambito della ricerca scientifica, mira ad istituire beni, destinando i tessuti alla ricerca: cfr. *Ibid*, anche per i riferimenti sul significato procedurale del consenso ove si cita G. RESTA, *Doni*, cit., 523 per il quale «Il consenso, da atto a struttura lineare e a rilievo tipicamente privatistico, si trasforma in elemento di una fattispecie procedimentale incentrata sull’interazione tra tecniche di natura privatistica e pubblicistica, la quale non si apre né si esaurisce con la semplice manifestazione di volontà autorizzativa». Sulle funzioni del consenso *infra*.

⁶³ In sintonia con la tesi del consenso come strumento performativo negoziale che istituisce i tessuti biologici come beni giuridici, confermata da una riformulazione della categoria delle parti staccate dal corpo, che, nella dicotomia tra *res extra commercium* e *res nullius*, giunge a considerare i campioni biologici destinati alla ricerca delle *res nullius in bonis*, perché costituiti in una dimensione pubblica: V. CALDERAI, *A pound of man’s flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, cit.

Pertanto, gli interessi di carattere superindividuale della raccolta su larga scala, unitamente all'attitudine del consenso ad attribuire valore all'informazione, conducono ad abbandonare, per tali beni, il concetto di appropriazione e di logica possessoria e proprietaria per favorire un modello basato sull'accesso⁶⁴, conferendo, quindi, al relativo trattamento un'accezione necessariamente pubblica. In tale ordine di idee, taluni hanno avanzato la possibilità di evocare per i dati in questione, la disciplina dei beni comuni⁶⁵. Com'è noto, la riconduzione nell'alveo di tale *tertium genus* della categoria⁶⁶ non si fonda sulla titolarità del bene né sull'appartenenza⁶⁷, bensì sulla destinazione (*rectius* la promozione della conoscenza scientifica nel rispetto dei diritti fondamentali) e sulla fruizione collettiva (tutti devono poter accedere ai dati e in relazione ai quali nessuno può vantare pretese esclusive)⁶⁸.

⁶⁴ I. GARACI, *Lo statuto giuridico dei nuovi beni immateriali: fra proprietà privata e beni comuni*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2015, 435. A ben vedere, il superamento del dogma della centralità del modello dell'appropriazione e dello sfruttamento individuale ed escludente dei beni prende le mosse dagli statuti proprietari di Pugliatti per essere confermato dall'evoluzione costituzionale, il quale favorisce un modello basato sull'accesso, a prescindere da un titolo di proprietà.

⁶⁵ In questo senso, le collezioni di dati e campioni biologici sarebbero ascritte al *genus* dei beni pubblici in senso oggettivo, diretti alla «miglior utilizzazione sociale e economica possibile»: S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 311 ss., 325. Con precipuo riferimento ai dati genetici: L. MARILOTTI, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 184, sul presupposto che, intanto la dottrina ha esteso il concetto di beni comuni anche alle informazioni ed ai *knowledge-based goods* (A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e Diritto privato*, 2, 2012, 622) e che in tal modo, da un lato, si supererebbe il problema della titolarità, poiché, trascendendo la dimensione dell'appartenenza e ragionando nell'ottica di una condivisione di tali risorse per il bene dell'umanità, diventa irrilevante stabilire chi sia il soggetto o il gruppo sociale che possa vantare la titolarità su di essi (V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, II, 1151) e, dall'altro, si scongiurerebbe il pericolo che un cattivo utilizzo dei dati genetici, cagionato dal dispotismo del titolare, possa comportare una tragedia degli anti-comuni.

⁶⁶ Le cui origini risalgono, ancor prima di una compiuta categorizzazione, ad una concezione del reale – tipico delle realtà ecologiche – ove il bene «comune, a differenza tanto della proprietà privata tanto di quella pubblica (appartenente allo Stato: proprietà demaniale), non può concepirsi come un mero oggetto, una porzione tangibile del mondo esterno». Esso, quindi, «non può essere colto con la logica meccanicistica e riduzionistica tipica dell'Illuminismo, che separa nettamente il soggetto dall'oggetto». U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, VI, 52.

⁶⁷ L'elaborazione della categoria giuridica si fa comunemente risalire alle argomentazioni del Pugliatti in ordine alla diversità di statuti proprietari, i quali consentono di considerare l'esistenza di categorie di beni che hanno una importanza sociale e rispetto alla cui fruizione non vi è da garantire solo l'interesse del proprietario ma anche quello di soggetti altri o della collettività (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 298). Tali riflessioni sono confluite nell'elaborazione di una teoria dei beni comuni finalizzata all'attuazione della personalità umana (G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 1080 e P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*) e ripresi (S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista Trimestrale diritto e Procedura civile.*, 1960, 1252 ss.; ID., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini*, II, 1976, 881 ss.; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1976; P. RESCIGNO, *Lezioni su proprietà e famiglia*, Bologna, 1971; U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1976) per sottrarre una serie di beni funzionali al soddisfacimento di interessi della persona alla logica mercantile dell'appropriazione esclusiva per garantirne la fruizione collettiva ispirata ad una concezione solidaristica.

⁶⁸ Se la giurisprudenza concepisce i beni comuni come beni in senso giuridico, aventi caratteristiche tali da renderli strumentali all'esercizio di diritti fondamentali, a prescindere dalla titolarità (Cass., SU, 3665/2011), da

Sul punto occorre, seppur brevemente, soffermarsi. La non escludibilità nella fruizione e la non rivalità nel consumo caratterizzano generalmente (anche) la categoria dei beni pubblici, distinguendoli dai beni privati. E tuttavia, i beni comuni si distinguono dai tradizionali beni pubblici per l'essere considerati "risorse" condivise, non esclusive ma potenzialmente rivali nel senso che, potendo essere fruite collettivamente, sopportano un rischio di deterioramento⁶⁹.

Nondimeno, i beni comuni vanno tenuti distinti, altresì, dai c.d. beni sociali⁷⁰ – con i quali solo condividono l'attribuzione di un vincolo di destinazione qualificato – previsti per soddisfare esigenze della persona particolarmente rilevanti nella società dei servizi e corrispondenti specialmente ai diritti civili e sociali⁷¹.

Premesse tali doverose distinzioni, il tentativo di qualificare alla stregua dei *tipici* beni comuni tutti i dati sanitari della categoria, in qualunque modo raccolti, sarebbe idoneo a giustificare l'applicazione dell'analogo statuto normativo previsto e del medesimo trattamento riservato alle informazioni raccolte sia in forma individuale che in forma collettiva, ai sensi l'art. 9 GDPR.

E tuttavia, siffatta argomentazione, motivata dalla sola destinazione pubblica delle informazioni, non appare del tutto convincente né sul versante finalistico né su quello operativo (caratterizzato appunto dall'accesso e dalla fruizione collettiva). Invero, durante la raccolta e l'elaborazione dei dati non è sempre possibile individuare *ex ante* la destinazione delle informazioni, le quali invece si prestano ad essere riutilizzate per perseguire molteplici impieghi, attinenti alla ricerca scientifica, alla protezione della salute, al monitoraggio delle patologie, alla conoscenza di un servizio assistenziale.

In secondo luogo, la stessa fruizione collettiva non è ipotizzabile giacché, intanto, l'accesso è riservato ai soli utilizzatori delle informazioni raccolte (titolari del trattamento, degli algoritmi e/o delle banche dati) ma, pur volendo riconoscere un accesso indiscriminato da parte di chiunque, esso finirebbe per frustrare le esigenze di tutela della privacy, posto che i dati accessibili sono sempre reindirizzabili ad utenti-pazienti determinati.

tempo la dottrina ne auspica un intervento legislativo (cfr. Commissione Rodotà per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, Relazione e Proposta di articolato, 14 giugno 2007, disponibile sul sito www.giustizia.it), capace di mettere in luce il criterio interpretativo di portata generale, per indicare la finalizzazione di taluni beni di proprietà privata o di demanio a interessi della collettività. Questi beni, indipendentemente dalla titolarità, irrilevante in quest'ottica, devono essere tenuti fuori dalle logiche di mercato: al fine di tutelare gli interessi collettivi, il loro uso prevale sullo scambio. Cfr. G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, *passim*; L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 69-87; P. BARCELLONA, *Diritto Privato e società moderna*, Napoli, 1996, 259; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2011, 103; A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e Diritto privato*, 2, 2012, 617.

⁶⁹ S. ZAMAGNI, *L'economia del bene comune*, Roma, 2007.

⁷⁰ Cfr. Commissione Rodotà per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, cit., a proposito della distinzione dei beni pubblici in tre categorie diverse a seconda delle esigenze sostanziali che le loro utilità sono idonee a soddisfare: così si distinguono i beni pubblici ad appartenenza necessaria, i beni sociali e i beni fruttiferi.

⁷¹ Segnatamente tra i beni sociali possono annoverarsi, fra l'altro, le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli ospedali, gli edifici pubblici adibiti a istituti di istruzione, il cui vincolo di destinazione può cessare solo se venga assicurato il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati.

Del resto, il trattamento delle informazioni sanitarie su larga scala, che certamente persegue finalità di interesse generale, pretende sempre il rispetto del diritto all'autodeterminazione informativa dei singoli utenti, sia nelle modalità di raccolta che in relazione alle finalità perseguite – ancorché di natura pubblica; il rilievo dell'autodeterminazione informativa dei singoli, quindi, finisce per condizionare il processo di oggettivazione giuridica dei *Big data* sanitari, non coincidenti, evidentemente, con i *tipici* beni comuni.

In definitiva, la matrice pubblico–privata della raccolta sembra suggerire il superamento della tradizionale nozione di bene giuridico per accogliere un nuovo concetto di «bene» comprensivo di un raggio di interessi più ampio, che trovi fondamento nel valore intrinseco della persona e che invochi, per i dati raccolti su larga scala, un diverso statuto giuridico, più in linea con gli obiettivi del trattamento delle informazioni sanitarie.

6. I dati sanitari raccolti su larga scala e la presunzione di compatibilità delle finalità pubbliche con i diritti degli interessati. La svalutazione del ruolo del consenso nel trattamento dei dati genetici e nella portabilità dell'informazione biologica

La difficoltà di qualificare i *Big data* sanitari alla stregua di beni⁷² materiali o immateriali, informativi o comuni, non deve far desistere dalla ricerca di una soluzione capace di contemperare i contrapposti interessi.

La natura pubblica delle finalità perseguite dal trattamento traduce l'utilità della raccolta dei dati, i quali forniscono ausilio e supporto nella gestione di istituti sanitari e nel monitoraggio di fenomeni legati alla salvaguardia della salute. Ciò conferisce alle informazioni sanitarie raccolte su larga scala il rango di «risorse» capaci di soddisfare interessi superindividuali, espressi dagli obiettivi della medicina preventiva e della ricerca scientifica.

⁷² Nella distinzione concettuale delle due teorie dei beni e delle cose di cui si è detto sopra, la teoria dei beni si è formata e sviluppata come teoria delle cose in senso giuridico: P. D'ADDINO SERRAVALLE, *op. cit.*, 38. Considerato il bene come il risultato di una qualificazione formale operata dal diritto – in forza della quale l'entità materiale, in ragione delle sue qualità è trasformata in oggetto di una tutela giuridica – ai fini della sua rilevanza è necessario che la cosa presenti determinate caratteristiche prossime alla exteriorità dell'uomo e alla valutabilità economica. Il secondo di tali aspetti è stato tradotto in plurimi significati che spaziano dal concetto di utilità a quello di accessibilità, rarità, assoggettabilità a rapporti giuridici, i quali mal di attagliano alla "natura" dei *Big data*. Per l'individuazione delle caratteristiche del bene giuridico v. L. BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Milano, 1943, 116. V'è da rilevare che anche la prospettiva di chi ha attribuito alla nozione di cosa la capacità di entrare in relazione economica con l'uomo, stante la signoria su di essa esercitabile (F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario codice civile Scialoja e Branca, sub art. 810*, Bologna- Roma, 1960) non sembra conciliabile con le caratteristiche dei *Big data*. Analogamente può dirsi in ordine alla riflessione di chi ha fatto coincidere il concetto di cosa in senso giuridico con le utilità che da essa promanano: S. PUGLIATTI, *I beni*, cit., 173. Per ragioni di completezza sui beni in senso giuridico, occorre citare l'argomentazione di chi ritiene che le caratteristiche delle entità materiali non possano incidere sulla qualificazione: O.T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 39 ove si assume che la nozione di bene – e nella specie di bene mobile o immobile – «non può essere assunta in senso naturalistico, ma in senso giuridico, nel senso che tali entità rileveranno per il diritto solo grazie al collegamento ad esse di un interesse umano giuridicamente tutelato».

L'utilizzo e la gestione di siffatte risorse, da parte dei titolari del trattamento, non può tuttavia prescindere dalla partecipazione attiva, in ogni fase del trattamento⁷³, dei singoli utenti-pazienti, espressione, questa, del diritto all'autodeterminazione informativa.

La corretta considerazione che reclamano entrambe le posizioni – quella di chi utilizza i dati e quella di chi li cede – indirizza, più propriamente, la qualificazione dei *Big data* sanitari alla stregua di utilità e risorse a gestione partecipata⁷⁴. Conseguentemente, emerge la necessità di individuare un nuovo statuto normativo più in linea con tale accezione, in quanto tale nuova qualificazione mette in crisi l'attuale assetto normativo, certamente compatibile con la raccolta dei dati individuali ma non già con quella dei dati collettivi.

Ed invero, l'attuale disciplina mal si attaglia alla raccolta dei dati su larga scala: tanto è particolarmente evidente nell'analisi della disciplina del consenso, che perde il ruolo di strumento di partecipazione dell'interessato a condizionare il trattamento. Ciò in quanto i dati sanitari, in ragione della dimensione qualitativa e quantitativa della raccolta, non soltanto si presentano solo apparentemente anonimi, giacché mantengono la capacità di identificare il soggetto «titolare» dell'informazione, ma, qualora siano utilizzati al fine di «mappare» ambienti, prestazioni e qualità nell'ambito sanitario, non consentono a chi ne fa uso, neppure di prevederne *ex ante* il *quomodo* di utilizzo in futuro⁷⁵, vanificando così il consenso originariamente prestato.

Il quadro normativo corrente non è neppure in grado di conciliare adeguatamente le finalità pubbliche perseguite dal trattamento dei *big healthcare data* con i diritti degli interessati.

Com'è noto, il Regolamento consente di trattare tale particolare categoria di dati «sensibili» di matrice sanitaria, in deroga al relativo divieto, in presenza, tra le altre, di quelle finalità di natura pubblica elencate all'art. 9, par. 2, lett. h), i) e j) GDPR, intese come base giustificativa del trattamento, in alternativa al consenso espresso da parte dell'utente; il che val quanto dire che, nella logica regolamentare, siffatte finalità di interesse generale rendono sempre e comunque lecito, perché dotato di un fondamento giustificativo, il trattamento dei dati sanitari.

In linea di continuità, l'art. 110 del riformato Codice della privacy esclude che il consenso dell'interessato sia necessario per il trattamento dei dati relativi alla salute per finalità di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico, nella misura in cui [informare gli interessa-

⁷³ Tramite il conferimento del consenso, inteso come meccanismo di partecipazione. Cfr. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 1029, in sintonia con la tesi della natura autorizzatoria che fa del consenso «un atto a struttura unilaterale di natura non negoziale in quanto teso a consentire all'interessato l'edificazione della propria sfera personale di intimità».

⁷⁴ Già altrove, in merito all'individuazione della forma di appartenenza più adeguata dei campioni biologici, si era avanzata l'idea di respingere una attribuzione esclusiva della relativa proprietà alle biobanche di ricerca, che escludeva una partecipazione attiva e consapevole dei donatori, per addivenire ad una gestione partecipata dei campioni, tradottasi in un modello più efficiente di *governance* delle biobanche: I. RAPISARDA, *op. cit.*, 658.

⁷⁵ Ed invero, sempre con riferimento alla raccolta di informazioni genetiche, è stato messo in evidenza come la relativa attività di ricerca è spesso tempisticamente piuttosto lunga, tale da rendere le relative indagini imprevedibili e le finalità mutevoli: ciò in quanto la cessione del campione implica che lo stesso venga utilizzato in differenti protocolli di ricerca non individuabili *ex ante*, in ragione dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche. Per un approfondimento v. I. RAPISARDA, *op. cit.*, 651.

ti] rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca⁷⁶.

Il tenore della disposizione consegna una netta pre-valenza delle menzionate finalità rispetto alla necessità di informare gli interessati e di raccogliere il relativo consenso alla cessione dei propri dati; il che, evidentemente, rappresenta un ostacolo alla protezione delle situazioni giuridiche sottese e specialmente dell'autodeterminazione informativa dei singoli.

Neppure la disposizione immediatamente successiva offre una sicura tutela agli interessati, nonostante condizioni la pre-valenza delle finalità di ricerca all'adozione di misure appropriate, in conformità all'art. 89 del Regolamento, ivi comprese forme di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati (art. 110 bis Codice privacy).

Delle perplessità legate all'evenienza di predicare tecniche di anonimizzazione dei dati sanitari si è già detto, a ciò si aggiunga, ora, che l'art. 89 GDPR ammette espressamente una deroga ai diritti degli interessati, dinanzi al trattamento effettuato per finalità di ricerca scientifica e di archiviazione per pubblico interesse; ciò in virtù di una asserita presunzione di compatibilità del trattamento con il sistema di protezione degli utenti predisposto dal Regolamento.

È agevole osservare, però, che la pre-valenza delle finalità di ricerca e la correlata presunzione di compatibilità del trattamento ai diritti degli interessati allontanano l'attuale sistema normativo dall'essere davvero garante dei diritti dei singoli utenti-pazienti.

Del resto, già altrove, ci si è avveduti di come il perseguimento di uno scopo – per così dire – pubblico non è sicuramente e sempre conciliabile con la salvaguardia delle situazioni giuridiche sottese, le quali possono subire invece considerevoli limitazioni dalla raccolta e dal relativo trattamento. Ed invero, a seguito del mutamento della qualità del titolare del trattamento, taluni dati sanitari possono essere trasmessi per ragioni di interesse generale, a prescindere dal consenso, con notevoli ripercussioni sulla privacy. Per rendersi conto del problema è sufficiente richiamare una vicenda relativa allo scambio di campioni biologici – nella specie di cellule staminali – tra due biobanche di conservazione a seguito del fallimento di una crio-banca di raccolta⁷⁷, avvenuto senza consenso alcuno. In siffatta circostanza gli interessati, non potendo ottenere né la restituzione del campione biologico né la cancellazione del dato, subivano una evidente violazione dell'autodeterminazione informativa.

Ora, se è vero che l'informazione biologica, ai sensi dell'art. 20 e del cons. 68 GDPR, è suscettibile di essere oggetto del diritto alla portabilità⁷⁸, occorre osservare che, nel caso di specie, il trasferimento

⁷⁶ Per un approfondimento sul trattamento dei dati personali nell'ambito della ricerca scientifica v. M.L. MANIS, *The processing of personal data in the context of scientific research. The new regime under the EU-GDPR*, in *BioLaw Journal*, Rivista di BioDiritto, 3, 2017, 325. L'A. mette in risalto il cuore del problema caratterizzato dal fatto che la funzione sociale delle finalità perseguite, confermate dal regime agevolativo previsto per il relativo trattamento dei dati, non fa adeguatamente i conti, in questo settore, con i diritti degli interessati. E ciò è confermato dalla circostanza per la quale il legislatore europeo, nel perseguire l'obiettivo di armonizzare i vari ordinamenti, ha preferito lasciare all'autonomia dei singoli Stati membri la valutazione circa il bilanciamento degli opposti interessi in gioco.

⁷⁷ Un approfondimento sul fallimento di *Cryo Save Italia* è rinvenibile sul sito <https://www.fortuneita.com/2021/04/14/cryo-save-che-fine-hanno-fatto-le-staminali-da-cordone/>.

⁷⁸ Intesa come strumento che favorisce la libera circolazione dei dati, incrementando l'economia digitale e la concorrenza tra società (B. SAETTA, *Portabilità dei dati*, in *protezionedatipersonali.it*, 2018), il diritto alla portabilità assume invero una duplice valenza: da un lato è inteso quale strumento di libera circolazione delle

dei campioni era avvenuto senza alcuna manifestazione del consenso, sacrificato rispetto alle finalità della ricerca scientifica e all'esigenza generale di conservazione dei dati.

In definitiva, appare evidente che la disciplina prevista per la raccolta dei dati individuali non è compatibile con la raccolta, l'elaborazione e gli utilizzi delle informazioni sanitarie collettive, giacché i diritti degli interessati restano privi di tutela in nome delle finalità pubbliche del trattamento.

7. Considerazioni conclusive. Il recupero del ruolo del consenso mediante la gestione partecipata delle informazioni sanitarie: nuova forma di appartenenza e strumento di controllo del trattamento

Dalle considerazioni anzi espresse se ne trae che la presunzione di compatibilità del trattamento per finalità di interesse generale ai diritti degli interessati è soltanto in astratto capace di garantire la liceità della circolazione dei dati, mentre in concreto il ruolo centrale tradizionalmente attribuito al consenso nell'ambito della raccolta delle informazioni sanitarie, appare privato di ogni funzione⁷⁹,

informazioni teso all'incremento della concorrenza tra società, dall'altro assume il ruolo di strumento di maggior controllo sui propri dati. Per questa seconda accezione v. L. BIANCHI, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione*, op. cit., 223 ss. ove si pone il raffronto anche con altri diritti, quale quello di accesso. In argomento anche B. SAETTA, op. cit., passim. Per rilievi di diritto comparato sul diritto alla portabilità M. GIORGIANNI, *Il «nuovo» diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato*, in *Contratto e impresa*, 4, 2019, 1387.

⁷⁹ La questione della natura del consenso si inserisce nella tradizionale dicotomia che si esprime nelle due correnti di pensiero avvicendatesi sul tema: l'una tesa a ravvisare nel consenso un atto di disposizione (G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, 124 ss.), l'altra volta a rinvenirvi, invece, un atto di autorizzazione (D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, 350 ss.). La prima, muovendo da un connotato patrimoniale attribuibile ai dati personali, concede al consenso la natura negoziale, sulla scorta dell'insegnamento per cui «disporre è un fenomeno tipico di autonomia privata, e quindi l'atto di disposizione è essenzialmente un negozio»: L. MENGONI – F. REALMONTE, *Disposizione (diritto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, 191. Non convincendo la tesi della patrimonialità dei dati personali, la cui disciplina è storicamente incentrata sulla persona, si è fatta strada l'opposta tesi della natura autorizzatoria – dopo la negazione dell'argomentazione intermedia che riconduce il consenso alla causa di giustificazione di cui all'art. 50 cod. pen., (A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, 2003) e che conseguentemente riduce il trattamento dei dati alla dimensione dell'illecito (S. MAZZAMUTO, op. cit., 1028) - sul presupposto dell'indisponibilità dei dati personali, come condizione di accesso alla sfera di intimità dell'interessato ed effetto del proprio potere autodeterminativo, fonte di regolamentazione della circolazione dei dati. Nel contesto dei dati sanitari, si registra l'opinione di chi ritiene che il ruolo del consenso, nel governo della ricerca sui materiali biologici di origine umana, non sarebbe quello di trasferire un diritto su un «bene» nel senso dell'art. 810 c.c., neppure a titolo di liberalità (qualificazione che presuppone un atto di disposizione patrimoniale), ma di imprimere una determinazione positiva a una materia già qualificata solo negativamente: V. CALDERAI, *A pound of man's flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, cit., 79. Si ragionando, alla funzione di autorizzare una condotta altrimenti illecita e illegittima, secondo lo schema generale del consenso, si aggiunge quella di destinare il tessuto alla ricerca, in seno a un procedimento che istituisce il bene. In linea di continuità R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle bio-banche*, in *Jus civile*, 2014, 65 ss., 77, ove si osserva che il consenso non è traslativo ma conferisce un semplice "diritto di utilizzo" e ciò non in ragione di un potere dominicale sul bene, bensì per la generale funzione autorizzatoria del consenso in biomedicina. Sul consenso in biomedicina come condizione di legittimità necessaria

nella misura in cui non riesce ad incidere nella circolazione dei dati tra le varie banche, né a limitare i possibili riutilizzi dell'informazione, né a scongiurare rischi di discriminazione⁸⁰.

La proposta ricostruttiva degli *healthcare data sets* come risorse a gestione partecipata vuole recuperare, invece, il ruolo attivo del consenso, mediante l'individuazione di un autonomo statuto normativo, capace di prevedere strumenti di effettiva protezione degli interessati.

Respinto il riferimento al concetto tipico di titolarità sui beni, stante lo svuotamento del paradigma proprietario sui dati sanitari sì raccolti, rimane da risolvere il problema dell'appartenenza di siffatti dati⁸¹.

Le considerazioni che precedono confermano come la dimensione quantitativa della raccolta non oblitera il fatto che il dato sanitario appartiene al paziente da cui proviene, giacché l'informazione, derivante dall'elaborazione del dato, può essere sempre a lui ricollegata. Ciò induce a configurare una nuova forma di appartenenza, connotata non dai tradizionali poteri di godimento e disposizione – in questo contesto non contemplabili – né dall'autorizzazione, *una tantum*, alla raccolta dei dati tramite il consenso; quanto, invece, da poteri “nuovi” e “diversi”, che investono il controllo sull'informazione “circolante” e la partecipazione all'elaborazione ed alla gestione del dato.

In altri termini, la gestione partecipata, trascendendo necessariamente la dimensione dell'esclusività, vira verso una condivisione delle informazioni che non è liberamente accessibile né appannaggio dei soli «gestori» della raccolta, bensì pretende di essere regolata e controllabile da parte dei singoli utenti, tramite la partecipazione e l'esercizio dell'autodeterminazione informativa.

In tale direzione, le prerogative concesse da una tale nuova forma di appartenenza e la gestione partecipata dei dati che ne consegue – entrambi pienamente coerenti con la funzione pubblicistica-solidaristica della raccolta – consentono oltremodo di valorizzare le utilità derivanti dall'utilizzo di siffatte risorse⁸², garantendo una gestione dei dati più in linea con i diritti degli interessati non già affidata all'instabilità del consenso, bensì ad un potere di controllo interno e ad una forma di governo esterno, entrambi tesi alla costante verifica di conformità dell'attività del titolare. Potere di controllo interno esercitabile anche dal singolo utente e che involga ogni singola fase dell'attività⁸³ del (e che

ma non sufficiente v. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2010, 1050.

⁸⁰ Sul punto si intende richiamare la constatazione di chi, a ragione, ritiene che l'impiego dei *Big Data* finisce per trasformare il consenso in un «non consenso»: G. DE MINICO, *op. cit.*, 92. Sul tema v. anche D. PORRINI, *Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i big data?*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 139 ss. Nella stessa ottica P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali*, cit., 482, si ritiene che il consenso non sia sufficiente, ma anzi fuorviante e inidoneo di fatto a garantire il rispetto della persona.

⁸¹ Sul presupposto che dalla qualificazione dell'appartenenza si perviene alle utilità che si possono trarre dal bene: V. ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, cit. 33. Sull'appartenenza cfr. P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2009, *passim*.

⁸² Al punto che taluni hanno proposto l'elaborazione di strumenti contrattuali e associativi, quali contratti di licenza, al fine di sfruttarne pienamente il potenziale economico: N. MUCIACCIA, *Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei big healthcare data*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2020, 345.

⁸³ Soluzioni individuare *by design* già dal Comitato Consultivo dell'Unione Europea in sede di approvazione delle *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*. Tali soluzioni confermano l'esigenza antropocentrica che l'uso dell'intelligenza artificiale dovrebbe realizzare, al

sia capace di condizionare – anche inibendo il) trattamento, tramite dispositivi mobili e di *contact tracing*. Forma di governo esterno praticabile sull'attività di istituti sanitari, di raccolta, di archiviazione ed elaborazione dei dati, idoneo a precludere il trattamento sia *ab origine* sia *in itinere*, qualora non possa più essere garantita la compatibilità tra la raccolta dei dati, le finalità perseguite e i diritti dei singoli.

Un controllo, in definitiva, di tipo precauzionale⁸⁴ il quale, muovendo dalla valenza dinamica dell'informazione⁸⁵, segua il processo elaborativo dei dati e possa intervenire a ridimensionare il potere dei titolari del trattamento e ad incidere sulla *governance* delle biobanche di raccolta e ricerca⁸⁶. Solo così, forse, nell'ambito della circolazione dei dati sanitari, potrà trovare giusta composizione la tutela del diritto all'autodeterminazione informativa con la promozione della medicina predittiva e della ricerca scientifica.

fine di aumentare il benessere umano: A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F.P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giuridici Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, op. cit., passim: sicché le tecnologie che ruotano attorno alla circolazione dei dati personali, da un lato, devono essere programmate nel rispetto dei diritti fondamentali, della normativa applicabile e dei principi e dei valori di base, dall'altro, devono assicurare affidabilità e sicurezza dal punto di vista tecnico, per poter essere utilizzate in modo trasparente.

⁸⁴ In punto di rimedi e presidi preventivi, in dottrina si è parlato di possibile applicabilità del principio di precauzione, di matrice scientifica, pure richiamato nell'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in base al quale se un'attività non può essere adeguatamente controllata, non dovrebbe essere posta in essere. Si v. G. BARBIERO, *Il principio di precauzione nella crisi dell'impianto epistemologico dell'ingegneria genetica*, Quaderno – Serie Seminari, CRASL/025/S12/2004. La necessità di un controllo ispirato al principio di precauzione e prevenzione è stata messa in evidenza, altresì, da P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali*, cit., 481, al fine di attuare il principio di responsabilizzazione di cui agli artt. 23-25 e del Capo IV Reg. UE n. 679/2016.

⁸⁵ In ragione della dinamicità dell'informazione, tale verifica pretende un approccio onnicomprensivo che comprenda l'intero processo elaborativo di dati, unitamente al controllo sull'algoritmo e quindi sul procedimento tecnologico e matematico che governa la formazione e l'utilizzo dei dati, il quale: «non può esaurirsi nel fine di garantire un'autoregolamentazione, rispettosa dei codici di condotta – sebbene questi siano da incentivare e promuovere –, ma devono consistere necessariamente in una verifica esterna degli algoritmi costitutivi del procedimento, favorita dal legislatore in un contesto di sistema e non nella sola disciplina regolatrice disposta dall'Authority»: P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali*, cit., 483.

⁸⁶ L'opinione di rendere controllabile il potere informativo detenuto da pochi è ravvisabile, tra gli altri, in A. MANTELETO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 141. E segnatamente la necessità di prevedere, altresì, l'intervento di poteri pubblici alternativamente o congiuntamente, si rinviene in C. BUZZACCHI, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 153 ss.

38th Annual Meeting of the European Society of Human Reproduction and Embryology: i principali temi della medicina riproduttiva al crocevia tra scienza, etica e diritto

*Tullia Penna**

ESHRE 2022 ANNUAL MEETING: MAIN TOPICS OF SCIENCE, ETHICS, AND LAW IN THE CONTEXT OF REPRODUCTIVE MEDICINE

ABSTRACT: 38th Annual Meeting of the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) was held in Milan, 3 – 6 July 2022. ESHRE's annual conference is a great opportunity of scientific and professional networking, where multidisciplinary is a key principle. This article aims at providing the reader with a map of the main topics, in the context of reproductive medicine, presented and discussed during the meeting. Scientific innovation, original ethical questions, and significant regulatory recommendations have been addressed.

KEYWORDS: ESHRE 2022; reproductive medicine; ethics and law; IVF; fertility treatment

ABSTRACT: L'interdisciplinarietà è il principio chiave dei lavori del congresso annuale della European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE), svoltosi a Milano tra il 3 e il 6 luglio 2022. Una preziosa occasione di scambio, approfondimento e aggiornamento nell'ambito della medicina riproduttiva. Il presente lavoro intende quindi presentarne in sintesi i risultati più rilevanti per innovazione scientifica e sfide etico-legali.

PAROLE CHIAVE: ESHRE 2022; fecondazione assistita; bioetica; procreazione medicalmente assistita; IVF

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il dibattito sulla genetica della riproduzione: il punto sulle tecniche di sostituzione mitocondriale (MRTs) – 3. Le sfide etiche derivanti dalle MRTs – 4. Il lavaggio uterino umano: una soluzione per un problema inesistente? – 5. Editing genomico sugli esseri umani: classiche preoccupazioni etiche con nuove chiavi di lettura – 6. Autodeterminazione del paziente e negazione del trattamento da parte del medico curante – 7. L'AI nei laboratori IVF – 8. Test genetici commerciali e anonimato dei donatori: quali prospettive future per i nati da dono di gameti? – 9. Conclusioni.

* *Ricercatrice in Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino. Young Ambassador ESHRE5 of ESHRE 2022. Mail: tullia.penna@unito.it.*

1. Introduzione

La *European Society of Human Reproduction and Embryology* (ESHRE) ha visto ritornare in presenza il proprio convegno annuale, dopo due anni di edizioni esclusivamente virtuali. L'occasione è stata propizia per riprendere il filo dei lavori, degli aggiornamenti e dei confronti tipicamente interdisciplinari usualmente ospitati nel corso del congresso. Da un lato, le principali innovazioni tecnologiche e i profili di avanguardia in ambito medico ed embriologico, dall'altro le molteplici normative poste a presidio degli attori coinvolti nel complesso mondo della medicina riproduttiva. In modo trasversale, resta sempre presente una riflessione etica e filosofica sui principali quesiti sollevati dalla medicina sperimentale e dalle sue applicazioni cliniche. Se alcuni temi non risultano immediatamente originali, perché da tempo presenti nel dibattito domestico e internazionale (status morale dell'embrione, obblighi morali nei confronti delle generazioni future, anonimato di donatori e donatrici di gameti), ad apparire non convenzionali sono spesso le prospettive dalle quali tali argomenti sono affrontati. Il senso ultimo di restituire a chi legge uno scorcio sui lavori congressuali dell'ESHRE2022 si rintraccia, a opinione di chi scrive, non solo in un'opportunità sintetica di aggiornamento nell'ambito della medicina riproduttiva e della fecondazione assistita, ma anche nel tentativo di sottolineare l'efficacia di un confronto tanto rigoroso nel proprio specifico metodo (medico, biologico, giuridico e filosofico), quanto aperto al costante confronto tra discipline differenti. Il presente lavoro si articola quindi in diversi paragrafi tematici, dedicati ai profili di maggiore interesse, secondo chi scrive, emersi nel corso dei lavori congressuali.

2. Il dibattito sulla genetica della riproduzione: il punto sulle tecniche di sostituzione mitocondriale (MRTs)

Un lavoro che intenda restituire un quadro chiaro dello stato dell'arte della medicina riproduttiva, e delle sfide etiche e giuridiche che ne discendono, non può prescindere dal rivolgere la propria attenzione al ruolo della genetica nell'ambito considerato.¹In particolare, la c.d. donazione mitocondriale o sostituzione mitocondriale (*Mitochondrial Replacement Technique* – MRT) ha occupato in tale contesto un primo spazio fondamentale. La donazione mitocondriale consiste in una pratica divenuta legale prima nel Regno Unito (*Human Fertilisation and Embryology – Mitochondrial Donation Regulations 2015*²) e, nel marzo di quest'anno, anche in Australia (*Mitochondrial Donation Law Reform "Maeve's Law" Bill 2021*³). Con l'acronimo MRT si identifica un insieme di tecniche note per prevenire l'ereditarietà di alcune malattie (malattie mitocondriali) altamente invalidanti, nonché associate a un'elevata probabilità di morte precoce. La sostituzione dei mitocondri portatori di mutazioni del

¹ L'apertura dei lavori degli *Annual Meeting* dell'ESHRE corrisponde un set di corsi pregressuali dedicati a diversi focus tematici, dei quali, per l'edizione 2022, si presenteranno i principali risultati emersi nel corso "*Controversies in Reproductive Genetics*".

² HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Human Fertilisation and Embryology, in Mitochondrial Donation Regulations 2015*, <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2015/978011125816/contents>, ultima consultazione 21 luglio 2022.

³ PARLIAMENT OF AUSTRALIA, *Mitochondrial Donation Law Reform 'Maeve's Law' Bill 2021*, <https://bit.ly/3Rd3xbQ>, ultima consultazione 21 luglio 2022.

proprio DNA, e provenienti dall'ovocita della futura madre, può avvenire attraverso diverse procedure, tutte volte a garantire la trasmissione alla prole dei soli mitocondri privi di mutazioni, perché derivanti dagli ovociti di una donatrice. Tale sostituzione si rende necessaria in quanto i mitocondri, alla base della produzione energetica delle cellule umane, si ereditano per via matroclina⁴. Ad oggi la donazione mitocondriale non garantisce la prevenzione della trasmissione delle malattie in questione, ma ne riduce massivamente la probabilità, costituendo un mezzo potenzialmente efficace per la tutela della salute dei nascituri. Cionondimeno, occorre ricordare come il medesimo obiettivo si possa raggiungere con un dono di ovociti tradizionale, benché questa alternativa non assolva alla funzione ancillare per cui la donazione mitocondriale è indicata, vale a dire il mantenimento di un legame genetico tra futura madre e nascituro.

Considerata questa sintetica premessa in materia di MRTs, l'ESHRE2022 ha costituito l'occasione per apprendere come ad oggi i risultati più promettenti derivino dal trasferimento del DNA nucleare della madre d'intenzione nell'ovocita "enucleato" (privato del DNA nucleare) di una donatrice, mantenendo di quella medesima cellula il DNA mitocondriale (mtDNA)⁵. Differentemente, la tecnica del *Pronuclear Transfer* (PNT), grazie alla quale a venire enucleato è uno zigote (formato dallo spermatozoo del padre d'intenzione e dall'ovocita della donatrice) in cui viene inserito il DNA nucleare di un altro zigote (questo formato dallo spermatozoo del futuro padre e dall'ovocita della futura madre), appare più indicato solo nei casi in cui la diagnosi genetica preimpianto (DGP) non sia utilizzabile⁶.

Inoltre, un'ulteriore complicazione deriva dalla possibilità che una certa mutazione del mtDNA, responsabile dell'insorgenza di malattie mitocondriali, possa essere presente in tutte le cellule dell'organismo (omoplasma) solo in casi molto rari. Nella maggior parte delle evenienze, invece, convivono nell'organismo cellule che possiedono mitocondri sani e mitocondri mutanti, diffusi diversamente a seconda dei tessuti considerati (eteroplasma). I risultati presentati confermano come il ricorso alla DGP si riveli essenziale per ridurre le possibilità di trasmissione della mutazione nei casi di eteroplasma (potendo identificare efficacemente quegli embrioni con un basso carico di mutazioni), mentre non appaia utile in quelli di omoplasma⁷.

A corollario di tali dati emerge poi la conferma che un rischio di trasmissione di mtDNA alla prole permanga: si tratta del rischio associato al fenomeno del "carry over" dei mitocondri malati, che rimangono presenti anche a seguito della sostituzione a causa di tecnologie non ancora perfettamente affinate⁸. L'obiettivo attuale è dunque quello di «bridge the gap between risk reduction and prevention», considerato come l'imprecisione attuale delle tecniche non possa escludere in modo integrale

⁴ Per una più ampia disamina in materia di donazione mitocondriale si veda M. BALISTRERI, *In merito alle procedure che permettono di correggere le anomalie mitocondriali del nascituro: questioni etiche e prospettive giuridiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2015, 61-79; T. PENNA, *Donazione mitocondriale: recenti sviluppi, problematiche etiche attorno al concetto di "identità" dei nati e impieghi non terapeutici. Perché le Mitochondrial Replacement Techniques sono ancora un capitolo aperto nel grande libro della fecondazione assistita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2022, 99-117.

⁵ M. HERBERT, *Mitochondrial replacement therapies: the promise*, in *Precongress Course 4 – Controversies in Reproductive Genetics*, ESHRE2022, Milan, 3 July 2022.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Si tratta delle evidenze emerse dagli studi in corso nel Regno Unito, a seguito dell'approvazione della citata normativa nel 2015; *ibidem*.

la permanenza di minime quantità di DNA mitocondriale, pur sempre responsabile dell'insorgenza delle patologie. In aggiunta a ciò, sembrerebbe che lo sviluppo embrionale a seguito dell'impiego delle MRTs sia moderatamente rallentato⁹ e, ad oggi, le cause di tale fenomeno non risultano chiare. Potrebbe trattarsi di una mera correlazione tra la sostituzione mitocondriale e il successivo sviluppo dello zigote oppure di un più complesso legame di causazione, in cui andrebbe individuata la struttura. Ciò soprattutto al fine di chiarire se sussista la possibilità, o meno, che il rallentamento nello sviluppo possa produrre effetti nocivi sulla salute del nascituro nel medio o lungo periodo.

3. Le sfide etiche derivanti dalle MRTs

Dal punto di vista della riflessione etica in ambito di MRTs, si è ricordato come sovente le specifiche tecnologie applicabili nell'ambito della medicina riproduttiva siano oggetto di un'analisi etico-filosofica parcellizzata, dimenticando come una discussione di ampio spettro si presenti più efficace¹⁰. Ci si riferisce nello specifico all'abitudine invalsa di considerare disgiuntamente la donazione di ovociti *tout-court* e la donazione medesima applicata ad altre procedure, come la sostituzione mitocondriale e, come si vedrà a breve, il lavaggio uterino umano.

Le MRTs coinvolgono inevitabilmente una riflessione sullo status morale dell'embrione, considerato come alcune delle tecniche implicano la distruzione dell'entità cellulare da cui viene prelevato il DNA nucleare dei futuri genitori. Assumendo di non voler, né chiaramente di potere, riportare o risolvere il dibattito filosofico sulla natura dell'embrione umano e sul grado di tutela che conseguentemente debba venirgli accordato, basti considerare come la maggior parte degli studi attuali in materia di donazione mitocondriale assuma la distruzione e l'eventuale morte cellulare dell'embrione quale rischio sostenibile¹¹. Sostenibile in un quadro di progettazione etica della ricerca, benché non manchino voci a favore di una più accurata riflessione, che muova dall'assunto dell'embrione umano quale «morally important thing» sia in ambito di ricerca, sia in ambito clinico¹². Indubbiamente occorre rilevare come il problema etico connesso allo status morale sia di recente divenuto ancillare a preoccupazioni di stampo intergenerazionale, vale a dire volgendo lo sguardo più alle ripercussioni morali delle scelte riproduttive dei genitori di intenzione sulla potenziale prole, che non sull'entità cellulare alla base del processo riproduttivo umano.

Ulteriore spunto di riflessione deriva dalla diatriba terminologica che oppone “terapie” a “tecniche” di sostituzione mitocondriale, egualmente rappresentate dall'acronimo “MRTs”¹³. Il concetto di “terapia” si offrirebbe a una più piana giustificabilità dell'impiego della procedura, in quanto orientata alla prevenzione di una patologia. Il concetto di “tecnica”, al contrario, si focalizzerebbe sul desiderio

⁹ *Ibidem*

¹⁰ A. NEWSON, *Mitochondrial replacement therapies: limitations and ethical concerns*, in *Precongress Course 4 – Controversies in Reproductive Genetics*, ESHRE2022, Milan, 3 July 2022.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Vd. C. PALACIO-GONZÁLES, G. CAVALIERE, *Yes' to mitochondrial replacement techniques and lesbian motherhood: a reply to Françoise Baylis*, in *Med Ethics*, 45, 4, 2019, 280-281; F. BAYLIS, *'No' to lesbian motherhood using human nuclear genome transfer*, in *J Med Ethics*, 44, 12, 2018, 865-867; G. CAVALIERE, C. PALACIO-GONZÁLES, *Lesbian motherhood and mitochondrial replacement techniques: reproductive freedom and genetic kinship*, in *J Med Ethics*, 44, 2018, 835-842.

di mantenere il legame genetico tra madre e figlio, antepo-
nendo tale volontà al bisogno sanitario che si potrebbe invece soddisfare in altro modo (es. donazione di ovociti). Una soluzione efficace sarebbe il ricorso al termine “donazione”, in grado di evocare la generosità alla base del gesto, nonché di evitare il ricorso alla nozione di “*three parents baby*” (genitori d’intenzione e donatrice di ovociti-mitocondri), molto in voga non solo presso i media, ma anche presso parte della letteratura scientifica¹⁴. Il concetto di “donazione di mitocondri” appare tuttavia fuorviante, considerato come sovente la donatrice offra i propri ovociti e non solo una parte di essi (i mitocondri).

Le principali preoccupazioni etiche in merito alle MRTs, al di là del dato terminologico, consistono poi nella qualificazione del tipo di volontà alla base della ricerca del legame genetico: sostenere che la presenza di tale legame costituisca un *bisogno* (sia esso sanitario o psico-sociale) appare chiaramente insostenibile. Più correttamente si può parlare di un forte *desiderio*, informato anche dalla rilevanza di significato che le società occidentali contemporanee attribuiscono alla genetica ben oltre i suoi confini biologici. Rimane aperto il dibattito sulla sufficienza di un *desiderio* a soddisfare la condizione di giustificabilità etica del ricorso alla procedura in questione.

Infine, uno spunto critico emerge nel bilanciamento tra “*hype and hope*”, per cui l’entusiasmo, anche mediatico, associato alle promesse delle MRTs tende a porre in secondo piano la pur sempre indubbia complessità di simili interventi. In questo contesto viene però proposto che il livello di sicurezza delle MRTs, al di là del già esistente parere favorevole del mondo scientifico, venga calibrato sulla base dei bisogni dei potenziali pazienti. In altre parole, alla domanda: “*quanto dovrebbe essere sicura la sostituzione mitocondriale perché sia eticamente accettabile farvi ricorso?*”, la risposta dovrebbe essere fornita da chi si avvarrebbe della stessa per concepire¹⁵. Le future madri interessate ad accedere alle MRTs sono infatti spesso consapevoli dei limiti fisici associati alle patologie mitocondriali, avendo spesso al proprio fianco parenti già malati: la proposta sarebbe quindi di integrare maggiormente le pazienti, considerando la loro specifica propensione al rischio nello specifico contesto. Si tratterebbe pertanto di coinvolgere la singola paziente nella pianificazione della strategia terapeutica fondata sulla MRT, prevedendo un piano di cura costruito in modo sartoriale non solo sui parametri di salute fisica della donna e della potenziale prole, ma anche sulla soglia di propensione al rischio verso potenziali effetti indesiderati. Una propensione da valorizzarsi nel contesto di un bilanciamento che predilige, seppur proporzionalmente all’entità dei rischi, la tutela accordata all’autonomia riproduttiva della donna rispetto alla tutela degli interessi del nascituro.

Questioni aperte, e tra loro connesse, rimangono poi quella della responsabilità intergenerazionale e della selezione sessuale. La prima concerne i rischi per le generazioni future, costituendo la sostituzione mitocondriale, almeno in potenza, una modifica della linea germinale. La seconda, invece, riguarda la possibilità di selezionare i soli embrioni maschi per evitare di trasmettere alle generazioni successive la modifica del DNA mitocondriale apportata. In un bilanciamento costi benefici, la selezione sessuale non risulta solo economicamente più gravosa, ma soprattutto difficilmente difendibile da accuse, fondate, di eugenismo. Gli spazi di azione, ma soprattutto quelli di riflessione, nell’ambito delle MRTs sono ancora tanto numerosi, quanto ampi.

¹⁴ A. NEWSON, *op. cit.*

¹⁵ *Ibidem.*

4. Il lavaggio uterino umano: una soluzione per un problema inesistente?

Ancora nell'ambito della genetica riproduttiva, i lavori dell'ESHRE2022 hanno posto l'attenzione sulla possibilità di ricorrere al c.d. lavaggio uterino al fine di recuperare ovociti ed embrioni formati in vivo, per sottoporli allo screening genetico¹⁶. La procedura, inizialmente proposta per il prelievo degli embrioni da analizzare per escludere la presenza di aneuploidie cromosomiche¹⁷, appare ora promettente anche per il prelievo degli ovociti. La ratio dell'applicazione della procedura giace da un lato nella possibilità di escludere l'esposizione dell'embrione al terreno di coltura laboratoriale, al fine di non sottoporlo a uno stress potenzialmente dannoso. Dall'altro, nel caso degli ovociti, in un nuovo strumento di preservazione della fertilità femminile senza ricorso alle invasive tecnologie di pick-up¹⁸. Se in prospettiva sperimentale i risultati appaiono discretamente incoraggianti¹⁹, un'analisi etica delle ricerche condotte finora in questo settore non può esimersi dal sollevare alcune questioni. Dato per acquisito a livello concettuale il beneficio connesso alla minima invasività della tecnica, in particolare se paragonata ai tradizionali sistemi di prelievo ovocitario e di esposizione degli embrioni ai terreni di coltura, nonché i potenziali usi della stessa per donne che siano raggiunte da diagnosi di controindicazioni mediche alla gravidanza (potendo così concepire in vivo l'embrione, poi recuperato a mezzo di lavaggio uterino e trasferito nell'utero di una surrogata) o per la donazione intra-partner per le coppie lesbiche, ci si deve interrogare sui modi nei quali i risultati delle relative ricerche siano ottenuti.

Primo tra questi il fatto che, sempre a livello sperimentale, le donne che si offrono volontarie per tali studi non siano realmente intenzionate a ottenere una gravidanza, andando quindi incontro alla scelta obbligata di interromperla, se verificata²⁰. L'obbligo cui ci si riferisce non è di natura normativa, va da sé, ma costituisce un possibile esito della procedura sperimentale²¹. Tale interruzione può configurarsi come aborto *tout-court*? La distinzione fondamentale occorre tra il contesto sperimentale (in cui le volontarie hanno ricevuto Methotrexate²² o sono state sottoposte a raschiamento) e contesto

¹⁶ Il lavaggio uterino umano può essere impiegato anche ad altri scopi, come la diagnosi della fertilità femminile (livelli ormonali, analisi del microbioma, diagnosi visuale dell'utero) o la rilevazione di patologie oncologiche a carico della cervice uterina, delle tube, dell'utero o delle ovaie), vd. S. MUNNÉ, *Uterine lavage of in vivo produced eggs and embryos: the promise*, in *Precongress Course 4 – Controversies in Reproductive Genetics*, ESHRE2022, Milan, 3 July 2022.

¹⁷ L'aneuploidia consiste nella variazione nel numero dei cromosomi, rispetto alla norma caratterizzante le cellule di un individuo della stessa specie. Nell'essere umano, il numero euploide (normale) di cromosomi è l'assetto diploide $2n=46$. Le aneuploidie possono coincidere con casi di trisomia (un cromosoma in più) o di monosomia (l'assenza di un cromosoma).

¹⁸ S. MUNNÉ, *op. cit.*

¹⁹ S. MUNNÉ *et al.*, *Corrigendum. First PGT-A using human in vivo blastocysts recovered by uterine lavage; comparison with matched IVF embryo controls*, in *Hum Reprod*, 2021, 36, 7, 2069-2070. MUNNÉ *et al.*, *First PGT-A using human in vivo blastocysts recovered by uterine lavage; comparison with matched IVF embryo controls*, in *Hum Reprod*, 2020, 35, 1, 70-80; S. NAJMABADI *et al.*, *Human Uterine Lavage; Embryo safety and first live births from in vivo conceived genetically screened blastocysts*, in *Fert and Ster*, 114, 3, 2020, 3-4.

²⁰ L'obiettivo del lavaggio uterino applicato agli embrioni è infatti quello di prelevare tali cellule prima del loro annidamento in utero: il verificarsi della gravidanza costituisce pertanto un effetto indesiderato.

²¹ G. PENNING, *Uterine lavage of in vivo produced eggs and embryos: the ethical concerns*, in *Precongress Course 4 – Controversies in Reproductive Genetics*, ESHRE2022, Milan, 3 July 2022.

²² Molecola antagonista dell'acido folico in grado di provocare embriotossicità.

clinico. Nel primo l'interruzione della gravidanza tende a coincidere con la morte cellulare dell'embrione, mentre in caso di applicazione clinica l'embrione verrebbe ri-trasferito nell'utero della paziente o di un'altra donna, proseguendo il proprio sviluppo e, pertanto, non si potrebbe definire la pratica come direttamente abortiva²³. Alcuni critici hanno evidenziato come l'autodeterminazione delle donne volontarie fosse stata compressa dal fatto che i moduli del consenso informato non contenessero il termine "abortion", ma un'analisi di dettaglio dei documenti ha permesso di rilevarne il sufficiente grado di chiarezza e comprensibilità utili a esercitare l'autonomia decisionale necessaria²⁴. In questo senso le donne che, per ragioni religiose, morali, culturali o strettamente personali, non fossero state disposte a subire un'interruzione di gravidanza, avrebbero potuto non candidarsi come volontarie per lo studio²⁵.

Ulteriore tema di riflessione è la scelta di includere nello studio pazienti infertili, nonostante la tecnica, quando applicata agli embrioni, sia stata ideata non per ovviare a problematiche di fertilità, bensì per uno screening genetico alternativo alla diagnosi genetica preimpianto per la ricerca di aneuploidie. Non solo, perché gli studi presentati impiegano il concetto di "donatrice di ovociti" in maniera impropria, in quanto alla base della procedura vi è l'uso di embrioni, e non ovociti, donati. In altri termini, nessuno studio specifica come siano stati ottenuti tali embrioni e se, come si desume per via logica, vi sia stato anche il ricorso a un dono di cellule riproduttive maschili. Se questo fosse il caso, occorrerebbe una maggior accuratezza descrittiva soprattutto rispetto al consenso informato accordato da tali donatori.

In aggiunta e in correlazione a ciò, un aspetto da considerarsi imprescindibilmente riguarda la finalità per cui possano venire creati degli embrioni: negli studi in oggetto non è chiaro se si tratti di embrioni finalizzati alla ricerca, la cui distruzione è quindi prevedibile e accettabile come rischio sin dal principio, oppure se si tratti di embrioni destinati a scopi riproduttivi. L'ipotesi più probabile è che entrambi i casi fossero contemplati, considerato come alcuni embrioni siano stati prelevati e crioconservati a scopo riproduttivo. A corollario di questa distinzione si colloca la preoccupazione di alcuni critici circa la potenziale conservazione *sine die* degli embrioni, una pratica vietata indirettamente in molti ordinamenti attraverso l'adozione di rigorosi termini temporali, più o meno estesi²⁶. Tale preoccupazione deriva dalla natura "mista" degli embrioni impiegati negli studi in merito al lavaggio uterino: non risultando chiaro sin dall'inizio dei trial se questi embrioni siano creati a scopo di ricerca

²³ G. PENNING, *op. cit.*; l'autore sottolinea come la ricerca in oggetto sia stata condotta in un territorio (stato messicano di Nayarit) in cui l'aborto è illegale.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*; G. PENNING, *Uterine lavage: ethics of research and clinical application*, in *Hum Repr*, 35, 9, 2020, 1949-1953.

²⁶ A titolo esemplificativo, dal 1° luglio 2022, nel Regno Unito i/le pazienti di medicina riproduttiva potranno far conservare i propri ovociti, spermatozoi ed embrioni fino a un massimo di 55 anni, con riconferma del consenso ogni 10; vd. HFEA, *New law comes into force giving greater flexibility for fertility patients*, in <https://www.hfea.gov.uk/about-us/news-and-press-releases/2022-news-and-press-releases/new-law-comes-into-force-giving-greater-flexibility-for-fertility-patients/>, ultima consultazione 21 luglio 2022. In Svizzera il termine massimo per la conservazione di gameti ed embrioni è di 5 anni (prorogabili una volta sola per altri 5; artt. 15, 16 della *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*). In Francia le coppie e le donne single che hanno avuto accesso alla fecondazione assistita vengono contattate annualmente per esprimere nuovamente il loro consenso a riguardo e, nel caso di mancata risposta, se sono trascorsi 5 anni dall'inizio della conservazione, questa può essere interrotta (art. L 2141-4 par. IV del *Code de la santé publique*).

o a scopo riproduttivo, diviene conseguentemente complesso dirimere eventuali questioni riguardanti la normativa da applicare per la loro conservazione²⁷. Inoltre, ancora su piano di inquadramento giuridico degli attori coinvolti nella sperimentazione, occorre domandarsi se la donna, gravida per pochi giorni e il cui embrione è stato concepito in vivo, nel caso di applicazione clinica della procedura, non possa configurarsi come “*genetic surrogate*” al pari di colei che, ricevendo l’embrione prelevato a seguito del lavaggio uterino, diverrebbe una “*gestational surrogate*”.

Simili quesiti non hanno ad oggi una valida risposta, ma volendo ipotizzare l’applicazione clinica della procedura, un rigoroso lavoro di analisi etica (tanto dei profili sperimentali, tanto di quelli clinici) andrebbe svolto in via preliminare, prima ancora di riflettere sulle implicazioni normative. Innanzitutto la formulazione del consenso informato appare indiscutibilmente da perfezionare, specialmente se considerato nell’ottica del principio di rispetto dell’autonomia dei pazienti (fondante rispetto all’autodeterminazione degli stessi) e della relazione dialogico-deliberativa da instaurarsi tra professionista sanitario e paziente. Non solo, perché si dovrebbe anche trovare una valida risposta al bilanciamento rischi-benefici alla base della ricerca e della sua trasposizione clinica: il lavaggio uterino nella donna ha davvero benefici tali da risultare preferibile rispetto a rodiate tecniche diagnostiche in ambito genetico? Certamente le seconde, per essere svolte nella fase preimpianto, richiedono il ricorso a una fecondazione in vitro (IVF), ma il lavaggio uterino espone la paziente al rischio di un’interruzione di gravidanza che, al contrario, l’IVF esclude. Per comprendere verso quale fronte propenda il bilanciamento, occorre senza dubbio che i risultati preliminari della ricerca divengano più incoraggianti, riducendo le probabilità che una gravidanza prenda avvio e permettendo di prelevare un numero di embrioni soddisfacente (incrementando quindi l’efficienza della procedura e diminuendone il peso in termini di effetti indesiderati)²⁸. In conclusione, la sperimentazione del lavaggio uterino deve ancora dimostrare benefici in grado di giustificarsi il ricorso, anche considerati i costi ingenti ai quali i pazienti potrebbero andare incontro (stimolazione ormonale, screening genetico), e la ristretta coorte di pazienti potenzialmente in grado di beneficiare di simile innovazione (soprattutto pazienti fertili che desiderino ottenere una diagnosi genetica senza ricorrere alla fecondazione in vitro). La domanda quindi resta presente: a quale specifico problema dovrebbe ovviare il lavaggio uterino nella donna, che non sia già affrontabile oggi con tecniche esistenti (PGD)?

5. Editing genomico sugli esseri umani: classiche preoccupazioni etiche con nuove chiavi di lettura

L’ESHRE2022 ha offerto la possibilità di mettere in discussione le tradizionali modalità attraverso le quali si interroga l’editing genomico dell’essere umano: può la loro efficacia concettuale dirsi inalterata a seguito degli eventi disturbanti, a livello etico più che sperimentale, occorsi nel 2018 a opera

²⁷ *Ibidem*

²⁸ Attualmente l’8,2% delle volontarie risulta positiva ai test delle beta-hCG (gravidanza in corso), dovendo sottoporsi a interruzione di gravidanza a mezzo di somministrazione di farmaci o di raschiamento e il 42% dei cicli compiuti ha permesso il prelievo di blastocisti in numero di netto inferiore a un ciclo IVF standard; vd. G. PENNING, *Uterine lavage: ethics of research and clinical application*, in *Hum Repr*, 35, 9, 2020, 1951.

dell'ormai noto biofisico He Jiankui²⁹?. Probabilmente la nascita dei primi bambini portatori di genoma modificato ha infatti sovvertito il piano di analisi adottato fino a quel momento: dalle futuribili ipotesi di concepimento e nascita di persone a seguito di editing del loro genoma allo stadio embrionale, alla constatazione dell'effettiva nascita delle stesse. Tale ribaltamento di prospettiva dovrebbe spingerci a rivedere non tanto l'oggetto delle nostre analisi etiche, quanto il modo in cui interroghiamo quegli oggetti di pensiero. Si potrebbe in sintesi dire che prima del 2018 dessimo spazio alle giuste preoccupazioni etiche, ma nel modo sbagliato³⁰.

In via preliminare appare opportuno ricordare come l'editing genetico possa avere due finalità distinte, per quanto tra loro correlate. Da un lato vi è lo studio dello sviluppo umano, a partire dalla fase embrionale, dall'altro il miglioramento delle biotecnologie di riproduzione. Intendendo prendere in considerazione esclusivamente il secondo profilo, una proposta possibile consisterebbe nell'accantonare il tema dell'impossibilità del nascituro di prestare il proprio consenso all'editing genomico, acclarato come il potenziale nascituro non possa neanche operare una scelta tra il suo concepimento o meno. Una prospettiva innovativa includerebbe una riflessione su quali siano le migliori informazioni da fornire ai genitori d'intenzione per facilitarne, più che tutelarne, la libertà di scelta in merito a un intervento di editing genetico³¹. Si tratterebbe di acquisire una prospettiva liberale fortemente ancorata all'informazione dei pazienti e meno vincolata all'educazione degli stessi al fine di *proteggerli* in un'ottica schiettamente paternalistica. Nella medesima prospettiva andrebbe inquadrato il necessario follow-up dei nascituri, teorizzando come ciascun essere umano sia già oggi un soggetto di studio per l'integralità della sua vita, attraverso una similitudine con, esempio fra tutti, la condivisione dei dati che operiamo su base quotidiana e la loro cessione a scopo di analisi³². Secondo simile approccio, qualsiasi essere umano diviene oggi giorno un soggetto di ricerca nel momento in cui accordi il proprio consenso alla profilazione, alla gestione ed eventualmente alla vendita dei propri dati. A livello statistico, tale consenso viene rilasciato da una più che lauta parte della popolazione a livello globale. Pertanto una persona nata da editing del genoma non costituirebbe un'eccezione alla regola che vede l'essere umano come soggetto di studio, seppur mutando l'argomento ultimo della ricerca (dall'analisi dei dati alle condizioni psico-fisiche di un soggetto umano nato a seguito di editing del genoma). Indubbiamente tale similitudine andrebbe corroborata attraverso un più solido lavoro argomentativo, presentandosi *sic et simpliciter* molto fragile: l'invasività di un follow-up sanitario della durata dell'intera vita di un paziente non pare linearmente, e intuitivamente, assimilabile all'analisi di dati, anche personali, cui concordiamo su base quotidiana.

Un ulteriore cambiamento di prospettiva, questo certamente più argomentabile, riguarda l'unità di misura concettuale delle preoccupazioni etiche riguardanti l'editing genomico dell'essere umano. Scienziati, filosofi e giuristi, con il vigoroso supporto della cultura popolare in materia di science-fiction e il contributo dei mass media, hanno per decenni tentato di profilare le possibili conseguenze della nascita dei primi individui dal genoma modificato. Al netto del maggiore o minore rigore di que-

²⁹ A. KUERSTEN, A. WEXLER, *Ten ways in which He Jiankui violated ethics*, in *Nature Biotechnology*, 2019, 37, 1, 19–20.

³⁰ S. CHAN, *Genome editing in the human embryo: the ethical concerns*, in *Precongress Course 4 – Controversies in Reproductive Genetics*, ESHRE2022, Milan, 3 July 2022.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

sti contribuiti, a seconda della loro tipologia, i risultati hanno prodotto una linea di pensiero orientata alla definizione dei pericoli per l'umanità intera. La dimensione concettuale del problema etico si è perlopiù cristallizzata sulla popolazione umana *in generale*. Ad oggi è chiaro come la “concern-unit” delle riflessioni sul tema debba essere l'individuo, o gli individui, già generati o potenzialmente generabili a seguito di intervento sul loro genoma. In altri termini, la possibilità concreta che in un periodo di tempo analogo a una o due generazioni si arrivi ad applicare l'editing genomico su larga scala a tutta, o larga parte, della popolazione umana è assolutamente inverosimile sia per ragioni tecnologiche, sia per ragioni socio-etiche. L'accettabilità etica di simili modifiche è infatti ben lungi dal divenire parte di un sentire comune a livello sociale, dove i timori per gli effetti imprevedibili di una manipolazione genetica trovano ben più ampio spazio, fermo restando gli ingenti costi di tali procedure³³.

Occorre quindi riflettere su quali risposte sarà necessario fornire alle persone *già* nate da queste tecniche, domandandosi quanto sia percorribile un'impostazione concettuale che anteponga la modifica del genoma alla natura umana nell'apprezzamento di queste vite. Si tratta di tenere in considerazione come i nati da editing genomico siano prima di tutto persone e, secondariamente, persone con peculiari caratteristiche genetiche indotte o modificate. Significa, ancora una volta, interrogarsi su quale spazio intendiamo concedere alla genetica nella definizione delle *persone* in senso relazionale, psicologico e sociale. Un tema che ritorna anche in ambito di fecondazione assistita con dono di gameti, nella riflessione che concerne l'identità e la costruzione personale dei nati che intendano conoscere le proprie origini e/o i propri donatori/donatrici.

In questo senso appare chiaro come la proposta di imporre dei limiti alla libertà riproduttiva dei nati a seguito di editing del genoma sia apertamente contestabile in quanto di matrice schiettamente eugenetica, senza chiarire *chi* si voglia proteggere attraverso simile ipotesi. I nati a seguito di editing? La loro potenziale prole? O, anche in questo caso, potenzialmente l'intero genere umano?

Immaginando che tali risposte possano essere costruite concettualmente in un ragionevole arco di tempo, tenendo conto dei limiti imposti dal rispetto della dignità umana pur nella protezione del diritto alla scienza (e del godimento dei suoi risultati)³⁴, un profilo meno considerato nel dibattito internazionale concerne lo stigma sociale. Stigma nutrito da una riflessione troppo spesso orientata a normalizzare la *natura* (persone concepite sessualmente o con IVF, ma senza *genome editing*) a scapito della *diversità* prodotta dall'impiego delle sempre più affinate biotecnologie³⁵. Si tratta del rischio di consolidare un modello di “*genomic exceptionalism*” che produca un danno sociale maggiore dei potenziali danni provocati dalla medicina sperimentale³⁶. In questo contesto un peso non indifferente è dato anche dalle narrative, e dalle modalità di narrazione, offerte alla società civile non esperta o non professionalizzata nel campo della medicina riproduttiva e della genetica sperimentale. Un profilo spesso sottovalutato, ma cruciale nel più ampio spettro delle scienze dure e sociali come saperi da condividere, in forma divulgativa, con la realtà sociale esterna al mondo, tanto vario

³³ *Ibidem*.

³⁴ L. POLI, *Human germline genome editing and human rights law: A “brave new world” is not here to come*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special issue 1, 2021, 359-368.

³⁵ S. CHAN, *op. cit.*

³⁶ *Ibidem*.

quanto complesso, della ricerca. Un obiettivo che costituisce uno dei punti nevralgici dell'Open Science quale orizzonte strategico di chi anima la ricerca.

6. Autodeterminazione del paziente e negazione del trattamento da parte del medico curante

Innovazioni scientifiche e revisione di tradizionali questioni etiche sono solo alcune delle suggestioni emerse dall'ESHRE2022, in cui si è discusso anche di uno dei pilastri bioetici e alla base delle normative in ambito sanitario. Ci si riferisce al vasto tema dell'autodeterminazione, principio giuridico espressione del rispetto dell'autonomia decisionale del paziente, usualmente declinato in senso positivo in seno al rapporto medico-paziente. L'affermazione della volizione individuale del paziente, in seguito a uno strutturato processo deliberativo condiviso con il medico curante, è infatti tipicamente descritta quale accettazione o rifiuto di un trattamento da parte di chi richiede le cure. Una prospettiva non convenzionale di osservazione del rapporto medico-paziente è invece quella della negazione di un trattamento sanitario da parte del primo e verso il secondo. Si tratta, nel caso di specie, di trattamenti di medicina riproduttiva e il quesito cui si cerca di offrire risposta riguarda l'accettabilità etica di simile negazione.

Le risposte fornite hanno seguito due linee di indirizzo differenti: la prima fondata sull'impostazione liberale che valorizza il rispetto dell'autonomia del paziente a scapito di ogni forma di paternalismo, ponendo al centro del rapporto medico-paziente una relazione deliberativa condivisa (limitando il rifiuto da parte del medico a casi di estrema eccezionalità)); la seconda legata all'enfaticizzazione del principio di non-maleficenza, a tutela della donna, della prole e della società in generale (lasciando più spazio decisionale al medico che propenda per il rifiuto).

La prima impostazione presuppone una dimensione di forte asserzione dell'autonomia del paziente, posto al centro della relazione con il proprio medico al fine di ricevere informazioni (e non un'educazione) idonee a formulare la propria decisione, pur accogliendo un margine di rischio, vale a dire accettando anche l'ipotesi di alcuni, ridotti e proporzionati, rischi a danno del nascituro pur di affermare l'autonomia riproduttiva individuale³⁷. Si tratta dunque di accantonare il "*maximal welfare standard*", che orienta l'azione del medico verso il rifiuto del trattamento qualora vi siano comprovati dubbi attorno alla possibilità che le condizioni di vita (sanitarie, psico-sociali) del nascituro possano non essere ottimali, a favore di un "*sufficiency standard*", che tenga conto delle evidenze scientifiche e che escluda comunque un ingiustificato pregiudizio delle condizioni di vita di chi nascerà e della società in generale³⁸. Il rifiuto di fornire il trattamento potrà quindi ancorarsi esclusivamente a tre ordini di ragioni: futilità (coppie che non vogliano dono di gameti ma soffrano di insufficienza ovarica e/o mancanza di spermatozoi) o estrema improbabilità di successo del trattamento (donne al di sopra dei 45 anni con livelli ormonali inadeguati; uomini con conta o motilità spermatica molto ridotta); ricadu-

³⁷ N. WILLIAMS, *Treatment can only be denied in very exceptional circumstances*, in *Session 17: Refusing treatment: when can or should treatment be denied?*, ESHRE2022, Milan, 4 July 2022.

³⁸ *Ibidem*.

te sul benessere materno (analisi costi-benefici della salute fisica e psico-sociale); preoccupazioni per il futuro benessere del nascituro (sociali, ambientali e congenite)³⁹.

A tale impostazione liberale e orientata a negare le cure per la fertilità solo in casi estremi e veramente eccezionali, si è contrapposta una visione più precauzionale, orientata a massimizzare il rispetto del principio bioetico del *primum non nocere* (non-maleficenza). Tale approccio enfatizza l'impossibilità del nascituro di esprimere una propria autonomia decisionale e la conseguente, presunta, responsabilità del professionista sanitario di intervenire a tutela tanto della salute fisica, quanto di quella psicosociale del nascituro⁴⁰. Al fine di negare un trattamento, il rischio a carico di chi nascerà deve comunque essere di comprovata gravità nel caso specifico e secondo le circostanze verificate al momento iniziale delle cure e non desunto su base generale, affinché il rifiuto non si configuri come immotivata discriminazione. Un esempio proposto è quello di genitori di intenzione portatori di disabilità, che non dovrebbero risultare esclusi dai trattamenti di medicina riproduttiva *a priori*, salvo si verifichi nel caso concreto l'assenza delle condizioni, motorie o cognitive, essenziali all'adeguata cura della prole⁴¹. In estrema sintesi, il rifiuto non dovrebbe prescindere dalla considerazione dei parametri circostanziali relativi agli specifici pazienti considerati, mentre la pratica clinica tende sovente, in questo ambito, a semplificare, individuando aprioristicamente categorie di pazienti (es. portatori di disabilità) inidonee a ricevere il trattamento riproduttivo. Così come nel caso di pazienti fertili che intendano ricorrere alla fecondazione assistita in assenza di specifica indicazione medica: in questa evenienza il processo deliberativo medico-paziente dovrebbe focalizzarsi sulla presa di coscienza della futilità del trattamento non rispetto alle possibilità di successo, ma all'insussistenza di requisiti medici (prima che normativi) tali da sottoporre una persona sana a un trattamento non necessario. Per ciò che attiene ai potenziali rischi per la società in generale, i trattamenti possono venire legittimamente negati qualora siano coinvolte risorse pubbliche e il rapporto efficacia-costi propenda verso i secondi (argomentazione non valida nel caso si tratti di servizi sanitari a carico dei privati). Ci si riferisce in particolare ai casi per i quali la probabilità di successo del trattamento sia effettivamente molto contenuta (<5%), nonché associata a elevati rischi anche per la salute della donna⁴². In quest'ottica un peculiare elemento di analisi è offerto dal rapporto tra sicurezza ed efficacia del trattamento: nel caso di elevata sicurezza ed elevata efficacia il trattamento può venire proposto alla paziente, ma può venire solo considerato se l'efficacia diminuisce. Se la sicurezza e l'efficacia sono ridotte, il trattamento non va proposto, ma se alla bassa sicurezza si associa un'alta efficacia, il trattamento può venire considerato⁴³.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ B. W. MOL, *The duty to do no harm implies that some requests for treatment should be denied*, in *Session 17: Refusing treatment: when can or should treatment be denied?*, ESHRE2022, Milan, 4 July 2022.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*; vd. M. BRAAKHEKKE *et al.*, *Effectiveness and safety as outcome measures in reproductive medicine*, in *Hum Repr*, 30, 10, 2015, 2249-2251.

7. L'AI nei laboratori IVF

Materia scottante, quanto di inesorabile attualità, è l'implementazione dell'intelligenza artificiale (AI) nella maggior parte dei settori professionali e di ricerca, dai quali non esula la biomedicina. L'impiego dell'AI nei laboratori di fecondazione assistita è quindi un tema difficilmente trascurabile. Quali sono dunque le principali ragioni a favore e contro questa ipotesi?

I principali potenziali benefici risiedono non solo nel miglioramento dello standard di classificazione, e conseguentemente selezione, degli embrioni a seguito di analisi genetica, ma anche in una raccolta più efficiente e accurata dei dati che da tale classificazione derivano⁴⁴. Inoltre, automatizzare il controllo qualità del processo di selezione e sviluppo embrionale significherebbe destinare le risorse umane ad attività di ricerca potenzialmente più proficue, anche se i principali detrattori della diffusione dell'AI nei laboratori IVF sottolineano il rischio della perdita di competenze (umane) imprescindibili. La riduzione del carico di lavoro, a favore del re-indirizzamento delle competenze degli embriologi verso differenti compiti, appare comunque significativa e rilevante nel migliorare i cicli di IVF⁴⁵. Altrettanto rilevante si rivela la possibilità di fornire in tempo reale un'analisi dei dati accurata per migliorare il controllo qualità all'interno del singolo ciclo di fecondazione e delle prime fasi di sviluppo embrionale⁴⁶.

Ciononostante, gli argomenti contrari sembrano ad oggi predominanti e si collocano nel raggio di azione del tradizionale contrasto tra imprescindibilità dell'esperienza-competenza umana e resa della *macchina*. Il primo concerne la mancanza di *comprensione* che connota il *machine learning* (ML), in grado di fornire eccellenti risultati nell'ambito della ricerca e dell'individuazione di pattern in set di dati complessi. L'assenza di una capacità di comprensione dei dati analizzati rende il *machine learning* estremamente efficiente nel fornire previsioni in ambienti standardizzati e non mutevoli, mentre si rivela inadeguato laddove sia richiesta una comprensione della relazione causa-effetto, come nel caso dell'introduzione di un cambiamento del protocollo o di un'invenzione (il ML non è in grado di valutarne i benefici) e in quello in cui si verificano eventi rari (il ML non è in grado di coglierne le caratteristiche e di prevederli)⁴⁷. In sintesi, i modelli previsionali del ML sono in grado di raffigurare un quadro esatto dell'evento più probabile solo qualora il contesto rimanga integralmente immutato, senza poter predire quali benefici si trarrebbero da una modifica delle condizioni standardizzate.

Nondimeno, gli algoritmi alla base del ML sono inadeguati a fornire una previsione individualizzata, perché sono basati sull'analisi statistico-comparativa delle probabilità tra diversi gruppi: il miglior *outcome* possibile è una proiezione della distribuzione delle probabilità degli eventi, ma non l'individuazione di uno specifico, particolare esito circoscritto. Tale limite si contrappone evidentemente all'odierno tentativo, in ambito clinico, di individualizzare quanto più possibile il trattamento medico, prodotto in maniera quasi sartoriale sulla base delle condizioni non solo cliniche, ma spesso anche sociali e personali del paziente, elementi verso i quali l'analisi quantitativa alla base del ML ri-

⁴⁴ D. MORBECK, *Pro: The time is now: machine learning/AI-guided decision-making improves embryology and fertility treatment*, in *Session 34: Debate - Artificial intelligence in the IVF lab*, ESHRE2022, Milan, 5 July 2022.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ P. TENNANT, *Con: AI has a long way to prove its worth in embryology and ART*, in *Session 34: Debate - Artificial intelligence in the IVF lab*, ESHRE2022, Milan, 5 July 2022.

mane cieca. Tuttavia, specificatamente cura personalizzata e trattamenti targettizzati sul paziente sono spesso evocati come promesse che l'AI, in ambito di medicina riproduttiva, sarebbe in grado di mantenere nel breve periodo⁴⁸. Promesse che a oggi paiono lungi dall'essere realizzabili, considerato come i modelli prodotti e attualmente pubblicati in materia siano tutti mancanti dell'essenziale parte di c.d. *external validation*⁴⁹, vale a dire di test della performance di quei modelli attraverso sistemi di verifica indipendenti al modello stesso, al fine di comprovare la capacità del modello di essere riproducibile e generalizzabile a nuovi gruppi di pazienti.

In aggiunta a ciò va anche preso in considerazione un elemento pratico: l'AI ad oggi non si è ancora dimostrata effettivamente in grado di migliorare i risultati dei cicli di IVF⁵⁰, anche considerata la mancanza di trial nei quali sia stata applicata a casi concreti in ambito clinico⁵¹.

L'AI è ancora oggi un orizzonte verso cui i laboratori IVF e le cliniche possono eventualmente tendere, senza però considerare la performance del ML quale elemento fondante dei cicli di fecondazione nel breve-medio periodo, principalmente per l'elevata variabilità dei dati forniti, ma non meno per i quesiti etici irrisolti che ancora occupano la riflessione dell'azione umana in ambito riproduttivo, prima ancora che questa sia demandata all'AI.

8. Test genetici commerciali e anonimato dei donatori: quali prospettive future per i nati da dono di gameti?

Tema cruciale nel dibattito europeo in materia di medicina riproduttiva e di modi di formazione delle famiglie è quello dell'anonimato dei donatori e delle donatrici di gameti, connesso al diritto di conoscere le proprie origini da parte dei nati dal dono⁵². Quali novità in questo contesto?

Da un lato la consapevolezza degli studiosi attorno al fenomeno ormai diffuso del ricorso a test genetici commerciali (Direct-to-consumer-genetic-testing, DTCGT), utilizzabili in ambito domestico, al fine di ricostruire la propria genealogia o rintracciare le proprie origini etniche o persone geneticamente connesse⁵³. Tale fenomeno, se circoscritto all'uso dei test da parte dei nati dal dono, dei loro genitori e dei donatori, assume tratti peculiari, posti in rilievo dalla presentazione di un recente studio⁵⁴.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ B. RAEF, R. FERDOUSI, *A Review of Machine Learning Approaches in Assisted Reproductive Technologies*, in *Acta Inform Med*, 2019, 27, 3, 205–211.

⁵⁰ I. DIMITRIADIS *et al.*, *Artificial intelligence in the embryology laboratory: a review*, in *Reprod Biomed Online*, 2022, 44, 3, 435-448.

⁵¹ P. TENNANT, *op.cit.*

⁵² T. PENNA, *Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra Cross Border Reproductive Care, pluralismo giuridico e genetica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 55-74.

⁵³ ESHRE, *How consumer DNA testing is changing the landscape of egg and sperm donation. An ongoing study reveals the multiple ways people now seek information about genetic relatives*, Press Release, 6 July 2022, <https://www.eshre.eu/ESHRE2022/Media/2022-Press-releases/Frith>, ultima consultazione 12 luglio 2022.

⁵⁴ L. FRITH *et al.*, *Donor conception and Commercial Genomics: how are donor conceived people, their parents and donors using direct-to-consumer genetic testing?*, ESHRE2022, Milan, 6 July 2022.

Innanzitutto è noto da diversi anni come sempre più persone concepite da dono di gameti scoprono tale elemento grazie a test genetici commerciali⁵⁵, benché non vi fossero ancora state analisi a riguardo delle modalità e delle finalità del ricorso a tali strumenti. Lo studio mette quindi in luce per la prima volta alcune delle ragioni alla base dell'uso dei DTCGT, identificandone quattro fondamentali: i nati dal dono di gameti che cercano il donatore e/o la donatrice, i nati che vogliono rintracciare i loro parenti genetici più prossimi, i donatori/le donatrici che ricercano i nati a loro geneticamente connessi, i genitori alla ricerca del donatore/della donatrice grazie al/alla quale hanno potuto concepire⁵⁶.

Rispetto alle persone concepite dal dono che scoprono grazie ai DTCGT di essere tali, la presa di consapevolezza deriva solo talvolta da un precedente sospetto, ma in tutti i casi rileva la reazione dei genitori nel determinare un impatto psicologico e sociale più o meno positivo⁵⁷. Per coloro che sono già a conoscenza del dono di gameti e sono alla ricerca dei parenti genetici, non sempre tale desiderio è associato a quello di indentificare il donatore/la donatrice, ma quasi sempre i test commerciali sono preferiti alle opzioni ufficiali⁵⁸. Nella maggior parte dei casi studiati i media e social media hanno offerto spunti e sollecitazioni in tal senso, ma non sempre i nati dal dono riescono a rintracciare le persone che cercano, in quanto queste ultime possono aver esercitato il diritto a non venir collegati a un risultato benché le proprie sequenze genetiche siano presenti nel database utilizzato. Nondimeno, anche ove sia possibile, l'incontro con il donatore/la donatrice si può, ovviamente, rivelare più o meno positivo in termini di aspettative del soggetto che li ricerca e in termini di ricadute psico-sociali successive⁵⁹. In numerosi casi sia i nati dal dono, sia i loro genitori, non cercano nello specifico la persona che ha donato i gameti, bensì, più in generale, informazioni sulle origini in senso lato: genealogia, etnia, quadro clinico (specialmente i genitori all'insaputa dei figli). Infine i donatori sovente ignorano l'esistenza delle vie ufficiali per rendersi conoscibili ai nati grazie ai loro gameti, oppure scelgono di usare i DTCGT per rafforzare le possibilità di essere identificati, anche qualora la loro identificazione si ponga in violazione di norme esistenti poste a garanzia del loro anonimato⁶⁰. Specificatamente in merito alla possibilità di eludere obblighi e divieti normativi, resta da chiedersi se il consenso informato accordato da parte degli utenti ai database di analisi del DNA sia oggi adeguato allo scopo della commercializzazione dei DTCGT, considerato lo specifico uso che può essere realizzato per eludere l'anonimato dei donatori posto dalle norme vigenti in alcuni Paesi⁶¹.

⁵⁵ M. CRWASHAW, *Direct-to-consumer DNA testing: the fallout for individuals and their families unexpectedly learning of their donor conception origins*, in *Hum Fertil (Camb)*, 2018, 21, 4, 225-228.

⁵⁶ L. FRITH *et al.*, *op.cit.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ Lo studio è stato condotto nel Regno Unito, dove i nati dal 2005 in avanti possono, alla maggiore età, ricevere della Human Fertilisation and Embryology Authority i dati identificativi di chi ha donato.

⁵⁹ L. FRITH *et al.*, *op.cit.*

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ In Francia, al fine di evitare tale elusione normativa, l'uso di DTCGT è stato non solo vietato, ma anche punito con un'ammenda di 3.750€ (art.226-28-1 Code Pénal), Ciononostante, avvalendosi di servizi stranieri di analisi del DNA, a seguito di prelievo domestico autonomo dei campioni da parte degli interessati, ogni anno sarebbero tra 100 e 200 mila le persone che ricorrerebbero all'uso di tali test; vd. INSERM, *Tests génétiques «récréatifs»: Juste un jeu?*, <https://www.inserm.fr/actualite/tests-genetiques-recreatifs-juste-jeu/>, ultima consultazione 21 luglio 2022.

A corollario di tali considerazioni pare opportuno aggiungere alcuni elementi, emersi anch'essi durante i lavori dell'ESHRE2022 e in grado di corroborare posizioni già note in letteratura. Tra tutte, spicca senza dubbio la maggiore funzionalità sul piano psicologico della spiegazione ai figli nati dal dono le modalità del loro concepimento sin dall'infanzia, attraverso l'uso di narrative adeguate all'età⁶². Inoltre, tanto prima tale spiegazione avviene, grazie a un membro della famiglia, tanto più saranno neutre o positive le reazioni della persona rispetto al proprio concepimento e all'integrazione di tale elemento nella propria costruzione dell'identità personale⁶³. Un dato interessante, cui occorrerà dedicare ulteriori ricerche, è dato dalla mancanza di propensione dei nati dal dono a divenire donatori a loro volta o a ricorrere al dono in caso non riuscissero a concepire, preferendo invece la possibilità di adottare⁶⁴. Inoltre, un significativo numero di genitori non è consapevole che i donatori siano identificabili a mezzo di specifiche procedure previste dalle vigenti leggi in materia⁶⁵, ragione per cui un follow-up di consulenze sembrerebbe utile anche in seguito alla nascita dei figli per gestire non solo le emozioni dei genitori verso possibili evenienze future (i figli che scoprono di essere stati concepiti dal dono senza averlo saputo dai genitori), ma anche, e soprattutto, per conoscere i migliori modi per informare i figli⁶⁶.

Al netto dei risultati degli studi presentati e sinteticamente menzionati, resta imprescindibile il bisogno di un dibattito non solo giuridico, ma soprattutto etico-filosofico, attorno al significato che si intenda attribuire ai legami genetici, in particolare nel caso del dono di gameti. Un tema che sempre più emerge come fondamentale, tanto dalle esperienze di chi vi fa ricorso o ne nasce, quanto dallo spazio mediatico che vi è dedicato.

9. Conclusioni

Quali spunti di riflessione, quali elementi, appaiono quindi preminenti allo stato dell'arte nell'ambito della medicina riproduttiva nelle sue ricadute etiche e giuridiche? Innanzitutto la considerazione per cui alcune promettenti procedure e tecnologie, siano essere la sostituzione mitocondriale o l'impiego dell'AI nei laboratori IVF, scontino la colpa indiretta di un eccessivo entusiasmo rispetto ai concreti vantaggi producibili attraverso la loro diffusione. Al contempo simile situazione può forse risentire di una ricerca scientifica a tratti caratterizzata da un'iperfagia concettuale, dove molte sfide sono introdotte, talvolta anche in competizione tra loro (si pensi alla diagnosi genetica preimpianto e al lavaggio uterino nell'ambito della ricerca delle aneuploidie embrionali), senza dedicare a nessuna il dovuto spazio di analisi etica ed eventualmente tralasciando anche il profilo economico dell'applicazione clinica delle stesse. La ristrettezza di queste ultime, *ça va sans dire*, non è ascrivibile a cause intrinse-

⁶² W. KRAMER, *New Study of 529 Donor-Conceived Adults*, in *Session 68: Time for evidence on disclosure*, ESHRE2022, Milan, 5 July 2022.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ J. LYSONS, *Families created through identity-release egg donation: parents' understanding of, and feelings about, donor identification in early childhood*, in *Session 68: Time for evidence on disclosure*, ESHRE2022, Milan, 5 July 2022; anche questo studio è stato realizzato nel Regno Unito, dove l'identificazione del donatore o donatrice è possibile alla maggiore età del nato.

⁶⁶ *Ibidem*.

che, ma alla limitata disponibilità accordata, specialmente in ambito pubblico, a scopi di ricerca percepiti forse come meno rilevanti o per i quali esistono alcune soluzioni già consolidate.

Nondimeno occorre considerare come l'ambito della medicina riproduttiva, più di altri, risente dei benefici e degli svantaggi di essere un terreno di incontro tra discipline e saperi tanto diversi per metodi di lavoro e obiettivi. Se uno svantaggio evidente è il costante divario di lunghezza d'onda tra scienza dura (medicina e biologia), ed etica e diritto, d'altro canto un beneficio evidente è che un rigoroso dialogo tra questi saperi produce risultati tanto proficui, quanto imprescindibili. La medicina riproduttiva resta intrinsecamente uno degli ambiti per eccellenza di esercizio e di realizzazione dell'interdisciplinarietà. Basti pensare all'esigenza di tenere conto di elementi psicologici (modalità e tempistiche della rivelazione ai nati dal dono del loro metodo di concepimento), sociali (diffusione dei DTCGT) e clinici (motivi di ricorso al dono di gameti) al fine di formulare potenziali soluzioni normative alle questioni sollevate dalle tecniche in analisi.

Infine, occorre considerare come le sfide approntate dalla medicina riproduttiva sorgano innanzitutto dai desideri e dai bisogni delle persone che esercitano la propria autonomia riproduttiva, quest'ultima da ri-declinare, in alcuni casi, al netto del procedimento deliberativo che coinvolge unitamente pazienti e medici curanti, come nel caso della negazione dei trattamenti. Tali sfide, inoltre, si presentano come oggetto di un approccio che non può che darsi come comparativo tanto tra diverse discipline, quanto tra differenti ordinamenti giuridici. Si tratta dunque di comparare scelte normative *prima facie* più o meno permissive, ma in grado di rivelarsi nel lungo periodo più o meno adatte alla concretezza del vivere sociale (si pensi alla normativa del Regno Unito in materia di anonimato, le cui tutele a favore della privacy di donatori e donatrici rischiano di venire meno grazie al ricorso ai DTCGT).

Quali che siano le promesse, potenzialmente non ancora realizzate (diffusione dell'editing genomico degli embrioni umani) dalla medicina riproduttiva, sembra sostenibile ancora una volta un approccio quanto più interdisciplinare possibile, volto ad ampliare non esclusivamente lo spettro delle possibili questioni, ma soprattutto il respiro delle possibili risposte.

Medical involvement in procreation in Greek Law

*Andreas Nikolaos Koukoulis**

MEDICAL INVOLVEMENT IN PROCREATION IN GREEK LAW

ABSTRACT: Greek Family Law already quite early (since 2002) provided for a modern legal framework regulating the medical involvement in procreation. The legislator proved his social sensitivity regarding the right of citizens to reproduce by passing Law 3089/2002, which was pioneering. The author has set out to briefly analyze conditions for the implementation of art. 1455 of the Greek Civil Code and the consent to artificial insemination and its withdrawal.

KEYWORDS: Medically assisted human reproduction; artificial insemination; consent; conditions; legal capacity

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. The legitimacy of artificial insemination – 2.1. Conditions for the implementations of art. 1455 of the Greek Civil Code – 2.2. Reproduction by cloning – 2.3. Sex selection – 2.4. Legal nature of genital material – 3. Consent to artificial insemination and its withdrawal – 3.1. Person whose consent is required – 3.2. Type of consent – 3.3. Content and legal nature of the consent – 3.4. Time of consent – 3.5. Legal capacity – 3.6. Withdrawal of consent – 4. Conclusion.

1. Introduction

The art. 1456 of the Greek Civil Code stipulates that medically assisted human reproduction (artificial insemination) is only allowed to intervene with the inability of having children naturally or to avoid the transmission of a serious disease to the child. This is allowed up to the age that the assisted person is naturally capable of human reproduction. Human reproduction by cloning is prohibited. Choosing the sex of the child is not allowed unless a serious hereditary disease should be avoided.

Medically assisted human reproduction is, therefore, a way of establishing a family connection of motherhood and fatherhood. The terms “assisted reproduction”, “artificial reproduction” and “artificial insemination”, suggest having descendants with medical assistance and without sexual intercourse. There are two methods of artificial insemination: a) *in vivo* fertilization, where the tissue remains inside the living organism in which it is normally found and b) *in vitro* fertilization where the fertilization of the egg takes place outside the female body and in a test tube. The fertilized egg is then transferred to the woman’s body and carried by her. The sperm may come either from the husband /partner (homologous artificial insemination), or a third donor (heterologous artificial insemination). Accordingly, the eggs may belong to the woman wishing to have a child, or to a third donor. In the case of *in vitro* fertilization, the fertilized egg is transferred either into the body of the woman

* *Adjunct Lecturer, Law School of Thrace University. PostDoc Researcher, Law School of Athens University. Mail koukoulislawoffice@yahoo.gr. The article was subject to a double-blind peer review process.*

who wants to have a child, or into the body of another woman, who will carry and bear the child (surrogate). When the egg comes from the woman carrying the baby (surrogate), it is a complete gestational surrogacy, which is forbidden by Greek law.¹

The general framework for the implementation of artificial insemination methods was determined by Law 3089/2002. However, there are restrictions on the right to assisted reproduction. Such are the restrictions in art. 1455 of Greek Civil Code and 2 § 3 and 4 § 1 of 3305/2005.²

2. The legitimacy of artificial insemination

2.1. Conditions for the implementation of art. 1455 of the Greek Civil Code

a) Inability to reproduce – Avoiding the transmission of a serious disease

Medically Assisted Reproduction (MAR) is only permitted in case of infertility or to avoid the transmission of a serious disease to the child.³ MAR is permitted when it is medically essential⁴ and when “the inability to have children naturally”⁵ is determined objectively. The doctor determines the inability to reproduce, while the law does not define infertility. The inability to have children naturally may be because of the inability to either conceive or carry children. MAR suggests a subsidiary, not an alternative method of having children.⁶ Artificial insemination is not excluded in the case of other children, who have been conceived and delivered naturally (in case of secondary infertility) or have been adopted.⁷ MAR is also allowed when there is need to avoid the transmission of a serious disease⁸ to the child, thus recognizing, legally, the right of the child to be born healthy. In this case, it should be determined that there are diseases inherited by the parents.⁹ This covers, not only the case of the inability to have a child, but also the inability to have a healthy child. It is, also, medically essential to avoid the transmission of a disease from the person requesting assistance to the other and vice versa

¹ A. PAPACHRISTOU, *Family Law*, 2014, 205; V. PERAKI in AP. GEORGIADIS (ed.), *Brief Interpretation of Civil Code*, article 1458, 15.

² *Court of Appeal of Athens*, 3357/2010, in *Nomiko Vima*, 2012, 1440; *Multimember Court of First Instance of Thessaloniki*, 8641/2017, in *EfAD*, 2017, 945.

³ *Court of Appeal of Athens*, 3357/2010 *op. cit.*, *Court of First Instance of Thessaloniki* 7013/2013 *EfAD* 2013, 336; A. VATHRAKOKILIS, in *ErNomAK*, Article 1455, 3; *Court of First Instance of Athens*, 1320/2004, in *Armenopoulos*, 2004, 374.

⁴ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, in P. GEORGIADIS, V. STATHOPOULOS (eds.), *Interpretation of Civil Code*, VII, Articles 1455-1456, 6.

⁵ A. PAPACHRISTOU, *Family Law*, 207-208, in A.P. GEORGIADIS (ed), *Family Law*, 428.

⁶ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 8, V. PERAKI, *op. cit.*, Article 1455, 2.

⁷ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 11, V. PERAKI, *op. cit.*, 3. Opposite, when it comes to surrogacy, K. PANTELIDOU, *Issues of the new institution of “surrogacy”*, in *Armenopoulos*, 2004, 979.

⁸ *Court of First Instance of Athens*, 1320/2004, in *Armenopoulos*, 2004, 374.

⁹ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 8, V. PERAKI, *op. cit.*, 4.

(e.g., HIV).¹⁰ Assisted reproduction is not permitted when it is performed for reasons other than medical necessity.¹¹

Transgender people cannot resort to MAR after gender correction (Law 4491/2017) because they no longer have the genital system or the genital material that suits their current sex for MAR, and as a result, they do not meet the condition of medical necessity.

b) Age

Assisted Reproduction is permitted until the age that the assisted person is physically able to reproduce.¹² Moreover, according to art. 4 § 1 sub. a', c' of Law 3305/2005, the methods of MAR are applied to adults up to the age that the assisted person can reproduce. MAR application to minors is exceptionally allowed due to a serious disease that poses a risk of infertility, to ensure the possibility of childbearing.

In case the assisted person is a woman, the age of natural reproductive capacity is the fiftieth year (art. 4 § 1 sub. b' of Law 3305/2005).¹³ After this limit is exceeded, it is indisputably presumed that there is no natural ability to reproduce. However, it is not possible to determine whether a woman can reproduce naturally, despite the older age. There is no question of unconstitutionality in setting an age limit for women, as opposed to men, as long as the natural reproductive capacity of the two sexes is different. Any redefinition of the upper age limit, for women, to a higher age limit, is a matter for the common legislator. This will only take place when widely accepted research on the subject, demonstrates a higher or lower age limit for natural reproduction for women in Greece. Additionally, there is need for a legislative will to change the existing law.¹⁴ Regarding minors, cryopreservation is allowed under certain conditions (art. 7 § 6 of Law 3305/2005), while especially married minors can also resort to MAR.¹⁵

There are significant ethical dilemmas and pregnancy medical (maternal and fetal) complications near and after menopause in women. Regarding medical complications, the consensus in evaluative research suggests that there is a higher risk of complications in natural pregnancy when the mother is older (e.g. > 35 years old). This risk can be mitigated by careful maternal medical examination and the use of IVF in healthy women. In these cases, an elderly mother, who is otherwise healthy, may become pregnant with a similar risk profile to younger women, when using foreign oocytes.¹⁶

¹⁰ F. TERRÉ/ D. FENOUILLET, *Droit Civil - La Famille*, 2011, 779-780, criticizing this possibility, adopted by the French legislature, arguing that the child's interest in the prospect of losing his or her suffering father or mother is not safeguarded from the disease. But it should not be forgotten that infectious diseases are now medically treatable by modern medicine (such as antiretroviral treatment for HIV).

¹¹ *Court of Appeal of Athens*, 3357/2010, *op. cit.*

¹² *Court of Appeal of Athens*, 3357/2010, *op. cit.*; *Court of First Instance of Athens*, 1320/2004, *op. cit.*

¹³ See and provision 27, 3 *SGB V*, where German law, in contrast to the natural margins of natural reproduction, provides for a maximum of 40 years for women and 50 years for men.

¹⁴ *Court of First Instance of Piraeus*, 275/2016, in *NOMOS*, βλ; however, maternity leave for a 52-year-old woman, *Court of First Instance of Korinthos*, 224/2006, in *ISOCRATES*.

¹⁵ AP. GEORGIADIS, *op. cit.*, 430.

¹⁶ J. HARRISON, MR. BRITTANY, ET AL., *Advanced maternal age: ethical and medical considerations for assisted reproductive technology*, in *International Journal of Women's Health*, 2017, 561-570.

2.2. Reproduction by cloning

The production of people with specific genetic material is prohibited. It runs counter to the principle of respect for human dignity.¹⁷ However, therapeutic cloning is allowed.¹⁸ Therapeutic cloning involves creating a cloned embryo for the sole purpose of producing embryonic stem cells with the same DNA as the donor cell. Researchers hope to use embryonic stem cells, which have the unique ability to generate virtually all types of cells in an organism, to grow healthy tissues in the laboratory that can be used to replace injured or diseased tissues.¹⁹ There are no more provisions for therapeutic cloning in the legislation.

2.3. Sex selection

Sex selection is not permitted, unless a serious sex-linked disease is to be avoided;²⁰ it is only allowed to avoid a serious inherited disease, linked specifically to the sex of the child. Such diseases are, for example, Duchenne disease, hemophilia, and severe mental deprivation, which are transmitted from the carrier mother to her male children exclusively.²¹ The choice of other biological characteristics is also excluded since, even in this case, the personal autonomy of man is violated.²²

This legal choice is pioneering because it takes into account the best interests of the child to be born and particularly the right to be born healthy. So, although it is prohibited to select the sex of the child to be born, in order to prevent people, that can have children in a natural way, to choose MAR in order to select the sex of their child, or to eliminate inequalities between the natural method and MAR, Greek legislation permits this choice for the sake of the children to be born healthy.

2.4. Legal nature of genital material

There is not an expressed provision of the legislation on the matter. According to one point of view highlighted in the literature, sperm, which along with the egg and the fertilized egg constitute human genital material, has a dual legal nature when outside the human body. According to this view, it is at the same time a thing, according to the general article 947 of the Greek Civil Code that provides the legal meaning of things (generally-tangible, impersonal, self-existent object receptive to human power and therefore can be an object of ownership [art. 999 of Greek Civil Code that provides the legal meaning of the objects of ownership generally]) and an element of the personality of the individual (art. 57 of Greek Civil Code).²³ This view, however, runs counter to the basic distinction of modern law between persons and things. Therefore, the view that it is an element of the donor's personality is more correct.²⁴

¹⁷ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 35

¹⁸ *Ibidem.*, 40, K. FOUNTEDAKI, *Human Reproduction and civil medical liability*, 206., V. PERAKI, *op. cit.*, 15

¹⁹ <https://www.genome.gov/about-genomics/fact-sheets/Cloning-Fact-Sheet>.

²⁰ *Court of First Instance of Athens*, 1320/2004, *op. cit.*

²¹ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*; E. MALLIOU, *Genetic testing and law*, 2004, 49.

²² T. VIDALIS, *Life without a face*, 2003, 138.

²³ *Multimember Court of First Instance of Athens*, 1143/2016, in *Chronicles of Private Law*, 2016, 586.

²⁴ C. STAMBELOU in A.K. GEORGIADIS, V. STATHOPOULOS (eds.), VIII, article 1459, 10.

3. Consent to artificial insemination and its withdrawal

According to the provisions of art. 1456 of the Greek Civil Code and art. 5, 7 § 6 L. 3305/2005, consent is a necessary condition for every act that aims at MAR. In particular, art. 1456 of the Greek Civil Code stipulates that consent to any act is declared by persons wishing to have a child. From art. 1456 §1 of the Greek Civil Code in combination with art. 7 § 6 of Law 3305/2005 it is indirectly concluded that only married or heterosexual couples in a consensual union can resort to MAR, while same-sex couples are not allowed²⁵ to do so. Thus, medical assistance is only allowed to heterosexual couples, a single unmarried woman, or an unmarried man.²⁶ It is disputed whether an unmarried man can have access to MAR because the law refers only to unmarried women. It is appropriate to accept the access of unmarried men for reasons of equity between women and men according to art. 5 of the Greek Constitution.²⁷ In relation to the interdiction for same-sex couples' access to MAR, which is quite a traditional bio-conservative position for a progressive legal framework, it can be explained by the general interdiction to same-sex couples to have children according to Greek Law. It doesn't mean that Greek Law excludes same-sex couples specifically from MAR, but it is a general provision, excluding parenting to a same-sex couple. Also, according to the more accurate opinion, consent is also required for the cryopreservation of the genital material by the person or persons submitting it.²⁸

It could be argued that the gender-neutral wording of art. 1456 § 1 sub. α' of the Civil Code, along with the possibility of conducting a cohabitation agreement between two adults, according to art. 1 of Law 4356/2015, leaves a margin for same-sex partners, who live together with a cohabitation agreement, to have the right to have a child following MAR procedures. This view, however, would be unfounded, as in all the discussions that led to the enactment of Law 4356/2015, it was clarified that the extension of the cohabitation agreement to same-sex partners will only concern the relationship between them. For this reason, the legislator did not want to grant them the right to have children either by MAR or adoption. In addition, art. 1456 of the Greek Civil Code, introduced by Law 3089/2002, precedes the time of Law 4356/2015 and its gender-neutral wording is not due to the inclusion of same-sex couples in those eligible to resort to MAR, as the only conceivable forms of cohabitation at that time were marriage and consensual union. The cohabitation agreement, especially for homosexuals, had not yet been introduced to the Greek legal system.²⁹

It could be said that the present framework allows *de facto* a same-sex female couple to have access to MAR (pending all the relevant medical conditions), as long as the person that applies is an "unmarried woman" outside a "consensual union". This could lead to the *prima facie* absurd conclusion that the same woman cannot have access to MAR if she is in a cohabitation agreement with her partner. But it's not the right to access MAR, of the woman that wishes to have the child, that is important in this case. The same woman can declare to be an unmarried woman, although she lives in a consen-

²⁵See indicative in A. KOUKOULIS, *Possibilities of acquiring children by same-sex couples in the Greek legal system*, in *EfAD*, 2019, 282.

²⁶A. PAPACHRISTOU, *Family Law*, 205 ss.

²⁷A. KOUKOULIS, as above.

²⁸K. FOUNTEDAKI, *Human Reproduction and Civil Medical Liability*, 228, 233.

²⁹K. PANAGOPOULOS, V. PERAKI, *Summary of Family Law*, 30-31.

sual union, and can have a child through MAR, establishing the above conclusion to be wrong. The difference between these two situations is that Greek law does not recognize that a child can have, through MAR, parents of the same sex.

3.1. Persons whose consent is required

In married couples, the consent of both spouses is required. In unmarried couples, the consent of both partners is required, including the consent of the unmarried and single woman who requires medical assistance (the same applies to single unmarried men). Consent is provided before any medically assisted reproduction procedure.³⁰ Motherhood and fatherhood are established only with persons who consent to MAR.

3.2. Type of consent

Adherence to this type of consent is justified by the seriousness of the undertaking.³¹ For spouses, a private document is enough. The same must apply to partners who have entered into a cohabitation agreement (law 4356/2015).³² In the case of a consensual union, a notarized document is required.³³ The same applies to single women (and single men). This type of consent is essential.³⁴ Thus, relevant written consent is invalid (art. 159 of Greek Civil Code), if the constituent notarial form, according to art. 1456 sub. b' of the Greek Civil Code, for the unmarried woman and her partner is not followed. It is noteworthy that while, in general for medical procedures, the legislator requires valid (informal) consent by the patient, without the obligation to obtain written consent,³⁵ consent to MAR is considered essential to secure the reliability of the persons involved.

Written consent allows the exercise of the right to have children by artificial insemination, and also covers the recognition of paternity. If there is no document, in principle there is no consensus and legality issues of the medical act may arise. In addition, following law 3305/2005, family ties of the child with the natural father may be affected.³⁶ In this case, the abusive exercise of a right, in defense of infringement of paternity, shall not be excluded.³⁷

As mentioned above, an unmarried woman in a consensual union can resort to artificial insemination with her partner's sperm. According to the general provisions,³⁸ if there is no consent of the latter, by providing a notarized document, to gain voluntary recognition, the judicial recognition of the child is feasible.

³⁰ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, Articles 1455-1456, 55; *Court of First Instance of Athens*, 1320/2004, *op. cit.*

³¹ A. GEORGIADIS, *op. cit.*, 381.

³² C STAMBELOU., *Termination of the Cohabitation Agreement - Presumption of Paternity*, in *EfAD*, 2009, 13. Opposite A. GEORGIADIS, *op. cit.*, 434; D. PAPADOPOULOU-KLAMARI, *The Kinship*, 175-176.

³³ *Court of Appeal of Athens*, 3357/2010, *op. cit.*

³⁴ A. PAPACHRISTOU, *Handbook of Family Law*, 205; A. VATHRAKOKILIS, *op. cit.*, 4. Opposite I. SPYRIDAKIS, *Artificial Insemination*, 45, who argues that the formula is probative.

³⁵ A. KOUKOULIS, *Handbook of Medical Responsibility and Ethics*, 34

³⁶ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 66.

³⁷ E. KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, *Family Law II*, *cit.*, 137.

³⁸ *Areios Pagos*, 898/2014, in *Chronicles of Private Law*, 2014, 669.

On the one hand, written consent of art. 1456 § 1 of the Greek Civil Code allows the exercise of the right to have children by artificial insemination and following art. 1471 § 2. approx. 2 of Greek Civil Code, it includes paternity. On the other hand, the consent of this second article establishes the inviolability of paternity, regardless of the legality of the medical act. This consent, therefore, as a ground for excluding infringement of paternity, is different from the consent required as a condition to allow artificial insemination. The law does not require written consent for the consent of art. 1471 § 2 approx. 2 of Greek Civil Code and, therefore, it may be given written or orally, or even silently deduced from the circumstances. As such is the case where the husband, despite the lack of written consent for artificial insemination, appears and participates with his wife in all stages of the artificial insemination process.³⁹

However, when a man does not legally consent to the MAR procedure of an unmarried woman, he should be treated as a donor, for whom Civil Code 1479 § 2 applies, and not as a person whose paternity may be recognized in court in the future.⁴⁰

3.3. Content and legal nature of the consent

The necessary content in art. 5 § 3 par b' Law 3305/2005 stipulates that the MAR Authority determines the necessary data included in the information forms and consent documents. Specifically, art. 6 of the Code of Ethics for Medically Assisted Reproduction (decision 73 / 24-1-2017 - Government Gazette 293 / B / 7-2-2017) stipulates that the MAR Units should ensure that every person who gives his consent states that: a) he has been given sufficient information to understand the nature, purpose, and effects of the treatment that he or his partner will receive after consent; b) he has been allowed to receive appropriate counseling on the effects of the treatment which he or his / her partner will receive after the consent and c) he/she was given information about the procedure of modifying or withdrawing the consent.

Consent has a legal character⁴¹ because its legal effects are intentional. Informing those involved, as a condition for written consent, is a condition of active consent in this case.⁴² Consent may be defective, invalid, or void. If it is revocable and the MAR has taken place, then the spouse who was deceived, threatened, or cheated may seek the annulment of the consent, based on art. 140 of the Greek Civil Code, and then may infringe on the paternity of the child, according to art. 1469-1470 of the Greek Civil Code.⁴³

³⁹Areios Pagos, 1233/2017, in *NOMOS*; Areios Pagos, 823/2013, in *Greek Justice*, 2014, 91. See *Court of Appeal of Athens*, 594/2016, in *QUALEX*, rejecting a lawsuit filed by a husband who had consented to heterologous artificial insemination because he had explicitly consented to this artificial insemination of his wife.

⁴⁰ FOUNTEDAKI, *Issues from medically assisted reproduction in an unmarried woman* (opinion), in *EfAD*, 2010, 1010.

⁴¹ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 91; A. PAPACHRISTOU, *op. cit.*, 211; D. PAPADOPOULOU-KLAMARI, *The Kinship*, 124; V. PERAKI, *op. cit.*, Article 1456, 4; See FILIOS, *Family Law*, 198, where he argues that this is a quasi-legal act. There is also disagreement about whether it is a direct legal act. See thus I. SPYRIDAKIS, *op. cit.*, 18; LEKKAS, *Deadlines and Affinity in the Civil Code*, 44; E. KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, *op. cit.*, 11, considers that it is simply notified to the doctor.

⁴² F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 114,115.

⁴³ I. SPYRIDAKIS, *op. cit.*, 19.

3.4. Time of consent

Consent is provided before any medically assisted reproduction procedure has taken place.⁴⁴ Any subsequent consent (approval) does not remove the illegal nature of artificial insemination.⁴⁵ However, it is rightly argued that, even if delayed, the consensus brings about the prescribed consequences of art. 1471 § 2 approx. 2 of Greek Civil Code, when it comes from spouses and of art. 1475 § 2 of Greek Civil Code, when filed from partners.⁴⁶

3.5. Legal capacity

To provide consent, the person is required to have full legal capacity.⁴⁷ The exemption is possible for the person who is in subsidiary judicial support, with the consent of the judicial counselor.⁴⁸ The proportional implementation of the special capacity of marriage, for married couples, is possible and it also covers the co-decision of art. 1387 of the Greek Civil Code.⁴⁹ If one of those who consent is legally incompetent, then the consent is invalid.

3.6. Withdrawal of consent

Withdrawal is done in the same type that the consent is made until the transfer of the gametes or the fertilized eggs to the female body.⁵⁰ It is considered that consent is withdrawn if one of the persons who consents dies before the transfer, unless the conditions of art. 1457 of the Greek Civil Code are satisfied. Given consent is withdrawn freely. It cannot be considered abusive⁵¹. Refusal of consent to either homologous or heterologous fertilization (in the case of heterologous, it must be justified, since art. 1386 of the Greek Civil Code is violated) and the unjustified withdrawal of consent to artificial insemination (art. 1386-1387 of Greek Civil Code) constitutes breakpoint marital events.⁵²

4. Conclusion

Greek Family Law, already quite early (since 2002), provided for a modern legal framework regulating the medical involvement in procreation. The legislator proved his social sensitivity, regarding the right of citizens to reproduce, by passing Law 3089/2002, which was pioneering. Reproductive problems have plagued citizens for many years. The formulation of a special Greek legislative framework, which regulated artificial insemination and determined its consequences in the field of kinship, was imperative. In fact, the Greek legislation on Medically Assisted Reproduction is considered to be one of the most liberal and patient-friendly in Europe. From the analysis above it is proved that the legis-

⁴⁴ V. PERAKI, *op. cit.*, 18.

⁴⁵ A. PAPACHRISTOU, *op. cit.*

⁴⁶ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 66.

⁴⁷ *Ibidem*, 95.

⁴⁸ E. KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, *Family Law II*, 16.

⁴⁹ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, No. 97.

⁵⁰ *Court of First Instance of Athens*, 1320/2004, *op. cit.*

⁵¹ F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, *op. cit.*, 151 ss. .

⁵² A. KOUKOULIS, *Grounds for divorce*, 167.

lator provided regulations, which are in the best interests, not only of the interested parties, but also of the child to be born, protecting it from potential diseases.

Deipectives



Disciplina dell'intelligenza artificiale e intelligentizzazione della giustizia in Cina

Ivan Cardillo*

LEGAL FRAMEWORK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE INTELLIGENTIZATION OF JUSTICE IN CHINA

ABSTRACT: The Chinese legislator has designed a complex regulatory framework to regulate the use of artificial intelligence and build a new model of national governance capable of integrating the political, legal, industrial, commercial, financial, environmental, and social credit sectors. Efforts are aimed at developing an increasingly trustworthy and secure AI, the foundation of an intelligent rule of law. The intelligentization of justice operates on the construction of databases, the regulation of the telematic process, the creation of Mobile Micro Courts and internet courts, and goes as far as the development of an AI-assisted case management system. This process of intelligentization is not only a technical tool to make conflict management more efficient but also a response to the needs of the judicial responsibility system. We are moving towards a new paradigm of digital justice, which is declined according to the features of Chinese legal culture.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; smart court; trustworthy AI; governance; rule of law

ABSTRACT: Il legislatore cinese ha delineato un complesso quadro normativo allo scopo di regolare il ricorso all'intelligenza artificiale e costruire un nuovo modello di governance nazionale capace di integrare i settori politico, giuridico, industriale, commerciale, finanziario, ambientale e quello del credito sociale. Gli sforzi puntano a sviluppare un'IA sempre più affidabile e sicura, fondamento di uno stato di diritto intelligente. L'intelligentizzazione della giustizia opera sulla costruzione di database, la regolamentazione del processo telematico, la creazione delle *Mobile Micro Court* e delle *internet court*, e arriva fino allo sviluppo di un sistema di gestione dei casi assistita da IA. Tale processo di intelligentizzazione non è solamente un espediente tecnico per rendere la gestione del conflitto più efficiente, ma anche una risposta alle esigenze

*Senior Lecturer di Diritto comparato e Vice-Direttore dell'Istituto per il Diritto Straniero e Comparato nella Zhongnan University of Economics and Law (Wuhan, Cina), Visiting Professor titolare del corso di Introduzione al Diritto Cinese e Diritto Cinese Avanzato nell'Università di Trento, Adjunct Professor presso la China University of Political Science and Law (Pechino Cina), Senior Advisor per il "Faren", think tank del Legal Daily, quotidiano di informazione giuridica del Governo cinese. Il presente lavoro si è avvalso del sostegno dei «Fundamental Research Funds for the Central Universities», Zhongnan University of Economics and Law (2722021FX002). Mail: ivan.cardillo@unitn.it. Vorrei ringraziare Zhang Zhentao, già mio allievo e ora giudice della Guanzhou Internet Court per la segnalazione di materiale utile alla presente ricerca. I collegamenti a pagine web sono stati verificati da ultimo il 18 luglio 2022. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

ze del sistema di responsabilità giudiziale dei giudici. Si va verso un nuovo paradigma di giustizia digitale, declinato secondo la cultura giuridica cinese.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale; *smart court*; IA affidabile; *governance*; stato di diritto

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il quadro normativo e le priorità del governo cinese – 2.1. Il concetto di IA affidabile – 3. Intelligentizzazione delle corti cinesi – 3.1. La costruzione di database giudiziari – 3.2. Il processo telematico – 3.3. La Mobile Micro Court – 3.4. Le Internet Court – 3.5. Il sistema della responsabilità giudiziale dei giudici – 3.6. Gestione dei casi assistita dall'IA – 3.7. Criticità nella costruzione e nel funzionamento delle corti intelligenti – 4. Conclusioni

1. Introduzione

Il governo cinese sta compiendo sforzi notevoli per lo sviluppo della tecnologia legata all'IA¹ e del relativo quadro legislativo, e punta a diventare il *leader* mondiale nel settore nel 2030. L'intelligentizzazione del paese è uno degli obiettivi chiave indicato anche nella Risoluzione storica del Partito comunista cinese, quale «traguardo storico nella lotta secolare del Partito»². Lo scorso 10 ottobre 2021, Xi Jinping, in occasione della XXXIV sessione di studio collettivo dell'Ufficio politico del XIX Comitato centrale del Partito, ha ribadito la centralità dell'IA, dei *big data*, del *cloud*

¹ Nel 2021 la spesa pubblica in ricerca e sviluppo ha raggiunto la cifra record di 2,79 trilioni di yuan, equivalente a 2.79 punti del PIL, si veda <https://en.people.cn/n3/2022/0210/c90000-9955688.html>. Tra le tante attività promosse, il 26 maggio del 2018 il governo ha costituito la “Lega delle università del paese per l’innovazione dell’intelligenza artificiale e big data”. Le università che compongono il consiglio direttivo sono: Tsinghua University, Zhejiang University, Renmin University, Beijing Institute of Technology, South China University of Technology, Foshan University of Science and Technology, Chongqing University of Posts and Telecommunications, Shanghai University of Engineering Technology, Taiyuan University of Science and Technology, Huaqiao University, Chengdu University of Information Technology, Qufu Normal University, Heilongjiang University. Scopo della Lega è quello di promuovere scambi accademici, missioni internazionali, sviluppo di piattaforme, trasferimento tecnologico, formazione di talenti. La Lega non ha scopo di lucro e si basa sull’adesione volontaria di istituzioni votate alla ricerca scientifica, formazione, sviluppo, produzione, gestione, applicazione e fornitura di servizi nei settori dell’intelligenza artificiale, big data, blockchain, computer, software e tutte le altre tecnologie correlate. Da ultimo, la Lega ha pubblicato un poderoso volume di 1150 pagine di introduzione ai concetti fondamentali dell’intelligenza artificiale, big data e blockchain (*Quánguó gāoxiào réngōng zhìnéng dà shùjù qū kuài liàn xuéyuàn (zhuānyè) jīběn gàikuàng huìbiān (2021 bǎn)*). Da ricordare anche la China Federation of Internet Societies, fondata a maggio del 2018, e che riunisce i più grandi attori del mondo della digitalizzazione cinese come Alibaba, Tencent, China.com, Xinhuanet, JD.com, Internet Society of China, China Internet Service Industry Association, Baidu, 360 Group, China Cyberspace Security Association, China Electronics Chamber of Commerce, China Youth New Media Association. Da ricordare anche l’Associazione cinese per l’Intelligenza Artificiale <https://en.caai.cn/index.php?s=/Home/Article/index/id/47.html>. Per un’analisi del contesto generale e delle politiche economiche relative all’IA si veda H. ROBERTS, J. COWLS, J. MORLEY, M. TADDEO, V. WANG, L. FLORIDI, *The Chinese Approach to Artificial Intelligence: an Analysis of Policy, Ethics and Regulation*, in *AI & Society*, 36, 2021, 59-77. Si veda anche DING J., *Deciphering Chinas AI dream. Future of Humanity Institute*: https://www.fhi.ox.ac.uk/wp-content/uploads/Deciphering_Chinas_AI-Dream.pdf.

² Il testo della Risoluzione è disponibile al seguente indirizzo http://www.gov.cn/zhengce/2021-11/16/content_5651269.htm.

computing, di Internet e della *blockchain* per il rafforzamento della digitalizzazione dell'economia del paese e per la stessa governance generale del paese³.

Scopo del presente saggio è di tracciare l'evoluzione del quadro normativo, individuare le scelte regolamentari del legislatore cinese con riferimento all'uso dell'IA e delle tecnologie ad essa collegate, enfatizzandone le priorità di fondo, e verificare quanto è esteso, e come avviene, il ricorso a queste tecnologie da parte degli operatori del diritto, ed in particolar modo, dai giudici. Si guarderà esclusivamente alla legislazione nazionale non potendo in questa sede dare conto di tutte le esperienze locali. In alcuni contesti i governi locali hanno anticipato misure adottate successivamente a livello centrale. L'autonomia locale è forte, e molte sono le iniziative di agenzie di governo, università, *hub*, laboratori e società private in tema di sviluppo dell'IA.

Quanto emerge è un deciso ricorso all'IA al fine di limitare il potere discrezionale dei giudici e garantire equità, efficienza, e precisione nel giudizio. Diremmo equità "con caratteristiche cinesi", da intendersi come uniformità e meccanicità dell'attività decidente, con un diritto da un lato ridotto a preposizioni normative da assemblare seguendo una logica computazionale, e dall'altro garante di principi fondamentali quali quello del contraddittorio.

2. Il quadro normativo e le priorità del governo cinese

Il quadro normativo è tracciato, per la prima volta, nel 2012 con il XVIII Congresso nazionale del Partito comunista cinese, che espressamente afferma la necessità di «accelerare l'integrazione dell'IA con l'economia, società, difesa nazionale. Promuovere lo sviluppo scientifico e la capacità di innovazione tecnologica per una IA di nuova generazione, lo sviluppo di un'economia intelligente, e la costruzione di una società intelligente»⁴. Successivamente, nel 2015, il Consiglio di Stato ha adottato lo «Schema d'azione per la promozione dello sviluppo dei big data»⁵, e nel 2017 il «Piano di sviluppo dell'intelligenza artificiale di nuova generazione»⁶. Nel 2018, il Ministero dell'istruzione ha pubblicato il «Piano d'azione per l'innovazione dell'intelligenza artificiale nelle università»⁷. Nel 2021, la quarta sessione della tredicesima Assemblea Nazionale del Popolo ha votato e approvato le risoluzioni sul «Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo nazionale, sociale, economico e lo schema degli obiettivi per il 2035»⁸, base per il «Piano di sviluppo dell'industria dei Big Data del quattordicesimo piano

³ Il discorso è disponibile al seguente link <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1722038734476920998&wfr=spider&for=pc>.

⁴ Il testo completo della relazione del Congresso è disponibile al seguente link <http://cpc.people.com.cn/n/2012/1118/c64094-19612151.html>.

⁵ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-09/05/content_10137.htm.

⁶ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-07/20/content_5211996.htm.

⁷ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo http://www.moe.gov.cn/srcsite/A16/s7062/201804/t20180410_332722.html.

⁸ Il testo integrale è disponibile al sito http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm. Il Piano quinquennale è il più importante piano di sviluppo economico e sociale del Governo cinese fin dal 1953. La sua importanza è data sia dalla sua capacità progettuale di lungo termine (l'attuale Piano fissa obiettivi fino al 2035) sia dalla generalità e complessità delle politiche adottate, che puntano a considerare il maggior numero





quinquennale» adottato, a novembre del 2021, dal Ministero dell'industria e dell'informazione tecnologica. La recente Risoluzione del Comitato centrale del Partito comunista cinese sui maggiori traguardi ed esperienze storiche del Partito nello scorso secolo (nota anche come risoluzione storica), adottata a novembre del 2021, individua lo sviluppo tecnologico come pilastro strategico per lo sviluppo del paese. Dal 1° gennaio 2022 è in vigore la Legge sul progresso scientifico e tecnologico che prevede, all'art. 38, il dovere per lo stato di promuovere l'applicazione dei risultati della ricerca e dell'innovazione tecnologica.

Il «Piano di sviluppo dell'intelligenza artificiale di nuova generazione» guarda all'IA nel contesto strategico dello sviluppo delle discipline connesse, quali modellizzazione teorica, innovazione tecnologica, sviluppo *hardware* e *software*, digitalizzazione, informatizzazione, intelligentizzazione (dell'economia, dell'industria, della finanza, delle imprese), sviluppo di piattaforme di supporto, *big data intelligence* e sicurezza dati, apprendimento automatico, computazione quantistica, internet plus. L'IA è vista come uno strumento imprescindibile per la costruzione sociale. Grazie ad essa, il governo conta di superare le contraddizioni sociali e lo stallo di una «società moderatamente prospera», affrontando i problemi più pressanti quali, l'educazione, l'invecchiamento della popolazione, l'assistenza medica, le pensioni, la tutela dell'ambiente, i servizi legali, i servizi pubblici. Il Piano individua le difficoltà legate allo sviluppo dell'IA nell'adattamento delle strutture e la trasformazione dell'impiego, e soprattutto, nell'impatto sulle teorie giuridiche e sociali, sulla tutela della *privacy*, e sulle sfide per le relazioni e il diritto internazionali. Sul piano normativo il Piano fissa il 2020 quale scadenza per una iniziale formulazione di norme etiche, indicazioni politiche, e regolamenti in specifiche aree. Per il 2025 punta a stabilizzare il quadro normativo iniziale, e per il 2030, al raggiungimento di una *leadership* mondiale in tema di IA, anche con riferimento al quadro normativo.

L'intelligentizzazione della *governance* sociale si riferisce alla gestione dell'amministrazione pubblica, e del sistema giudiziario. Le misure indicate riguardano la creazione di governi intelligenti, tribunali intelligenti, città intelligenti. Quanto ai tribunali intelligenti, si legge «processi, personale, applicazioni di dati, informativa giudiziale e monitoraggio dinamico all'interno di una piattaforma integrata di dati giudiziari. Promuove l'uso dell'IA nella raccolta di prove, studio dei casi, lettura e analisi di documenti legali. Raggiungere l'intelligentizzazione dei tribunali e dei sistemi processuali e delle capacità processuali». Nella sezione dedicata alle misure di garanzia, il Piano ritorna sulle questioni normative ed etiche ed indica la necessità di «rafforzare la ricerca sui problemi legali, etici e sociali collegati all'IA, adottare leggi, regolamenti e quadri etici al fine di garantire uno sviluppo salutare dell'IA. Condurre ricerche su questioni giuridiche quali la conferma della responsabilità civile e penale, la protezione della *privacy* e della proprietà, l'utilizzo sicuro di informazioni relative all'uso dell'IA. Creare un sistema di tracciabilità e responsabilità, e chiarire il significato dell'IA e relativi diritti, obbligazioni e responsabilità. [...] Lanciare ricerche sulla scienza del comportamento dell'IA e su questioni etiche, stabilire una struttura multilivello di giudizio morale ed etico e un quadro etico per la collaborazione tra uomo e computer. Sviluppare un codice di condotta etico [...]» Il Piano impegna la Cina a partecipare attivamente alla *governance* globale dell'IA, al rafforzamento dello studio dei maggiori problemi in-

di elementi e variabili possibili, e quindi non solo politiche economiche, ma anche riforme del sistema giuridico, innovazione legislativa e *governance* sociale, salute, tecnologia, ecc.



ternazionali comuni, quali l'alienazione dei robot e la supervisione della sicurezza, alla cooperazione internazionale su leggi, regolamenti e norme internazionali.

Al «Piano di sviluppo dell'intelligenza artificiale di nuova generazione» ha fatto seguito il «Piano d'azione triennale (2018-2020) per promuovere lo sviluppo dell'industria dell'IA di nuova generazione»⁹, che, oltre a dare priorità a determinati settori industriali (automobili intelligenti, servizi robotizzati intelligenti, droni intelligenti, sistemi identificativi di video e di immagini, riconoscimento e interazione vocale, sistemi di traduzione intelligenti, domotica), individua i principi guida del rispetto delle direttive politiche, e dell'edificazione di un ambiente industriale ecologico. L'enfasi è ancora sul miglioramento delle capacità di garantire sicurezza e contribuire ad uno sviluppo ordinato e sano.

A giugno del 2019 il Comitato di esperti per la *governance* nazionale dell'intelligenza artificiale di nuova generazione pubblica i «Principi di governance per l'intelligenza artificiale di nuova generazione: per lo sviluppo di un'IA responsabile»¹⁰. Il testo fissa dei punti importanti: 1. Armonia e affabilità: lo sviluppo dell'IA deve partire dall'obiettivo di migliorare il benessere comune dell'umanità, deve essere conforme ai valori umani, all'etica e alla moralità, promuovere l'armonia uomo-macchina e servire il progresso della civiltà umana. La premessa fondamentale deve essere quella di salvaguardare la sicurezza sociale e rispettare i diritti umani, proibire abusi e applicazioni dannose; 2. Equità e giustizia: lo sviluppo dell'IA deve eliminare pregiudizi e discriminazioni nel processo di acquisizione dei dati, progettazione di algoritmi, sviluppo tecnologico, e fase applicativa; 3. Inclusività e condivisione: l'IA deve promuovere lo sviluppo verde e soddisfare i requisiti di compatibilità ambientale e conservazione delle risorse, ridurre le disparità cetuali e regionali, promuovere uno sviluppo inclusivo che passa anche attraverso l'educazione all'IA e la divulgazione scientifica. Condivisione significa anche lotta al monopolio dei dati e delle piattaforme; 4. Rispetto della *privacy*: vale a dire migliorare i meccanismi di autorizzazione e revoca dell'accesso ai dati personali per combattere qualsiasi furto, manomissione, divulgazione o altro utilizzo illegale delle informazioni personali. 5. Sicurezza e controllabilità: i sistemi di IA devono essere trasparenti, spiegabili, affidabili e controllabili, permettere una sempre maggiore verificabilità, supervisione, tracciabilità; 6. Responsabilità condivisa: gli sviluppatori di IA, gli utenti e le altre parti interessate devono possedere un forte senso di responsabilità sociale e di autodisciplina, e devono essere soggetti a meccanismi di valutazione delle responsabilità. Inoltre il processo di utilizzazione dell'IA deve garantire il diritto umano di conoscerne ed essere informato sui suoi possibili rischi e impatti. 7. Aperta collaborazione: incoraggiare gli scambi e la cooperazione tra discipline, settori, e regioni, promuovere il coordinamento e l'interazione tra organizzazioni internazionali, dipartimenti governativi, istituti di ricerca, istituti di istruzione, imprese e organizzazioni sociali. 8. *Governance* agile: promuovere uno sviluppo innovativo e ordinato, migliorare gli strumenti tecnologici di intelligentizzazione, di gestione, e di *governance* nell'arco dell'intero ciclo di vita dei prodotti e servizi basati su intelligenza artificiale.

⁹ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo http://www.cac.gov.cn/2017-12/15/c_1122114520.htm

¹⁰ Il testo è disponibile al link <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1636567627966397830&wfr=spider&for=pc> per la traduzione inglese si veda L. LASKAI, G. WEBSTER, *Translation: Chinese expert group offers 'governance principles' for 'responsible AI'*, in *New America*, 2019, <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-responsible-ai/>.



Il tema dell'apertura e della condivisione è approfondito dal Ministero della scienza e della tecnologia con le «Linee guida per il lavoro di costruzione di una piattaforma nazionale aperta d'innovazione per l'IA di nuova generazione»¹¹, n. 265 del 2019. Le linee guida declinano i principi dell'«apertura e condivisione», considerati fondamentali per lo sviluppo industriale di un'IA cinese in grado di «diventare il nuovo motore guida dello sviluppo di reali iniziative economiche e sociali». Le Linee guida individuano quali principi costitutivi l'applicazione come forza motrice, il ruolo guida riconosciuto alle aziende, l'adozione di meccanismi orientati al mercato e l'innovazione come prodotto della sinergia tra governi locali, istituti di ricerca, università. L'enfasi è decisamente più sull'industria e sullo sviluppo orientato al mercato, e poco sulle problematiche legate alla tutela e alla sicurezza.

Sull'integrazione tra IA e *blockchain*, il Ministero dell'industria e dell'informazione tecnologica e l'Amministrazione centrale per lo spazio cibernetico hanno adottato nel 2021 l'«Opinione Guida sull'accelerazione dell'utilizzo della tecnologia blockchain e lo sviluppo industriale»¹². Nel documento si parla di integrazione tra *blockchain* e *industrial internet*, *big data*, *cloud computing* e IA. Lo scopo è di «sviluppare tecnologie e metodi per la formazione dell'intelligenza artificiale e la condivisione di algoritmi basati su blockchain e promuovere lo sviluppo di modelli di intelligenza artificiale distribuita, esplorare l'uso della tecnologia di intelligenza artificiale per migliorare l'efficienza delle operazioni basate su blockchain e il livello di intelligentizzazione della collaborazione dei nodi».

Altra forma di integrazione promossa è quella tra IA e *big data* nell'«Opinione guida del Ministero dell'industria e dell'informazione tecnologica sullo sviluppo di Big data industriali»¹³ n. 67 del 2020, dove lo sviluppo industriale è collegato esplicitamente allo sviluppo dell'IA e all'accesso ai dati, aggregazione di dati, modelli di analisi, ed applicazioni sperimentali.

L'«Opinione guida dell'Ufficio della commissione per gli affari dello spazio cibernetico, della Commissione di riforma e sviluppo nazionale, del Ministero dell'industria e dell'informazione tecnologica e dell'Amministrazione energetica nazionale sull'accelerazione della costruzione di un sistema di coordinamento e innovazione per l'integrazione nazionale dei centri di Big Data»¹⁴ n. 1922 del 2020 prevede la creazione di un sistema di «catena digitale» in grado di collegare centri, dipartimenti, imprese, agenzie. Rileva sottolineare l'importanza riconosciuta all'integrazione dei dati tra agenzie di governo e imprese, da compiersi con la creazione di «city data brains». La necessità individuata è data dall'importanza di garantire migliori servizi per i cittadini che necessitano di accesso a *big data*, e garantire l'erogazione di servizi *online* e *offline*. Al tempo stesso è esplicitata la necessità di definire un quadro normativo chiaro, che disciplini l'individuazione delle responsabilità per la condivisione di dati governativi.

Specificatamente per l'ambito sanitario, l'«Opinione guida dell'Ufficio generale del Consiglio di stato sulla promozione e regolamentazione dell'applicazione e sviluppo dei Big data per la salute e le cure

¹¹ Il testo completo è disponibile al seguente link: http://www.gov.cn/xinwen/2019-08/04/content_5418542.htm.

¹² Il testo completo è disponibile al seguente link: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1701978759868373252&wfr=spider&for=pc>.

¹³ Il testo completo è disponibile al seguente link http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-05/15/content_5511867.htm.

¹⁴ Il testo completo è disponibile al seguente link <https://zfxgk.ndrc.gov.cn/web/iteminfo.jsp?id=17587>.



mediche»¹⁵ n. 47 del 2016 prevede il binomio garanzia sicurezza e necessità di applicazione e sviluppo, al fine di creare una piattaforma di condivisione e accesso dei dati a livello nazionale. Nella sezione “obiettivi fondamentali e progetti importanti” si legge: «Ricerca, sviluppare e promuovere una sanità intelligente e digitalizzata, e dispositivi per le cure mediche. Sostenere la ricerca per la tecnologia di IA in relazione alla salute e alle cure mediche, tecnologia 3D bioprinting, robot medici [...] dispositivi di Internet of Things, prodotti medici intelligenti». L'amministrazione dei dati è strutturata su un sistema di «autorizzazioni per livelli, applicazioni per categorie, poteri e responsabilità proporzionati» ed è implementata grazie al ricorso ad un meccanismo di lavoro basato su *Internet Plus* e salute.

Le varie opinioni guida menzionate fin qui fissano i medesimi principi fondamentali: enfasi sull'applicazione e innovazione, attenzione all'ecologia, collaborazione multilaterale, sicurezza, garanzie.

Nel 2021 il legislatore interviene adottando la Legge sulla sicurezza dei dati della Repubblica popolare cinese¹⁶. Nel testo si stabilisce che l'accesso e l'elaborazione dei dati deve avvenire (art. 8) nel rispetto della legge e dei regolamenti, delle norme sociali ed etiche, dell'etica professionale, e che bisogna agire in buona fede, adempiere ai doveri di tutela della sicurezza dei dati, non minare la sicurezza nazionale, l'interesse pubblico e ogni altro diritto e interessi degli individui o organizzazioni. La sicurezza dei dati è il tema centrale dell'intera legge. L'art. 13 fissa un principio importante per lo sviluppo dell'IA in base al quale lo stato ha il dovere di bilanciare le necessità legate all'uso e sviluppo industriale dei dati, con quelle legate alla loro tutela, *privacy* e sicurezza. I due valori da bilanciare sono quello della sicurezza e quello della necessità di sviluppo, ovvero garantire ai *software* di IA l'accesso ai dati, necessario per allenare i relativi algoritmi nel rispetto dei diritti. L'art. 15 invece fa un passo ulteriore e riconosce allo stato il dovere di sostenere lo sviluppo e l'uso dei dati al fine di migliorare il livello di intelligenza dei servizi pubblici. La seconda parte dell'articolo guarda ai bisogni degli anziani e dei disabili al fine di eliminare gli ostacoli nella loro vita quotidiana. Questo è solo il primo di una lista di doveri indicati dalla legge, coerenti con il piano politico di sviluppo di una strategia per i *big data*. Sostanzialmente si tratta di garantire lo sviluppo a tutto tondo dei *big data* a scopo tecnologico, commerciale, industriale, scientifico, educativo. Sicurezza nazionale e interesse pubblico fanno da cornice ad ogni iniziativa.

La Legge sulla sicurezza informatica¹⁷, in vigore dal 1 giugno del 2017, sebbene non parli esplicitamente di intelligenza artificiale, *blockchain* o *big data*, fissa dei principi generali fondamentali per l'utilizzo della rete informatica che influenzano l'uso di queste tecnologie. In particolare la legge si occupa di *network data*, “dati di reti”. Per “dati di rete” si intendono tutti i tipi di dati elettronici raccolti, archiviati, trasmessi, elaborati e generati attraverso la rete (art. 76 punto 4). L'art. 18 incoraggia lo sviluppo di tecnologia per il loro uso e per la loro protezione. Sugli operatori di rete ricade l'obbligo

¹⁵ Il testo completo è disponibile al seguente link http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-06/24/content_5085091.htm.

¹⁶ Il testo completo è disponibile al seguente link <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202112/1abd8829788946ecab270e469b13c39c.shtml>.

¹⁷ Il testo completo è disponibile al seguente link: http://www.gov.cn/xinwen/2016-11/07/content_5129723.htm.



di garantire la sicurezza della rete. Tra le misure da adottare a tale scopo ci sono la categorizzazione dei dati, il loro *backup* e crittografia (art. 21).

I dati personali, ovvero tutte quelle “informazioni relative a persone fisiche identificate o identificabili che sono registrate elettronicamente o in altro modo, escluse le informazioni che sono state rese anonime”, sono tutelati dalla Legge sulla protezione dei dati personali della Repubblica popolare cinese,¹⁸ in vigore dal 1 novembre 2021, come indicato all’art. 4. La legge, all’art. 62 punto 2, individua l’IA, e le sue funzioni di riconoscimento facciale, quali tecnologie particolarmente invasive e potenzialmente lesive dei diritti dei cittadini. Il capitolo II della legge regola le possibilità di trattamento di tali dati personali e individua nel consenso un requisito fondamentale, disciplinandone nel dettaglio le modalità di espressione (artt. 14, 15, 16).

Con riferimento invece alla circolazione e raccomandazione di dati, il legislatore cinese ha voluto intensificare i filtri sulla liceità e qualità dei dati, prevedendo obblighi di controllo anche in capo ai fornitori di servizi raccomandati da algoritmi, come previsto dalle Disposizioni sull'amministrazione delle raccomandazioni generate da algoritmi per i servizi di informazione su Internet¹⁹, in vigore dal 1 marzo del 2022, all’art. 8. Ai fornitori è richiesto di «rispettare leggi e regolamenti, la moralità sociale e l'etica, di osservare l'etica aziendale e professionale e agire in modo imparziale, equo, aperto, trasparente, scientifico, ragionevole e onesto» (art. 4). L'enfasi è posta, anche in questo caso, sulla sicurezza e sui meccanismi di gestione (art. 9)²⁰.

2.1. Il concetto di IA affidabile

Nel presiedere la nona sessione di studio collettiva del Comitato centrale del Politburo nell'ottobre 2018, il segretario generale Xi Jinping ha sottolineato che «è necessario rafforzare il nostro giudizio sui potenziali rischi dello sviluppo dell'intelligenza artificiale e rafforzare la nostra vigilanza contro di essi, per salvaguardare gli interessi delle persone e la sicurezza nazionale e garantire la sicurezza, l'affidabilità e la controllabilità dell'intelligenza artificiale»²¹. Aumentare la fiducia nell'uso dell'IA e promuoverne il sano sviluppo sono i temi centrali per lo sviluppo di un'IA affidabile.

Il concetto di IA affidabile è stato proposto per la prima volta dal prof. He Jifeng²² in occasione della Conferenza scientifica di Xiangshan del 2017. Lo studioso distingue due scenari: uno nel quale l'IA è affiancata all'attività industriale e produttiva, es. nel trasporto intelligente, agricoltura intelligente,

¹⁸ Il testo completo è disponibile al seguente link: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/a8c4e3672c74491a80b53a172bb753fe.shtml>.

¹⁹ Il testo completo è disponibile al seguente link: http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2022-01/04/content_5666429.htm.

²⁰ A completamento del quadro normativo generale in tema di tutela dei dati è necessario ricordare anche le Misure amministrative per i servizi di informazione su Internet in vigore dal 2011 e non ancora abrogate, il Regolamento sulle telecomunicazioni adottato nel 2000 ed emendato nel 2014 e nel 2016, la Legge sulle sanzioni dell'amministrazione di pubblica sicurezza adottate nel 1986 ed emendate da ultimo nel 2012 e il Regolamento sulla protezione della sicurezza nella connessione internazionale delle reti informatiche del 2011. Per questioni di spazio non è possibile ricordare l'attività di interpretazione giudiziale della Suprema corte del popolo sul tema, ma se ne segnala la presenza.

²¹ Il testo completo è disponibile al seguente link: http://www.gov.cn/xinwen/2018-10/31/content_5336251.htm.

²² Considerato uno degli esperti più autorevoli.



medicina intelligente ecc., ovvero settori in cui l'applicazione dell'IA è considerata generalmente un bene. Nel secondo scenario invece l'IA è applicata in forma autonoma, come nel gioco degli scacchi, nel gioco del Go, ecc. Lo studioso interpreta il concetto di affidabilità in termini di sicurezza, e invoca maggiore attenzione alla sicurezza dei dati e degli algoritmi. L'acquisto, la raccolta, la gestione, la trasmissione e la vendita dei dati devono poter avvenire attraverso piattaforme sicure, capaci di garantire la qualità dei dati e di tutelare la *privacy*. Quanto all'algoritmo, i problemi principali individuati sono legati alla sua affidabilità, interpretabilità e ai margini di miglioramento e di prevenzione degli errori²³.

Il Libro bianco per un'IA affidabile²⁴, pubblicato a luglio del 2021, dalla *China Academy of Information and Communications Technology*²⁵ e dalla *JD Explore Academy*, centro ricerca del colosso della tecnologia e dell'e-commerce cinese JD, riprende il lavoro del Comitato di esperti per la *governance* nazionale dell'intelligenza artificiale di nuova generazione e le idee del prof. He e prova ad indicare delle raccomandazioni. Nel libro bianco si sostiene che il concetto di IA affidabile non si limiti più alla definizione della tecnologia, dei prodotti e dei servizi dell'IA stessa, ma vada esteso anche alle metodologie sistematiche che coinvolgono tutti i passaggi necessari alla costruzione di un'IA affidabile. Inoltre, il documento è particolarmente importante per l'osservatore straniero perché si pone in dialogo con l'esperienza normativa occidentale ed in particolar modo con l'«Artificial Intelligence White Paper» dell'UE e con il «Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in Government» degli Stati Uniti.

Quanto alla tecnologia a supporto dell'affidabilità, il Libro bianco fissa i requisiti capaci di garantire affidabilità e controllabilità, trasparenza e interpretabilità²⁶, protezione dei dati, responsabilità, diversità e tolleranza. La sfida della garanzia di stabilità comporta lo sviluppo di strumenti di difesa contro attacchi, *data poisoning*, e interferenze esterne, ed è un aspetto centrale non solo per l'integrità del sistema di IA ma anche per garantire la tutela della *privacy*.

L'equità dell'IA è declinata nella capacità di evitare discriminazioni. Possibili discriminazioni si verificano quando la raccolta dei dati avviene in condizioni limitate, tali da sbilanciare i pesi dei diversi gruppi nei dati. Il modello di intelligenza artificiale addestrato su un set di dati sbilanciato, quando applicato a dati complessivi, porta ad un processo decisionale ingiusto del modello, anche quanto le prestazioni vengono limitate ad una piccola quantità di dati. È dunque fondamentale costruire un set di dati eterogenei.

Quanto alle pratiche aziendali per l'affidabilità, data l'imperfezione della tecnologia come punto di partenza, il Libro bianco chiarisce la necessità di fare attenzione al corretto uso della tecnologia, attraverso una cultura aziendale dell'affidabilità e un sistema di gestione affidabile, garantendo così a

²³ HE JIFENG, *Produzione intelligente e intelligenza artificiale sicura ed affidabile (Zhìnéng zhìzào yǔ ānquán kě xìn réngōng zhìnéng)*, in *Information Security and Communications Privacy*, 12, 2020, 2-6.

²⁴ Testo disponibile su <https://perma.cc/9XZR-8KNE>. Per la versione inglese ad opera del Center for Security and Emerging Technology si veda: https://cset.georgetown.edu/wp-content/uploads/t0390_trustworthy_AI_EN.pdf.

²⁵ *Think tank* all'interno del Ministero dell'industria e dell'informazione tecnologica.

²⁶ Al fine di rendere i modelli di IA più spiegabili, i ricercatori hanno proposto di stabilire un meccanismo di visualizzazione per tentare di valutare e spiegare gli stati intermedi del modello. L'influenza dei dati di addestramento sul modello di IA convergente finale può essere analizzata, invece, attraverso una funzione di influenza.



monte una qualità affidabile dei sistemi di IA. Tutte le attività aziendali devono puntare allo sviluppo di una sensibilità verso il problema, sia nell'attività manageriale che in quella dei vari impiegati. L'intera attività di ricerca e sviluppo deve puntare al miglioramento dell'affidabilità nelle varie fasi di progettazione. Tracciabilità e trasparenza devono diventare valori centrali di tutto il processo di sviluppo e di innovazione.

A livello di pratiche industriali affidabili, l'IA affidabile richiede la partecipazione e l'impegno dell'intera industria, attraverso la creazione di un sistema di standard affidabili, di valutazione e test dell'IA, nonché la previsione di metodi assicurativi e altri metodi sociali per la gestione del rischio legato al ricorso all'IA. Il Libro bianco suggerisce attività di verifica e valutazione in capo a soggetti terzi. Accanto al Libro bianco per un'IA affidabile, dal 2018 viene pubblicato il Libro bianco sugli *standard* dell'IA²⁷ ad opera del *China Electronics Standardization Institute*, che dal 2017, a seguito del «Piano di sviluppo dell'intelligenza artificiale di nuova generazione» ha istituito il Gruppo di lavoro nazionale per la standardizzazione dell'IA e il Gruppo consultivo di esperti²⁸. Dal 2020 il gruppo opera secondo le «Linee guida per la costruzione di un sistema nazionale di standard dell'IA di nuova generazione»²⁹. Gli *standard* individuati sono otto: A basi comuni; B supporto di tecnologie e prodotti; C *software* di base e piattaforma *hardware*; D tecnologie chiave a carattere generale; E tecnologie chiave in settori specifici; F prodotti e servizi; G applicazioni industriali; H sicurezza ed etica.

Gli *standard* di sicurezza e protezione della *privacy* comprendono sei parti: sicurezza di base, sicurezza dei dati, dell'algoritmo e del modello, sicurezza della tecnologia e del sistema, gestione e servizi di sicurezza, test e valutazione della sicurezza, e sicurezza del prodotto e dell'applicazione. Tra questi, lo *standard* di sicurezza di base dell'intelligenza artificiale costituisce lo *standard* di base del sistema *standard* di sicurezza dell'intelligenza artificiale, utilizzato per guidare l'intero processo di lavoro sulla sicurezza dell'intelligenza artificiale, che parte dai concetti e termini di intelligenza artificiale, architettura di riferimento per la sicurezza, requisiti di sicurezza di base. Gli *standard* di sicurezza dei dati, degli algoritmi e dei modelli dell'IA sono proposti per rischi di sicurezza importanti nei dati, negli algoritmi e nei modelli dell'IA, tra cui la sicurezza dei dati, la protezione della *privacy* e l'affidabilità dei modelli algoritmici. La tecnologia IA e gli *standard* di sicurezza del sistema vengono utilizzati per guidare la costruzione della sicurezza delle piattaforme del sistema IA, inclusi principalmente gli *standard* di sicurezza del framework IA open source, gli *standard* di ingegneria della sicurezza del sistema

²⁷ Il testo è disponibile parzialmente tradotto in lingua inglese J. DING, P. TRIOLO, *Translation: Excerpts from China's 'White Paper on Artificial Intelligence Standardization'*. in *New America*, 2018, <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-excerpts-chinas-white-paper-artificial-intelligence-standardization/>. Per il testo completo, disponibile solo in cinese, dell'edizione del 2018 invece si veda <http://www.cesi.cn/images/editor/20180124/20180124135528742.pdf>.

Dal 2019 viene pubblicato anche il Libro bianco sugli *standard* di sicurezza dell'IA, si veda <http://www.djbh.net/webdev/web/PolicyStandardsAction.do?p=getBzfl&id=8a8182566ed3d102016fad58f9ab0047&classification=B>. La pubblicazione immediatamente successiva in ordine temporale è del 2021, l'edizione aggiornata del Libro bianco sugli *standard* di sicurezza dell'IA è disponibile all'indirizzo: <http://www.cesi.cn/images/editor/20210721/20210721160350880.pdf>.

²⁸ Alla cerimonia inaugurale hanno preso parte più di 400 esperti. <http://www.cesi.cn/201801/3539.html>

²⁹ Il testo è disponibile al seguente link <http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-08/09/5533454/files/bf4f158874434ad096636ba297e3fab3.pdf>, pubblicato nel 2020.



IA, gli *standard* di sicurezza delle strutture informatiche IA e gli *standard* della tecnologia di sicurezza IA.

La gestione della sicurezza dell'IA e gli *standard* di servizio servono principalmente a garantire la gestione dell'IA e la sicurezza dei servizi, inclusa la gestione dei rischi per la sicurezza, la sicurezza della catena di approvvigionamento, le operazioni di sicurezza dell'IA e le funzionalità dei servizi di sicurezza dell'IA.

Gli *standard* dei test e valutazione della sicurezza dell'IA, secondo i criteri di valutazione di base, analizzano principalmente i punti chiave dei test e della valutazione della sicurezza degli aspetti degli algoritmi, dei dati, della tecnologia, dei sistemi e delle applicazioni dell'IA, e propongono modelli di algoritmi dell'IA, e strumenti di sicurezza del sistema e della piattaforma di servizi, sicurezza dei dati, rischi applicativi, indicatori di valutazione dei test. Gli *standard* di sicurezza dei prodotti e delle applicazioni di intelligenza artificiale nello sviluppo *standard* in aree urgenti servono principalmente a garantire la sicurezza della tecnologia, dei servizi e dei prodotti di intelligenza artificiale in scenari applicativi specifici, e possono essere utilizzati per esigenze mature di sicurezza, vale a dire ampiamente utilizzate o esigenze di sicurezza molto specifiche come nel caso di serrature intelligenti, audio intelligente, controllo intelligente dei rischi, servizio clienti intelligente.

Gli *standard* etici si riferiscono alla standardizzazione dei requisiti per l'impatto dei servizi di intelligenza artificiale sull'etica tradizionale e sull'ordine legale e si concentrano su settori speciali quali l'assistenza medica, i trasporti e il soccorso di emergenza. Il Libro bianco fissa i seguenti principi: interesse umano, per cui l'IA deve beneficiare all'essere umano e allo stato sociale; principio della responsabilità, sia con riferimento allo sviluppo che all'applicazione. Ne consegue che lo sviluppo deve fondarsi sul principio della trasparenza, e l'applicazione deve seguire il principio di parità di diritti e responsabilità; il principio della "coerenza di diritti e responsabilità", in riferimento al bilanciamento tra tutela dei diritti di proprietà intellettuale delle società commerciali che lavorano alla raccolta di dati ed esigenza di revisionare e supervisionare l'operato di tali aziende relativo al funzionamento dell'algoritmo e delle applicazioni commerciali.

L'ultimo Libro bianco sugli *standard* dell'IA pubblicato nel 2021³⁰ procede ad una comparazione di tutti gli *standard* di classificazione oggi disponibili a livello internazionale. Il valore aggiunto di questo Libro è dato dagli esempi di interpretazione, valutazione e catalogazione degli schemi di applicazione pratica dell'IA. È possibile, ad esempio, osservare come viene concretamente valutata la sicurezza e l'etica nel caso specifico. I vari protocolli di riferimento sono individuati dal Comitato tecnico nazionale per la standardizzazione della sicurezza delle informazioni (SAC/TC 260), e sono attualmente declinati in 32 differenti parametri.

La *Beijing Academy of Artificial Intelligence* (BAAI) ha contribuito al dibattito definendo IA affidabile quella capace di essere etica, ovvero equa, non discriminatoria, trasparente, spiegabile, prevedibile, tracciabile e responsabile. L'essere etica, insieme al fare del bene, servire l'umanità, essere responsabile, controllare i rischi, essere inclusiva, essere aperta e condivisibile sono priorità ribadite anche nei principi fondamentali per la ricerca e sviluppo nel campo dell'IA così come individuati nei Principi di Pechino dell'IA del 2019, pubblicati dalla BAAI in collaborazione con *Peking University, Tsinghua*

³⁰ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.cesi.cn/images/editor/20210721/20210721160350880.pdf>.



University, Institute of Automation, Institute of Computing Technology presso l'Accademia cinese delle scienze, e le grandi aziende del settore quali Baidu, Alibaba e Tencent. L'uso dell'IA, sempre secondo i principi di Pechino, deve essere saggio, basato sul consenso informato, e deve ricorrere all'educazione e alla formazione. La *governance* dell'IA, infine, deve ottimizzare gli impieghi, essere cooperativa ed armoniosa, adattabile e moderata, consapevole di possibili scenari e atualizzabile, e deve pianificare a lungo termine per sviluppare intelligenza aumentata e intelligenza artificiale generale³¹. A questi principi la BAAI ha aggiunto, nel 2021, la Dichiarazione per un'industria di IA responsabile, che aggiunge un tema a quelli già affermati in passato, ovvero quello della "autodisciplina, autogoverno, e responsabilità condivisa". Si legge nel testo: «I professionisti dell'IA devono avere un alto senso di responsabilità sociale e autodisciplina. I principi e le pratiche di etica e *governance* dell'IA devono essere integrati nell'intero ciclo di vita dei prodotti e servizi abilitati all'IA. Sosteniamo che le imprese debbano istituire comitati di *governance* dell'IA o gruppi di lavoro, e creare posizioni per ricercatori di etica, o cercare supporto tecnico esterno, al fine di praticare efficacemente l'autodisciplina attiva. Allo stesso tempo, è necessario promuovere una *governance* profonda e collaborativa con la partecipazione di imprese, governi e società, e partecipare attivamente alla formulazione e all'attuazione di leggi, regolamenti e *standard* relativi all'IA»³².

Il tema dello sviluppo tecnologico equo è di competenza del Comitato etico nazionale per la scienza e la tecnologia istituito nel 2019 dal Comitato centrale del Partito comunista cinese con l'adozione del «Piano di formazione del Comitato etico nazionale per la scienza e tecnologia», allo scopo di fissare i valori fondamentali che le attività scientifiche devono rispettare. Compito del comitato è anche quello di contribuire alla formazione di un quadro legislativo sempre più chiaro, e di coordinare le attività tra i vari soggetti coinvolti. Altra funzione è quella di revisionare le norme etiche e di supervisionarne il rispetto, accertare eventuali responsabilità in caso di violazione, e gestire un sistema di allerta precoce in caso di rischi di violazione³³.

Infine il governo cinese ha creato il Comitato IA per la costruzione di un sistema di gestione dell'etica tecnologica, come previsto dall'art. 51 della nuova Legge sul progresso scientifico e tecnologico. Lo scorso marzo il comitato ha adottato il «Parere sul rafforzamento della *governance* etica della scienza e tecnologia»³⁴. Le condizioni fondamentali di tale modello di *governance* prevedono: priorità alle questioni etiche, a partire dalla prima fase della ricerca scientifica fino all'implementazione ed uso. L'obiettivo è avere un'innovazione sempre più responsabile; sviluppo di un quadro legislativo chiaro;

³¹ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo <https://baike.baidu.com/item/人工智能北京共识/23515671?fr=aladdin> per la traduzione inglese <https://www.wired.com/beyond-the-beyond/2019/06/beijing-artificial-intelligence-principles/>.

³² Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo https://www-pre.baai.ac.cn/news_article?content_id=84&type=news.

³³ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo <http://cpc.people.com.cn/n1/2019/0724/c64094-31254351.html>. La centralità del rischio è fortemente sostenuta da Tencent, la più grande *tech company* cinese e una delle dieci più grandi al mondo. Nel suo "Explainable AI Development Report 2022: Concepts and Practices for Opening the black Box of Algorithms", la società afferma che l'intera *governance* dell'IA deve fondarsi sulla gestione del rischio, distinguendo vari livelli di rischio, vari tipi di sistemi di IA e possibili scenari. Si veda il capitolo 4, 37-42. Il documento è disponibile all'indirizzo <https://docs.qq.com/pdf/DSmVSRHhBeFd0b3Zu>.

³⁴ Il testo è disponibile all'indirizzo http://www.gov.cn/zhengce/2022-03/20/content_5680105.htm.



affidamento ad una gestione agile, in modo da riuscire a rispondere tempestivamente alle nuove sfide che l'innovazione pone; adeguamento alle condizioni del paese. L'innovazione deve rispondere alle caratteristiche storiche, sociali, culturali dello sviluppo del paese; collaborazione aperta, vale a dire proporre un modello di innovazione aperto a livello internazionale, basato sul multipartitismo, e contribuire alla promozione di una *governance* etica globale. Il Parere individua dei primi obiettivi etici: miglioramento del benessere umano, rispetto del diritto alla vita, dell'equità e della giustizia³⁵, controllo ragionevole e prevenzione dei rischi³⁶, apertura e trasparenza. La diffusione dei problemi etici e la sensibilizzazione alle tematiche dell'etica dello sviluppo tecnologico è indicato come un obiettivo strategico.

3. Intelligentizzazione delle corti cinesi

L'uso della tecnologia informatica e la creazione di processi telematici erano già stati individuati come parti importanti della riforma della giustizia dal governo cinese nel «Programma quinquennale di riforma dei tribunali del popolo» del 1999³⁷. Da ultimo è intervenuto il presidente della Suprema Corte del popolo sul punto, ribadendo l'importanza della modernizzazione della giustizia e della costruzione di tribunali informatizzati 4.0³⁸.

Nel 2019, l'«Avviso della Suprema corte del popolo sull'azione delle priorità lavorative dei tribunali del popolo nel 2019»³⁹, n. 7, chiaramente afferma la necessità di integrare l'innovazione tecnologica, *big data* e IA, con il lavoro giudiziale. Si legge:

«La gestione dei casi assistita dall'intelligenza deve essere sviluppata in modo completo sulla base di file elettronici, devono essere fatti sforzi per compiere progressi in una serie di tecnologie critiche rappresentate dalla tecnologia dell'intelligenza artificiale per i tribunali intelligenti e la costruzione di "processi intelligenti, esecuzioni, servizi e gestione" deve essere vigorosamente promossa. La generazione in tempo reale e l'applicazione approfondita dei file elettronici devono essere sviluppate in modo solido e devono essere stabilite regole e standard di lavoro che coprano l'intera attività processuale, in modo da ottenere un promemoria intelligente e una supervisione simultanea, e garantire che il lavoro di gestione del caso funzioni online durante l'intero processo. Le risorse di dati giudiziari devono essere arricchite e ampliate, vanno sviluppate funzioni di servizio di big data giudiziari, in modo da fornire riferimenti e servizi utili ai dirigenti per l'attività decisionale, il processo e l'esecuzione, la governance sociale e le altre attività».

³⁵ Da intendersi come rispetto per le differenti credenze religiose e tradizioni culturali, rispetto per i differenti gruppi etnici, e prevenzione contro discriminazione e pregiudizi.

³⁶ Il testo specifica rischi legati alla sicurezza sociale, alla sicurezza pubblica, alla sicurezza biologica e alla sicurezza ecologica.

³⁷ Si veda J.I. WEIDONG, *The Digital Age and Re-Construction of the Legal Network: The Role of Information Technology in China's Judicial Reform*, in *Sociology of Law (Professional Journal of the Japanese Association of Sociological of Law)*, 54, 2001, 222–35.

³⁸ Si veda Z. QIANG, *Approfondire la costruzione di tribunali intelligenti e promuovere lo sviluppo di alta qualità del lavoro dei tribunali del popolo (Shēnhuà zhìhuì fǎyuàn jiànshè tuīdòng rénmín fǎyuàn gōngzuò gāo zhìliàng fāzhǎn)*, in *People's Court Daily*, 14/05/2021, 1.

³⁹ Il testo è disponibile al seguente link <https://www.66law.cn/tiaoli/11964.aspx>.



Sempre nel 2019, il «Quinto programma quinquennale di riforma dei tribunali del popolo (2019-2023)»⁴⁰ individua tra i principi fondamentali l'importanza di «insistere sul rafforzamento del ricorso alla tecnologia. Implementare la strategia del rafforzamento di un paese interconnesso, e della costruzione complessiva di tribunali intelligenti. Ricorrere alle opportunità storiche della rivoluzione tecnologica e scientifica, fare pieno uso dei moderni strumenti scientifici e tecnologici quali big data, cloud computing, intelligenza artificiale, per risolvere i problemi di riforma e miglioramento dell'efficienza giudiziale, promuovere la riforma dei tribunali del popolo e i due aspetti dell'intelligentizzazione e dell'informatizzazione, offrire tutto lo sforzo tecnologico e scientifico al fine di promuovere la modernizzazione del sistema giudiziario e delle sue capacità».

Del 2019 è anche l'«Avviso dell'Ufficio generale della Suprema corte del popolo per completare il lavoro di costruzione di tribunali intelligenti nel 2019»⁴¹. L'Avviso ribadisce l'importanza di costruire un sistema giudiziario 3.0, fondato sul ricorso alle tecnologie intelligenti. L'enfasi è posta sulla necessità di eliminare le barriere che isolano i dati e che impediscono la comunicazione tra sistemi e banche dati. Tale compito spetta a ciascun tribunale del popolo e riguarda tutti i tribunali di ogni ordine e grado. La Suprema corte del popolo deve guidare la costruzione e lo sviluppo di un'IA giudiziale. L'Avviso ribadisce la necessità di utilizzare il processo telematico e intelligente, ovvero processi legati al ricorso ed uso estensivo di documenti elettronici, alla loro automatica compilazione, catalogazione e condivisione per futuri contenziosi. La condivisione di dati deve essere garantita tramite la costruzione di infrastrutture intelligenti basate su «tre cloud e cinque reti», ovvero integrazione tra *cloud* e reti, e tra reti intelligenti basate su *cloud*. Sistemi di governo e gestione *multi-cloud* devono essere implementati in ogni tribunale attraverso sistemi adeguati di sicurezza. L'Avviso esplicitamente parla di IA per il riconoscimento vocale delle parti durante le udienze e per la creazione di situazioni operative basate su dati e di modelli di servizio con attività di supervisione integrata. Particolare enfasi è posta sull'intelligentizzazione del processo penale al fine di «rendere visibile, tracciabile e supervisionabile l'intero processo». L'assistenza intelligente nei processi, al fine di garantirne qualità ed efficienza, consiste nello sviluppo di applicazioni intelligenti «come la raccomandazione di casi simili, il recupero dei casi, il confronto dei risultati, il promemoria dei rischi, il blocco automatico dei rischi di archiviazione dei casi, l'etichettatura automatica e la segnalazione di casi sensibili, la rappresentazione intelligente dei casi, il controllo automatico dei fascicoli elettronici», cui si aggiunge la catalogazione dei casi e la gestione degli archivi. Anche per l'esecuzione delle sentenze è previsto un sistema intelligente basato sul modello «1+2+N» dove le informazioni processuali vengono automaticamente tradotte in documenti esecutivi con funzioni di individuazione delle proprietà e dei crediti da aggredire, fino all'avvio delle aste giudiziarie. Le prove devono essere custodite tramite ricorso alla tecnologia *blockchain*. Tutta la documentazione processuale deve poter essere disponibile su *smartphone* tramite *Mobile Micro Court*.

Recentissime sono le «Opinioni della Suprema corte del popolo sul rafforzamento dell'utilizzo di Blockchain nel campo giudiziario», adottate il 23 maggio del 2022⁴². La Suprema corte considera la

⁴⁰ Il testo è disponibile al seguente link <https://www.fadoudou.com/a/45741.html>.

⁴¹ Il testo è disponibile al seguente link <http://www.chinaeastlaw.com/law/E2luwRbCdfk2IfjDI4LKlw=%3D>.

⁴² Le Opinioni sono disponibili al seguente link <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-360271.html>. È importante ricordare anche l'interpretazione giudiziale della Suprema corte del popolo «Dieci casi modello



tecnologia *blockchain* uno strumento fondamentale per cementare la credibilità del sistema giudiziario, facilitare la *governance* sociale, prevenire e risolvere i rischi, promuovere uno sviluppo di alta qualità. Questo è possibile attraverso il miglioramento dell'intelligentizzazione dei tribunali. L'obiettivo finale, fissato entro il 2025, è quello di realizzare, per mezzo della *blockchain*, una interconnettività completa tra i tribunali del popolo e tutti i settori sociali, in modo da avere un sistema di supporto in grado di verificare dati, garantire operazioni, implementare contratti *smart*, migliorare la gestione del conflitto⁴³. Tale sistema di "blockchain interoperation alliance" integrerà i settori politico, giuridico, industriale, commerciale, finanziario, ambientale e quello del credito sociale. A livello operativo le Opinioni fissano dei requisiti necessari allo sviluppo di piattaforme *blockchain*, quali l'interoperatività, l'apertura e la condivisibilità, la verifica dei dati, l'uso di internet, l'ottimizzazione degli *standard* tecnici e di gestione, la sicurezza dei dati giudiziari, l'affidabilità delle prove elettroniche, la garanzia di conformità delle operazioni di esecuzione delle sentenze, la facilitazione dello scambio di dati in sicurezza con altri dipartimenti, e infine la garanzia di affidabilità.

L'intelligentizzazione delle corti cinesi si realizza attraverso i seguenti passaggi: costruzione di database, regolamentazione del processo telematico, creazione delle *Mobile Micro Court* e delle *internet court*, e sviluppo di un sistema di gestione dei casi assistito da IA. Tale processo di intelligentizzazione influisce sull'amministrazione della giustizia non solo a livello strumentale, aumentando l'efficienza dell'operato dei giudici, ma anche a livello sostanziale direttamente sul funzionamento del sistema di responsabilità giudiziale dei giudici.

3.1 La costruzione di database giudiziari

La raccolta di dati e la costruzione di *database* costituiscono un passaggio importante per alimentare ed allenare i *software* di IA. Nel caso dell'IA giudiziale, i primi lavori di creazione e regolamentazione di *database* giudiziari, e loro utilizzazione attraverso il ricorso a strumenti informatici, risalgono agli inizi degli anni '80.

Più recentemente, con il «Piano di sviluppo dell'intelligenza artificiale di nuova generazione» emesso dal Consiglio di Stato, hanno visto la nascita varie piattaforme e banche dati. Il loro utilizzo integrato e automatizzato per una giustizia intelligente non è stato ancora sviluppato pienamente. La circolazione e condivisione di dati tra *database* non è ancora pienamente praticabile. Cionondimeno, tali *database* rappresentano il primo tassello su cui possono operare dispositivi di IA. Le banche dati raccolgono dati di vario tipo, audio, video e testo. L'obiettivo diretto che raggiungono è quello di garan-

telematici». Con lo strumento dei casi modello la corte seleziona un caso giudicato da un tribunale locale e lo innalza al rango di caso modello, attribuendogli così una capacità vincolante. Tra questi, il caso numero due, *Hangzhou Huatai Yimei Culture Media co., Ltd. contro Shenzhen Daotong Technology Development Co., Ltd n. 81 del 2018* Prima divisione civile, 0192, *Internet Court di Hangzhou*, riguarda l'esame dell'integrità, e della possibilità di utilizzo in giudizio, di una prova custodita con tecnologia *blockchain*. Il tribunale, verificata la sussistenza degli *standard* tecnici richiesti, ha ammesso la prova, e, sulla base di questa, verificato la sussistenza della condotta lesiva. Questo è il primo caso in Cina di ricorso a prove basate su tecnologia *blockchain*. I dieci casi modello sono disponibili al seguente link: <https://www.chinalaw.org.cn/index.php/portal/article/index/id/29931/cid/>.

⁴³ Nella gestione del contenzioso rientrano anche gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Per un approfondimento dei recenti sviluppi sul punto si veda I. CARDILLO, *Recenti sviluppi della mediazione in Cina*, in *Giustizia Consensuale*, 2, 2021, 365-384.



tire trasparenza e imparzialità agli occhi dell'opinione pubblica, e quindi realizzare quella giustizia "al servizio del popolo" e con il "popolo al centro" ribadita da Xi Jinping anche nel suo pensiero sullo stato di diritto⁴⁴.

Tra i database più importanti figurano:

Il *China Enforcement Information Disclosure Network* che raccoglie informazioni relative ai soggetti, persone fisiche (con tanto di numero del documento di identità, seppur parzialmente oscurato) o giuridiche, oggetto di procedimenti di esecuzione forzata. Le categorie in cui è organizzato il *database* sono: soggetti disonesti sottoposti ad esecuzione, soggetti cui sono stati limitati i consumi o confiscati beni, annunci conclusivi delle procedure di esecuzione, sentenze. A questo database se ne affianca un altro dedicato esclusivamente alla bancarotta, il *National Enterprise Bankruptcy Information Disclosure Platform*. Ancora sul tema dell'esecuzione è disponibile la "piattaforma per i casi difficili da risolvere e da eseguire". La piattaforma riporta l'elenco "dei disonesti in stato di disonestà", un *database* dei casi in corso, ed offre uno spazio di discussione e approfondimento. Una sezione è dedicata a storie edificanti.

Il *China Judgements online*, dove ad oggi sono accessibili 80 milioni di sentenze civili, 10 milioni di sentenze penali, 3 milioni di sentenze amministrative.

Il *China Court Trial Online* che trasmette processi in *streaming* con una media di circa 16.000 processi al giorno. La piattaforma permette di scegliere il caso, il tipo di controversia, e il tribunale. È possibile accedere in tempo reale nelle aule di tutti i tribunali, dai tribunali di base agli alti tribunali, compresi i vari tribunali speciali, fino alla Suprema corte del popolo.

Il *China Judicial Process Information Online*, dove è possibile reperire materiale per l'attività giudiziale, linee guida, avvisi, interpretazioni giudiziali, e la lista completa di tutti i giudici del paese, comprese le loro competenze e ruoli ricoperti all'interno del tribunale di appartenenza.

La *China Justice Big Data Service Platform* istituita il 10 novembre 2016. La piattaforma è finanziata e attualmente controllata dall'*Information Technology Service Center of the People's Court* e dalla *China Electronics Technology Group Corporation*. La piattaforma è collegata al sistema di informatizzazione della Suprema corte del popolo ed è principalmente impegnata nella dimostrazione generale e nella progettazione di programmi di informatizzazione giudiziaria, ricerca e sviluppo di tecnologie e prodotti per *big data* giudiziari intelligenti, ricerca e sviluppo di servizi di sistemi e prodotti di informazione giudiziaria e servizi di consulenza per l'informatizzazione giudiziaria. Parallelamente, su mandato del presidente della Suprema corte del popolo Zhou Qiang, la piattaforma coordina gli "otto centri" ovvero lo *Smart Court Research Center*, il *Judicial Big Data Statistical Analysis Center*, il *Judicial Artificial Intelligence Research and Development Center*, il *Social Governance Research Center*, l'*Economic and Social Judicial Big Data Service Center*, il *Court Informatization Integrated Evaluation Center*, il *Judicial Information Security Center*, il *Judicial Big Data Talent Training Center*.

La piattaforma opera nella ricerca per l'applicazione della tecnologia dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario con funzioni legate alla comprensione e lettura di documenti legali e all'elaborazione delle immagini processuali. Al fine di incentivare lo sviluppo innovativo, l'approfondimento degli usi della tecnologia in campo giudiziario, l'innovazione, e per accelerare la formazione di capacità

⁴⁴ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwgkztzl/xxcgcxjpfzsz/fzslqy/202111/t20211111_441315.html.



giudiziarie intelligenti e sostenere la costruzione di tribunali intelligenti è stato creato, all'interno della piattaforma, l'istituto di ricerca "Key Laboratory of Smart Courts of the Supreme People's Court" il quale organizza ogni anno, in collaborazione col "China Judicial Research Cup", la competizione "Judicial Artificial Intelligence Challenge" con un premio di 400.000 yuan (circa 50.000 euro). Tale competizione ha cinque fondamenti: utilizzare l'IA per sviluppare una giustizia intelligente. L'IA "energizza"⁴⁵ il dettato normativo; il ruolo guida autorevole della Suprema corte del popolo, che permette di desensibilizzare oltre 500.000 casi mettendo a disposizione un'importante banca dati; l'innovazione tecnologica legale orientata all'imprenditorialità, sfruttando le capacità dei fondi di investimento; la partecipazione di università, imprese, tribunali, al fine di costruire un ecosistema per la scienza giuridica e la tecnologia fondato su una *partnership* ampia in grado di vincere la concorrenza internazionale; la capacità di attrarre esperti e talenti. La piattaforma offre anche un servizio di "valutazione intelligente del contenzioso" in materia di divorzio, prestiti, lavoro, codice della strada, attività commerciali, eredità. La procedura di valutazione prevede due parti "rivendicazioni" e "fatti e motivazioni". Al momento questa procedura di valutazione è operativa solo per i casi divorzio. La parte su "fatti e motivazione" prevede l'inserimento dei seguenti dati: data del matrimonio, livello di conoscenza prima del matrimonio, presenza o meno di prole, i sentimenti dopo il matrimonio, motivo del divorzio, richieste processuali e motivazione delle richieste.

La creazione di *database* e la loro integrazione con tecnologie basate su IA, quali comprensione del linguaggio, riconoscimento di grafici, *deep learning*, riconoscimento automatico di fattori chiave della controversia, analisi delle decisioni precedenti, e formulazione automatica di decisioni è quanto sperimentato nell'Alto tribunale dello Hainan, riportato dalla stampa come esempio virtuoso già nel 2019⁴⁶. Altro esperimento di generazione automatica di sentenze è quello del Tribunale del popolo di Suzhou, dove un *software* è in grado di emettere sentenze sommarie per procedimenti penali, soprattutto quando riguardanti violazioni del codice della strada e guida in stato di ebrezza⁴⁷.

3.2. Il processo telematico

Il 18 maggio del 2021 la Suprema corte del popolo, con interpretazione giudiziale n. 12 del 2021, ha adottato le «Regole sul processo telematico per i tribunali del popolo»⁴⁸, entrate poi in vigore il primo agosto. Scopo dell'interpretazione giudiziale⁴⁹ è quello di promuovere e regolare le attività telematiche del contenzioso, proteggere i diritti delle parti, e garantire un processo efficiente ed equo nel rispetto delle leggi sul processo penale, civile e amministrativo.

⁴⁵ Questo il termine utilizzato per presentare la piattaforma.

⁴⁶ S. YUAN, *AI-assisted sentencing speeds up cases in judicial system*, China Daily, 2019. http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2019-04/18/content_37459601.htm

⁴⁷ Si veda <https://wjsfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2018/07/id/3379959.shtml>.

⁴⁸ Disponibile al sito <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-309551.html>.

⁴⁹ L'interpretazione giudiziale è un importante strumento di indirizzo del lavoro dei tribunali a disposizione della Suprema corte. Per un approfondimento I. CARDILLO, *La legislazione cinese e il ruolo della Suprema Corte del Popolo*, in *Mondo Cinese*, 167, 2020, 55-66



Lo strumento di base è quello delle piattaforme telematiche⁵⁰, in grado di garantire alle parti tutti i passaggi necessari del giudizio, dall'invio di documenti, allo scambio di prove, fino all'interrogatorio, e alla partecipazione in udienza⁵¹.

L'interpretazione equipara gli effetti giuridici del processo telematico a quelli del processo condotto in presenza.

La Suprema corte individua i seguenti principi (art. 2): imparzialità ed efficienza nel pieno rispetto delle previsioni di legge; volontarietà e legalità della scelta delle parti di ricorrere a uno dei metodi processuali consentiti dall'ordinamento; tutela dei diritti delle parti, rafforzando gli obblighi di notifica e di spiegazione; convenienza per il popolo. I tribunali del popolo sono chiamati ad ottimizzare i servizi di contenzioso *online*, migliorare le funzioni delle piattaforme, rafforzare l'applicazione delle tecnologie informatiche, ridurre i costi del processo, migliorare l'efficienza della risoluzione delle controversie, soddisfare i bisogni di categorie speciali quali i minori, gli anziani e i disabili offrendo un'adeguata facilitazione, garantire sicurezza e affidabilità. I tribunali devono inoltre tutelare la sicurezza nazionale, la protezione dei segreti di stato, le informazioni personali e la *privacy*, la sicurezza dei dati processuali *online* e le relative informazioni, e devono uniformare l'applicazione della tecnologia per garantire una neutralità tecnologica e una neutralità delle piattaforme.

È possibile ricorrere al processo telematico per tutti quei casi che possono essere gestiti *online*, siano essi controversie civili, penali o amministrative. La scelta del processo telematico è operata autonomamente dalle parti, il tribunale si limita a registrarla. Qualora non tutte le parti fossero d'accordo al ricorso al processo telematico, allora la gestione della controversia può proseguire in maniera ibrida *online* per alcune parti e *offline* per le altre parti. Alle parti inoltre è consentita la possibilità di decidere di ricorrere al processo telematico solo per determinati passaggi del processo e non per l'intera gestione del contenzioso. In questo caso anche il processo sarà celebrato in forma ibrida. Qualora durante una sessione *online* venga meno il collegamento o la capacità di proseguire senza interruzioni continue, il giudice può interrompere l'attività e riassumerla in presenza. Inoltre le parti possono cambiare la loro scelta durante il corso del processo e passare ad attività *online* o in presenza a seconda della scelta iniziale. In questo caso il giudice, prima di ordinare la riassunzione del processo in presenza, deve preventivamente valutare il possibile danno arrecato alla controparte. Quando questo cambio di preferenza ad opera di una parte viene fatto senza un buon motivo, il giudice può condannare la parte ad assumersi la responsabilità delle relative conseguenze legali.

L'accesso alla piattaforma avviene tramite registrazione e validazione dell'identità. Dopo l'accesso alla piattaforma l'identità viene costantemente verificata ad ogni operazione. Quando le circostanze lo richiedono, il tribunale può convocare la parte fisicamente in aula per le verifiche del caso. Il tribunale verifica anche la correttezza del materiale caricato nella piattaforma e, solo quando sono soddisfatti i requisiti previsti dalla legge, crea il fascicolo del processo e avvia il giudizio. Prove e materiali utili al processo vengono caricati attraverso la loro scansione. Quando invece devono essere caricati

⁵⁰ Strumento sviluppato anche per le attività di mediazione. Si veda I. CARDILLO *Recenti sviluppi della mediazione in Cina*, cit.

⁵¹ Un problema sollevato è quello della mancanza di una infrastruttura adatta e facile da utilizzare, e al tempo stesso in grado di garantire la necessaria sicurezza tecnologica. Sul punto si veda WANG FUHUA, *Fondamento giuridico per la costruzione del sistema del processo elettronico* (Diànzǐ sùsòng zhìdù gòujiàn de fǎlǚ jīchǔ), in *Chinese Journal of Law*, 6 2016, 88-106.



dati elettronici, la piattaforma può essere collegata al *database* o alla piattaforma dove i dati sono conservati e assumerli direttamente nel processo. Al tribunale è riconosciuta la riserva di richiedere l'invio del documento cartaceo originale. Per i dati conservati tramite il ricorso a *blockchain*, il giudice deve ordinare la verifica dell'integrità dei dati e della sicurezza delle informazioni, nonché il rispetto degli *standard* nazionali e industriali relativi a trasparenza, sicurezza, affidabilità, disponibilità, metodo di crittografia, trasmissione dei dati, verifica delle informazioni da parte del sistema informatico che li custodisce. Quando la parte attacca la veridicità delle informazioni custodite tramite *blockchain*, il tribunale del popolo può, a seconda delle circostanze del caso, richiedere alla parte che trasmette i dati elettronici archiviati a mezzo di *blockchain* di fornire prove che dimostrino l'autenticità dei dati prima della loro registrazione e archiviazione tramite *blockchain*, ed esprime un giudizio completo in considerazione della fonte specifica, del meccanismo di generazione, del processo di archiviazione, dell'autenticazione notarile, della testimonianza di terze parti, e dei dati correlati e della loro verifica. Se la parte non può fornire prove o una spiegazione ragionevole, e i dati elettronici non concordano con le altre prove, il tribunale non ne può confermare l'autenticità. Il tribunale e le parti possono avvalersi di consulenti tecnici. Solo ad un esito positivo delle verifiche è possibile assumere i dati come prove del processo (art.16).

Per garantire il contraddittorio, l'interpretazione giudiziale prevede la possibilità per il giudice di programmare collegamenti in sincrono con tutte le parti coinvolte (art. 14) e di procedere in collegamento video⁵². Il collegio giudicante *online* deve rispettare le etichette del collegio *offline*, con toghe, emblemi, segnali di riconoscimento e indicatori. Per i processi penali il detenuto si collega dalle apposite postazioni indicate e predisposte dal tribunale.

3.3. La Mobile Micro Court

La *Mobile Micro Court* è una piattaforma che opera come canale-miniprogramma all'interno dell'app Wechat, ed è in grado di gestire un intero processo. Il nome del miniprogramma è "Mobile Micro Court" (yidong weifayuan)⁵³ ed è un vero e proprio tribunale intelligente (*zhahui fayuan*). Tecnicamente si tratta di una piattaforma elettronica mobile per le controversie basata sul sistema dei tribunali intelligenti, capace di fare uso della tecnologia Internet mobile per realizzare la gestione *online* di tutte le attività legate al contenzioso. Il miniprogramma raccoglie le informazioni direttamente tramite il numero di telefono registrato presso China Mobile⁵⁴, e ne richiede la validazione tramite il ricorso al sistema di riconoscimento biometrico incorporato nello *smartphone*. Teoricamente il sistema è aperto anche agli stranieri (l'*app* è disponibile anche in lingua inglese, seppur con funzionalità ridotte), ma di fatto ci sono degli impedimenti tecnici. Inseriti i riferimenti anagrafici, l'*app* recupera automaticamente il fascicolo processuale. Una volta entrati nel sistema è possibile accedere ai

⁵² Questa previsione è molto importante perché prova a rispondere a quella che, molto probabilmente, è la critica maggiore contro l'informatizzazione della giustizia, ovvero l'assenza di contraddittorio. Critico in questo senso è JI WEIDONG, *The Change of Judicial Power in China in the Era of Artificial Intelligence*, in *Asian Journal of Law and Society*, 7, 3, 2020, 515-530.

⁵³ All'indirizzo <http://cjdh.court.gov.cn/videoList.html> sono disponibili dei *tutorial* preparati dal servizio informazione al pubblico della Suprema corte del popolo.

⁵⁴ In Cina il rilascio di un numero di telefono avviene solo dopo l'accertamento dell'identità e la registrazione delle relative informazioni personali con acquisizione di copie dei relativi documenti.



propri documenti, partecipare a udienze, seguirne la diretta, scaricare annunci ufficiali, visionare atti, accedere a regolamenti e leggi, visionare *database*, avviare la procedura di mediazione, ed esprimere un giudizio di valutazione dell'efficienza del sistema.

Il miniprogramma è disponibile in varie versioni, sia centralizzata facente riferimento all'intero sistema giudiziario nazionale, sia locale facente capo ai singoli tribunali. Per avviare un processo bisogna prima entrare nella piattaforma nazionale e poi scegliere il tribunale locale dove proseguire con la gestione del processo. Tale meccanismo azzera i rischi di incardinare una causa presso un giudice non competente e gli ostacoli nell'individuare il luogo di residenza del convenuto, poiché permette una costituzione interprovinciale e interurbana del fascicolo processuale. Il tribunale che riceve l'atto di citazione può farne richiesta di deposito interdominio. Il tribunale competente può così avere accesso al documento e notificarne la ricezione al tribunale cooperante. Per facilitare al massimo il coordinamento geografico in luoghi diversi, le parti possono operare sul terminale mobile e sul tribunale fisico più vicino. Il servizio di contenzioso relativo alla raccolta dei materiali di archiviazione dei casi depositati in luoghi diversi è competente del lavoro di raccolta dei documenti. Inoltre, il tribunale può aiutare le parti o gli agenti a completare le domande di archiviazione tra domini entro quindici minuti. Da agosto 2019 a dicembre 2021, i tribunali di tutto il paese hanno fornito oltre 140.000 servizi di archiviazione di casi interregionali, di cui l'87,56% dei casi ha ricevuto risposta entro trenta minuti dal tribunale competente, che ha risolto rapidamente ed efficacemente il problema del contenzioso in luoghi diversi, fornendo servizi alle varie aree geografiche coinvolte. Il servizio di archiviazione inter-dominio è stato esteso ai tribunali marittimi, ai tribunali speciali, quali il tribunale militare, il tribunale per la proprietà intellettuale e le *internet court*, e a tutti i tribunali di rango più elevato⁵⁵. La Suprema corte del popolo e gli alti tribunali sono competenti per svolgere servizi di archiviazione interregionale dei casi. Tutti i tribunali intermedi e di base, e i tribunali specializzati in campo militare, proprietà intellettuale e Internet, fungono sia da tribunali collaborativi che da tribunali giurisdizionali competenti a svolgere servizi di archiviazione interregionale delle cause. I tribunali popolari sono subordinati ai tribunali di base, i quali forniscono servizi di archiviazione e collaborazione tra domini. La piattaforma Mobile Micro Court, da progetto pilota della provincia dello Zhejiang, è ora operativa in tutte le provincie cinesi. L'«Avviso della Suprema corte del popolo sulla promozione del progetto pilota "Mobile Micro Court" nelle altre corti» n. 61 del 2019 inserisce il progetto pilota all'interno del quinto programma quinquennale di riforma dei tribunali del popolo (2019-2023)⁵⁶. L'obiettivo è quello di promuovere il ricorso all'uso del processo telematico, in modo da migliorare l'efficienza dell'intero sistema di amministrazione della giustizia. Il progetto pilota mira a testare i procedimenti di raccolta dati, di prevenzione e controllo dei rischi, e di garanzia della sicurezza della piattaforma e dei dati giudiziari. I principi fondamentali che il progetto deve rispettare sono gli stessi enunciati nelle «Regole sul processo telematico per i tribunali del popolo» all'art. 2, già enunciati nel paragrafo pre-

⁵⁵ I dati menzionati sono parte della relazione della Suprema Corte del Popolo disponibile all'indirizzo <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1721949596875310893&wfr=baike>.

⁵⁶ Il programma quinquennale affronta diffusamente il tema dei tribunali intelligenti. Il governo cinese intende fare pieno uso delle risorse tecnologiche del paese, *big data* interdipartimentali, *cloud computing*, intelligenza artificiale, riconoscimento vocale, comunicazioni video, assistenza intelligente, documenti elettronici, crittografia delle comunicazioni, sistemi di condivisione, per garantire una giustizia più efficace e al servizio del cittadino. Il programma è disponibile all'indirizzo <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-144202.html>.



cedente. A livello operativo, la realizzazione del progetto ha richiesto la riorganizzazione delle attività di coordinamento con un rafforzamento dei poteri di guida e indirizzo dell'attività decisionale, l'approvazione di ulteriori regolamenti interni, la previsione di strumenti di garanzia, e un più rigoroso sistema di valutazione delle attività svolte, nonché una campagna di sensibilizzazione.

Il regolamento attuativo del Mobile Micro Court⁵⁷ riconosce al programma la funzione di garantire una giustizia più equa, efficiente, e uniforme.

Al detto miniprogramma si affianca anche una linea telefonica diretta di assistenza al cittadino, il numero da digitare è 12368, ed è da considerarsi parte integrante del progetto di digitalizzazione dell'attività giurisdizionale⁵⁸.

Lo scorso 24 agosto 2021 la Suprema corte del popolo ha pubblicato il «Rapporto di analisi sull'efficacia della costruzione di tribunali intelligenti e della promozione dello sviluppo verde»⁵⁹. Il rapporto analizza lo sviluppo dei tribunali intelligenti in relazione alla promozione di uno sviluppo verde in termini di riduzione dei viaggi, del consumo energetico, delle emissioni di anidride carbonica, del consumo di carta. Il rapporto prende in considerazione tutto il sistema di giustizia telematica, quindi non solo le *Mobile Micro Court*, ma anche le piattaforme di mediazione *online*, il servizio 12368, e la piattaforma di consegna elettronica dei documenti. Con riferimento alla sola attività di deposito *online* dei documenti, nel 2020 i tribunali di tutto il paese hanno ricevuto 10,8 milioni di depositi *online*, pari al 54% dei depositi di primo grado. Più di un quinto delle domande di deposito sono state presentate durante l'orario non lavorativo, circa un decimo delle domande di deposito sono state presentate in giorni non lavorativi. Idealmente le parti possono completare la domanda di deposito attraverso la piattaforma del servizio di contenzioso *online* in 20 minuti. Il Rapporto evidenzia che rispetto al metodo tradizionale di deposito dei documenti *in loco*, nel 2020, attraverso il deposito *online*, si è registrata una riduzione dei viaggi di circa 2,45 miliardi di chilometri, con un risparmio di circa 1,59 miliardi di yuan e una riduzione delle emissioni di anidride carbonica pari a 163.000 tonnellate, cui si somma un risparmio di circa 120 milioni di fogli di carta, e un risparmio di circa 48,6 milioni di ore nella partecipazione a udienze preliminari. Quanto alle aste giudiziarie *online*, nel 2020 i tribunali di tutto il paese hanno utilizzato la piattaforma di aste giudiziarie *online* per mettere all'asta un totale di 573.000 oggetti con una partecipazione totale di 390.000 persone, con un fatturato di 401,3 miliardi di yuan, risparmiando 12,36 miliardi di yuan in commissioni. A questi numeri ne andrebbero aggiunti di altri relativi alle ulteriori attività legate al processo, quali il deposito di prove, la partecipazione alle varie udienze, la notifica degli atti, la presentazione di ricorsi, il rilascio di decreti ingiuntivi.

3.4 Le Internet Court

Le *internet court* sono complessivamente tre e sono presenti a Guangzhou, Pechino ed Hangzhou, quest'ultima è stata la prima ad essere costituita, avviata come progetto pilota. L'«Avviso della Su-

⁵⁷ Il regolamento è disponibile all'interno dell'app stessa.

⁵⁸ Al servizio è dedicato anche un sito internet <https://www.12309.gov.cn/12309index.shtml>.

⁵⁹ Rapporto disponibile all'indirizzo <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/08/id/6225389.shtml>. Il principio di fondo riguarda la necessità di una coerenza tra le varie politiche e la strategia nazionale del paese. Si veda LIU YANHONG, *Fondamenti teorici e sviluppi pratici della modernizzazione del sistema giudiziario e della capacità di giudizio nell'era dei big data* (Dà shùjù shídài shěnpàn tǐxì hé shěnpàn nénglì xiàndàihuà de lǐlùn jīchǔ yǔ shíjiàn zhǎnkāi), in *Journal of Anhui University (Philosophy and Social Sciences Edition)*, 3, 2019, 96-107.



prema corte del popolo sull'adozione del piano per la creazione di internet court a Pechino e Guangzhou» n. 216 del 2018, alla sezione 3, parla di metodi processuali e individua l'IA come uno strumento utile cui fare affidamento per «realizzare la condivisione in tempo reale, la tracciabilità dell'intero processo e la non modificabilità delle azioni legate al contenzioso come l'autenticazione dell'identità, la rappresentanza processuale, i servizi online, la conservazione e la raccolta di prove elettroniche e la determinazione dell'efficacia della conservazione delle prove»⁶⁰.

La loro attività processuale è disciplinata nel dettaglio dalle «Previsioni della Suprema corte del popolo sulle questioni relative ai processi delle internet court»⁶¹, interpretazione giudiziale n. 16-2018. Le *internet court* gestiscono tutte le attività processuali, comprese la mediazione e le varie attività preparatorie, completamente *online*. L'art. 2 stabilisce che le corti hanno giurisdizione solo nelle città dove sono operative e una competenza limitata a determinate materie quali le controversie derivanti dalla sottoscrizione o esecuzione di contratti di acquisto *online* tramite piattaforme di *e-commerce*, le controversie sui contratti di servizio di rete quando firmati ed eseguiti su internet, le controversie sui contratti di prestito finanziario o sui contratti di piccolo prestito quando firmati ed eseguiti su internet, le controversie sulla proprietà dei diritti d'autore o diritti connessi alle opere pubblicate per la prima volta su internet, le controversie derivanti da violazioni dei diritti d'autore o diritti connessi alle opere pubblicate o diffuse *online* tramite internet, le controversie sulla proprietà di domini internet, responsabilità extracontrattuale e contrattuale, le controversie derivanti da violazioni di diritti personali, di diritti di proprietà e di altri diritti e interessi civili da parte di terzi su internet, le controversie per responsabilità da prodotto derivanti dalle violazioni di diritti e interessi personali e patrimoniali altrui causati da difetti dei prodotti acquistati tramite piattaforme di *e-commerce*, il contenzioso di interesse pubblico su internet avviato dagli organi delle procure, le controversie amministrative derivanti da atti adottati dagli organi amministrativi in materia di gestione dei servizi di informazione su internet, commercio di merci su internet e gestione dei servizi connessi, e per tutte le altre cause civili e amministrative su internet la cui giurisdizione è determinata dai tribunali del popolo di livello superiore.

La scelta del foro della *internet court* avviene al momento della firma del contratto. Quando una parte è costituita da un operatore *e-commerce* o da un *network provider*, la clausola della scelta del foro è considerata alla stregua di una clausola *standard*, ed è richiesto un consenso esplicito.

Anche le *internet court* operano attraverso una piattaforma *online* dedicata. Il meccanismo operativo è lo stesso visto per la *Mobile Micro Court*. Le Previsioni, all'art. 11, disciplinano la verifica dell'autenticità dei dati elettronici. Il giudice deve valutare se gli ambienti *hardware* e *software* come il sistema informatico su cui vengono generati, raccolti, archiviati e trasmessi i dati elettronici sono sicuri e affidabili, se sono specificati l'entità di generazione e l'ora dei dati elettronici e se i contenuti mostrati sono chiari, obiettivi e accurati, se i mezzi di archiviazione e custodia dei dati elettronici sono definiti e se i metodi e i mezzi di custodia sono appropriati, se l'entità elettronica di estrazione e determinazione dei dati, e gli strumenti e metodi di estrazione e determinazione elettronica dei dati sono affidabili, e se il processo di estrazione può essere riprodotto, se il contenuto dei dati elettronici

⁶⁰ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo <https://wenku.baidu.com/view/c579b0437b3e0912a21614791711cc7931b77826.html>.

⁶¹ Il testo è disponibile al seguente indirizzo <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-116981.html>.



è stato in qualche modo alterato, se i dati elettronici possono essere verificati con altri metodi specifici.

L'*internet court* conferma i dati elettronici trasmessi dall'interessato, a condizione che l'autenticità degli stessi possa essere provata tramite firma elettronica, timbro temporale attendibile, controllo a mezzo di *Digital-Fever Hash Computer*, *blockchain* o qualsiasi altra tecnologia di raccolta, determinazione o antimanomissione di prove, o attraverso la certificazione su una piattaforma elettronica di raccolta e conservazione delle prove. La parte può richiedere una consulenza tecnica per la valutazione dei dati elettronici. Il tribunale può, su richiesta della parte o d'ufficio, affidare l'identificazione dell'autenticità dei dati elettronici a tecnici o acquisire altre prove pertinenti per la verifica.

3.5 Il sistema della responsabilità giudiziale dei giudici

Il sistema della responsabilità giudiziale dei giudici si basa sull'assunto che casi simili vengano decisi con giudizi simili. Tale principio è previsto nelle «Opinioni della Suprema corte del popolo sul miglioramento del sistema di responsabilità giudiziaria»⁶², del 2015 n. 13. Con la sua introduzione nell'ordinamento si è voluto riformare il precedente sistema basato sulla revisione e approvazione delle sentenze prima della loro pubblicazione. Tale meccanismo aveva sollevato non poche polemiche sulla reale indipendenza del giudice da interferenze inopportune. La Suprema corte è intervenuta cancellandolo ed enfatizzando il principio per cui “chi istruisce la causa deve giudicarla ed esserne perciò responsabile”. Viene così ristrutturato il sistema di responsabilità giudiziale per i giudici, prevedendo il dovere di rispettare il precedente giudicato, al fine di salvaguardare l'uniformità dell'applicazione della legge⁶³. La valutazione dell'operato del giudice e del rispetto delle decisioni precedenti influisce su nomine, avanzamenti di carriera e quanto altro. Il principio del rispetto del precedente è talmente fondamentale che quando il giudice decidente vuole giudicare un caso in difformità con la giurisprudenza consolidata, deve attivare una procedura speciale. In questo caso, il presidente del tribunale ed i vice presidenti convocheranno una conferenza di giudici esperti per valutare il caso.

L'«Avviso della Suprema corte del popolo circa le Opinioni guida sull'uniforme applicazione della legge al fine di migliorare il reperimento di casi simili (per attività sperimentale)»⁶⁴ del 2020 al punto 12 parla di dovere in capo ai tribunali di sviluppare meccanismi di ricerca e di uso di casi simili precedentemente giudicati. A tal fine è incoraggiato il ricorso alla tecnologia e agli strumenti intelligenti. La costruzione di *database* diventa fondamentale anche per costruire un sistema autoritativo di recupero di casi simili. Per “casi simili” il documento intende quei casi simili alle controversie pendenti in riferimento ai fatti, all'oggetto della controversia, alle questioni relative all'applicazione della legge. I casi devono essere catalogati presso il *database* www.wenshu.court.gov.cn, cui il giudice decidente deve fare riferimento. La ricerca dei precedenti in genere riguarda i casi guida, i casi modello, e i casi indi-

⁶² Il testo completo è disponibile al seguente link <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-15590.html>.

⁶³ La Suprema corte ha ribadito questo principio nel 2020 con l'«Opinione della Suprema corte del popolo sul miglioramento dei meccanismi di lavoro per uniformare l'applicazione della legge», si veda in particolare il punto 10. A tale scopo l'Opinione incoraggia la costruzione di tribunali intelligenti, il ricorso a *big data*, la costruzione di *database* e l'uso estensivo di tecnologie intelligenti per la ricerca di casi simili. Il testo completo è disponibile al seguente link <http://www.hkfy.gov.cn/index.php?c=show&id=29331>.

⁶⁴ Il testo è disponibile al seguente link <http://fzfyjy.cupl.edu.cn/info/1081/12086.htm>.



cati come riferimento per i giudici, nonché la ricerca di casi decisi dal tribunale di rango superiore. L'arco temporale di ricerca è fissato nei tre anni precedenti. Il giudizio di similitudine tra caso pendente e caso giudicato spetta al giudice competente per la controversia, invece il giudizio sull'uso del caso simile viene riconosciuto all'intero collegio giudicante.

L'applicazione uniforme della legge è considerata un elemento fondamentale per la credibilità ed imparzialità dell'attività giurisdizionale. Il ricorso a precedenti giudizi è obbligatorio quando: è richiesto dal comitato di revisione; manca una regola chiara da applicare; la controversia è particolarmente complessa; l'impatto della decisione può incidere sulla stabilità sociale; per evitare conflitti con sentenze della Suprema corte del popolo; nei casi di illecito commesso dal giudice; su richiesta della Suprema procura del popolo; i difensori delle parti citano casi guida o sentenze della Suprema corte del popolo; su richiesta del presidente del tribunale nell'esercizio dei suoi poteri di supervisione⁶⁵.

Sempre nel 2020, la Suprema corte del popolo, con l'«Avviso della Suprema corte del popolo sull'adozione di opinioni attuative sul miglioramento della riforma generale alla base del sistema di responsabilità giudiziaria»⁶⁶, 2020 n. 26, ribadisce, tra le misure necessarie per garantire l'efficacia dei processi e lo sviluppo di *standard* uniformi per l'applicazione della legge quale elemento di supervisione dell'operato dei giudici e meccanismo di gestione del processo, la costruzione di piattaforme intelligenti di dati, il "vigoroso avanzamento" nell'uso della tecnologia *blockchain* nelle corti, l'applicazione di *smart-contract*, il ricorso a servizi di gestione di *big data* giudiziari. Al punto 28 si legge: «I tribunali del popolo a tutti i livelli devono esplorare l'espansione delle varie forme di applicazione delle moderne tecnologie come l'intelligenza artificiale e il 5G nel lavoro processuale, migliorare l'applicazione dei sistemi di catalogazione automatica di documenti elettronici, la consultazione online di documenti, la generazione di documenti legali, la generazione automatica di file elettronici, i metodi di archiviazione dei casi "fondati su file elettronici supportati da file cartacei"».

Il cammino intrapreso dal governo cinese verso un uso sempre più importante della tecnologia nell'esercizio di attività giurisdizionali è riconfermato in pieno dall'«Avviso della Suprema corte del popolo sugli obiettivi principali della riforma giudiziaria dei tribunali del popolo nel 2021»⁶⁷, in vigore da marzo dello scorso anno, e documento programmatico per le future riforme. Il documento ribadisce la necessità del completamento della riforma del sistema di responsabilità giudiziale, del perfezionamento del meccanismo di catalogazione e archiviazione dei casi, del perfezionamento dello sviluppo del sistema giudiziario telematico con un maggiore ricorso alle tecnologie disponibili attraverso la creazione di un centro di ricerca giudiziario telematico, quale piattaforma in grado di connettere ed integrare le tecnologie giudiziarie, il sistema giudiziario telematico e i tribunali intelligenti. A

⁶⁵ Art. 6 dei «Provvedimenti di attuazione della Suprema corte del popolo per l'applicazione uniforme della legge» del 2021. Il testo completo dei Provvedimenti è disponibile al seguente link <https://www.wangkanglawyer.com/3567.html>. L'obbligo di riferimento ai casi guida della Suprema corte è sancito anche dall'art. 7 delle «Previsioni sui casi guida della Suprema corte del popolo» del 2010. Per il testo completo delle Previsioni si consulti il seguente link <https://baike.baidu.com/item/最高人民法院关于案例指导工作的规定/6670831?fr=aladdin>.

⁶⁶ Per il testo completo dell'Avviso si veda <http://jmxhfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2022/02/id/6534690.shtml>.

⁶⁷ In open access è disponibile solo un resoconto del documento, si veda <https://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-291701.html>. Il testo completo può essere scaricato dai database governativi. È importante notare che l'Avviso inquadra la riforma dei tribunali nel più ampio progetto di costruzione di uno stato di diritto.



quest'ultimi è dedicata un'apposita sezione. L'Avviso parla della creazione di "cervelli" per i tribunali intelligenti, di servizi basati su varie conoscenze, per la gestione del rischio, classificazione automatica dei casi, raccomandazione di casi simili, raccomandazione di leggi applicabili, in modo da migliorare la capacità di gestione dei casi e di assistenza intelligente. Anche la gestione dei dati giudiziari deve diventare più intelligente, integrando sistemi di dati *multi-source* e *multi-variant*, per ottimizzare le funzioni di raccomandazione intelligente. Ai dati sono affiancati i motori di intelligenza artificiale e *blockchain hub*, al fine di sperimentare ulteriori applicazioni di *big data* giudiziari attraverso *blockchain*. L'Avviso prevede ulteriori incentivi alla diffusione del ricorso al processo di "decisione assistita da big data". La Suprema corte del popolo si impegna a creare centri di ricerca e piattaforme speciali per tribunali intelligenti anche presso le università.

3.6. Gestione dei casi assistita dall'IA

Altro aspetto dell'intelligentizzazione della giustizia in Cina riguarda il ricorso all'IA quale strumento di assistenza per il giudice. Le forme di impiego e di sperimentazione cambiano in base ai vari progetti pilota locali⁶⁸. Quattro sono i possibili scenari di assistenza da parte di sistemi di IA fino ad oggi sperimentati:

1. Sistema di generazione automatica del fascicolo processuale in forma elettronica attraverso la tecnologia di riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) per individuare i dati necessari nei documenti prodotti dall'accusa e dalla difesa. Il *software* compie le posizioni, riassume gli elementi della controversia e le richieste delle parti, genera automaticamente uno schema del processo, e fornisce un'assistenza intelligente ai giudici. Tale *software* è utilizzato nel tribunale dello Hebei per digitalizzare il materiale per il fascicolo, archiviare documenti, strutturare i punti della controversia e produrre uno schema del processo. Impiego parzialmente diverso è quello del tribunale di Pechino, dove il sistema è noto come "Giudice Rui" (o "giudice saggio") ed è impiegato nella fase di preparazione e di istruttoria, nell'organizzazione dei fatti, e nella preparazione dello schema processuale. Il "modello di Suzhou", invece, riesce a scomporre i materiali dell'accusa e della difesa, compara i punti controversi del caso e formula una lista dei punti chiave del processo.
2. Individuazione di casi simili attraverso l'analisi di sentenze, l'individuazione di parole chiave, e ricerca delle leggi utilizzate. Il sistema di suggerimento di casi simili della Suprema corte del popolo lavora su quattro elementi: natura del caso, caratteristiche del caso, punti controversi e leggi utilizzate;
3. Suggerimento di condanna per casi simili. Questi sistemi riescono, una volta individuati e analizzati casi simili, a valutare le differenze con la lite in corso, esaminare le prove ed emettere un giudizio di condanna. Si tratta del "sistema 206". Tale sistema, sviluppato da iFLYTEK e dagli organi di pubblica sicurezza del Tribunale popolare intermedio n. 2 della municipalità di Shanghai⁶⁹, è in uso dal marzo del 2018, e consiste in un sistema di assistenza penale intelligente per la gestione dei casi. Esso rap-

⁶⁸ Una riflessione generale sul punto è offerta da XU ZICHUN, *Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities*, in *Applied Artificial Intelligence*, 36, 1 2022, DOI: 10.1080/08839514.2021.2013652.

⁶⁹ La realizzazione del software ha visto coinvolti 400 membri del tribunale e 300 ingegneri della società. Una prima versione è stata rilasciata nel 2017, la versione 2.0 a marzo 2018 e la versione 3.0 a fine 2018. L'ultima versione è il frutto di un addestramento della macchina su quasi 25.000 casi ed ha portato alla formulazione di circa 6500 indici di conoscenza. https://www.sohu.com/a/291214369_467293.



presenta il primo caso in Cina di ricorso all'IA nei processi giudiziari. Giudici, procuratori e difensori possono dare istruzioni verbali al sistema di IA, il quale è in grado di reperire prove e verificarne eventuali difetti. Affinché questo sistema possa lavorare è necessario che l'intero percorso, dalle indagini della polizia all'attività dei procuratori fino al processo, sia impeccabile e senza lacune.

Il sistema è equipaggiato con 26 funzioni ed 88 sotto funzioni. Esso fa ricorso principalmente a tecnologie di intelligenza artificiale come il riconoscimento di immagini e testo (OCR), la comprensione del linguaggio naturale (NLP), il riconoscimento vocale intelligente, il riconoscimento di entità giudiziarie, l'analisi delle relazioni tra entità e l'estrazione automatica di elementi giudiziari. Basandosi su tecnologie, quali internet, *big data*, *cloud computing*, integrate nel sistema di gestione dei procedimenti penali di pubblica sicurezza, il "sistema 206" riesce a fornire una guida agli investigatori per raccogliere prove e verificarne l'autenticità, al fine di garantire che le indagini e le prove fattuali possano resistere all'esame processuale, garantendo così che l'intero processo di gestione del procedimento penale sia visibile, tracciabile e supervisionabile durante tutta la sua durata, riducendo inoltre l'arbitrarietà del giudice, e prevenendo condanne ingiuste. Fino ad oggi, il "sistema 206" ha permesso alle autorità di recuperare prove fisiche e documentali, raccogliere testimonianze e condurre ispezioni. Praticamente, le prove sono automaticamente trasmesse ai giudici, agli imputati e ai loro difensori. Il sistema può verificare la coerenza tra le attività di indagine e i verbali allegati al processo, soprattutto con riferimento agli elementi di fatto sequestrati e quelli effettivamente verbalizzati. Inoltre permette di razionalizzare, perfezionare ed ottimizzare il lavoro delle autorità inquirenti e giudicanti, verificando sistematicamente tutta la catena delle prove e delle varie fasi di giudizio. Il sistema è in grado di verificare la coerenza logica delle diverse questioni di accertamento in base alle ipotesi di reato, ed evidenziare le contraddizioni tra le molteplici confessioni dell'imputato. In caso di dubbio, può indicare le prove che devono essere verificate in udienza. Il sistema incorpora gli standard per le prove previsti dalla legge ed è in grado di fornire dati standardizzati visibili, tangibili e utilizzabili dagli organi di pubblica sicurezza, dalle procure e dai giudici.

Il riconoscimento della voce dell'imputato permette di recuperare documenti audio e video, ad esempio dalle telecamere di sorveglianza della polizia, rilevanti per il processo, e verificare la veridicità delle testimonianze. I dati raccolti vengono trasmessi direttamente al giudice sui dispositivi presenti nelle aule durante l'udienza stessa.

Infine il "sistema 206" può automaticamente emettere certificati di detenzione, mandati di arresto e copia dell'atto di accusa.

Dopo l'utilizzo sperimentale a Shanghai, il ricorso a questo strumento è sempre più diffuso a livello nazionale⁷⁰. Si stima che il suo impiego abbia portato ad una riduzione dei tempi e dei costi processuali pari al 50%⁷¹.

4. Comparazione della sentenza generata automaticamente dal programma con quella realmente emessa dal giudice. Si tratta di uno strumento per allertare il giudice circa lo scarto tra la sua decisione e la prassi consolidata, e funge da ausilio per il presidente della corte nell'esercizio delle sue fun-

⁷⁰ Tra le varie applicazioni si ricordano quelle a Hefei, Wuhu, Anhui, Taiyuan, Kunming, Yunnan e nello Xinjiang.

⁷¹ Si veda https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_4259184.



zioni di ispezione e controllo dell'attività dei giudici. Il tasso di accuratezza registrato presso i tribunali di Nanchino, Suzhou e Yancheng è attestato intorno al 92%⁷².

Gli scenari descritti condividono la stessa modalità operativa: ricostruzione grafica delle informazioni, estrazione della trama, identificazione di casi simili, formazione di un modello, predizione della sentenza, generazione di documenti, avviso di deviazione del giudice dalla prassi consolidata.

3.7. Criticità nella costruzione e nel funzionamento delle corti intelligenti

Gli ostacoli alla piena intelligentizzazione della giustizia cinese sono di varia natura, riconducibili sia a questioni tecniche che a difficoltà processuali.

Quanto ai problemi tecnici, si registrano ancora molte barriere legate ad un insufficiente sviluppo tecnologico che impediscono una corretta gestione dei dati, nelle varie fasi legate alla comprensione semantica, all'identificazione dei casi, allo sviluppo di un modello operativo, fino alla predizione della sentenza⁷³. Ne risulta una coerenza incompleta del sistema, che di fatto non permette un funzionamento completo. I sottosistemi che operano all'interno dei processi di intelligentizzazione delle corti hanno problemi di comunicazione tra loro, tali di inficiarne il coordinamento, la trasmissione di dati, e il necessario aggiornamento⁷⁴. Questo è dovuto in parte all'incapacità dei big data giudiziari di aggregare sufficienti informazioni per il funzionamento integrato dei vari moduli⁷⁵.

Le difficoltà processuali vanno attribuite a varie ragioni. In primo luogo si registrano delle mancanze nella possibilità di applicazione pratica. Sebbene i vari aspetti dell'informatizzazione giudiziaria siano stati toccati dai progetti di costruzione di tribunali intelligenti, i problemi legati alle attività centrali per il processo restano ancora irrisolti. Il fascicolo elettronico, ad esempio, non riesce a coprire l'intero *iter* che va dal processo di accertamento a quello di esecuzione, si registrano ancora dei limiti nella sua trasmissibilità a tutti i tribunali del paese⁷⁶. Tali limiti dipendono molto dalla scarsa conoscenza della tecnologia da impiegare da parte del personale dei tribunali. L'attuale ricorso alla tecnologia nei tribunali è più il risultato dell'attività di promozione degli sviluppatori che uno spontaneo e reale interessamento da parte dei giudici⁷⁷. È necessaria una maggiore integrazione tra sistemi intelligenti e il lavoro individuale del giudice e del suo staff. Manca il passaggio ad una diversa concezione della giustizia che faccia proprio il processo telematico, in modo tale che questi non appaia più sola-

⁷² Maggiori dettagli sui quattro scenari possibili sono disponibili all'indirizzo: https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_5264350.

⁷³ Si veda JIE JING YAO, P. HUI, *Research on The Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China*, in *Journal of Physics: Conference Series*, 2020, 1487 012013.

⁷⁴ Si veda G. XIANG, *Sulla costruzione di regole per il processo telematico civile (Mínshì diànzǐ sùsòng guīzé gòujiàn lùn)*, in *Journal of Comparative Law*, 3, 2020, 175-188.

⁷⁵ Si veda L. WEI, W. LUSHENG, *Sulla riforma generale del sistema giudiziario basata sui big data (Lùn dà shùjù qūdòng de sīfǎ tǐzhì zònghé pèitào gǎigé)*, in *China Applied Jurisprudence*, 2, 2021, 31-41.

⁷⁶ Si veda X. JIANFENG, H. GUODONG, *Costruire appieno tribunali intelligenti per promuovere la modernizzazione del sistema giudiziario e della capacità processuale (Quánmiàn jiànshè zhìhuì fǎyuàn cùjìn shěnpàn tǐxì yǔ shěnpàn nénglì xiàndàihuà)*, in *Administration Reform*, 5, 2019, 86 - 91.

⁷⁷ Sulla necessità di un cambio di paradigma grazie ad una tecnologia sempre più agile si veda W. FUHUA, *Basi giuridiche per la costruzione di un sistema processuale elettronico (Diànzǐ sùsòng zhìdù gòujiàn de fǎlù jīchǔ)*, in *Chinese Journal of Law*, 6, 2016, 88-106.



mente come un'innovazione tecnologica, ma diventi parte di una nuova idea di giustizia digitale⁷⁸. In secondo luogo, il processo telematico resta uno strumento secondario. Il contenzioso resta legato al territorio e alle attività in loco⁷⁹. È sintomatico che l'incremento delle controversie legate all'e-commerce non si sia tradotto in un aumento dei processi telematici. Spesso anche questo tipo di controversie resta ancorato ad attività *offline*. Anche il lavoro delle *internet court* trova ostacoli nel momento in cui l'accettazione del risultato del processo ad opera delle parti richiede ulteriori tempi di investigazione. La medesima forza vincolante di un atto *offline* del giudice non viene sufficientemente riconosciuta ad un atto elettronico basato su tecnologia *blockchain*⁸⁰. Si impone una riflessione per migliorare l'integrazione tra norma giuridica e norma tecnica.

Altro elemento di criticità è dato dalla limitata possibilità di trasformare attività processuali da *offline* a *online*, e viceversa⁸¹. L'enfasi attualmente è sull'informatizzazione dei tribunali⁸², si è ancora lontani da una reale comprensione del significato e del funzionamento di un tribunale intelligente⁸³. L'obiettivo principale di questa fase di intelligentizzazione dell'amministrazione della giustizia è il miglioramento dell'efficienza del contenzioso, vale a dire una gestione rapida del processo, la promozione della prassi "sentenze simili per casi simili"⁸⁴, l'assistenza nei processi penali, soprattutto in riferimento alla raccolta e valutazione delle prove, e l'esecuzione intelligente delle sentenze.

4. Conclusioni

Il governo cinese considera l'utilizzo della tecnologia e dell'IA come passaggio irrinunciabile per la modernizzazione del sistema di *governance* economica⁸⁵ e sociale, e come parte integrante del pro-

⁷⁸ Si veda H. HAIBO, *Contenzioso telematico: rendere la giustizia più accessibile (Zàixiàn sùsòng: Ràng sīfǎ zhèngyì gèngjiā chùshǒu kě jí)*, in *People's Court Daily*, 26/06/2021, 2.

⁷⁹ Si veda Z. YOUYONG, *Problemi nei servizi del contenzioso e contromisure guidate dalla tecnologia intelligente (Zhìnéng jìshù qūdòng xià de sùsòng fúwù wèntí jí qí yìngduì zhī cè)*, in *Oriental Law*, 5, 2019, 14-19.

⁸⁰ G. WEI, *Problemi esecutivi nella risoluzione delle controversie tramite Internet: dall'esecuzione digitale giudiziale, privata a quella decentralizzata (Hùliánwǎng zhèngyì jiějué zhōng de zhíxíng wèntí — cóng sīfǎ, sīrén dào qū zhōngxīn huà shùzì zhíxíng)*, in *The ZUEL Law Review*, 6, 2018, 134-145.

⁸¹ Z. WEIMIN, *In contenzioso telematico in Cina: ricerca empirica e prospettive di sviluppo (zhōngguó zàixiàn sùsòng: Shízhèng yánjiū yǔ fāzhǎn zhǎnwàng)*, in *Journal of Comparative Law*, 14, 2020, 161-172.

⁸² W. LUSHENG, *L'esperienza cinese di costruzione di tribunali intelligenti e della loro ottimizzazione fondata sull'applicazione di big data e intelligenza artificiale (Zhìhuì fǎyuàn jiànshè de zhōngguó jīngyàn jí qí lùjìng yōuhuà—jīyú dà shùjù yǔ réngōng zhìnéng de yìngyòng zhǎnkāi)*, in *Inner Mongolia Social Sciences*, 1, 2021, 104-114.

⁸³ Si veda L. YANHONG, *Costruzione pratica e prospettive della tecnologia IA nella costruzione di corti intelligenti (Réngōng zhìnéng jìshù zài zhìhuì fǎyuàn jiànshè zhōng shìjiàn yùnyòng yǔ qiánjǐng zhǎnwàng)*, in *Journal of Comparative Law*, 1, 2022, 3. L'autore propone il ricorso ad ulteriori tecnologie quali: digital twin, extended reality, privacy computing, affective computing.

⁸⁴ Anche questo aspetto, al momento il più sviluppato, presenta notevoli criticità soprattutto per quanto riguarda la creazione di categorie comuni in grado di facilitare raccolta e catalogazione dei casi. Si veda Z. WEIMIN, *Come utilizzare l'intelligenza artificiale per ottenere giudizi simili in casi simili (Rúhé tōngguò réngōng zhìnéng shíxiàn lèi àn lèi pàn)*, in *China Law Review*, 2, 2018, 26-32.

⁸⁵ Già nel 2015 l'Ufficio generale del Consiglio di stato aveva adottato le «Opinioni dell'Ufficio generale del Consiglio di stato sul rafforzamento dei servizi e la supervisione dei soggetti di mercato attraverso l'analisi dei Big Data», documento numero 51 del 2015. Il testo è disponibile all'indirizzo http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-07/01/content_9994.htm.



cesso di costruzione di uno stato di diritto intelligente fondato sui sette principi dell'orientamento verso il popolo, del servire completamente la strategia nazionale, dell'adesione ai principi dell'etica e della morale⁸⁶, dell'informatizzazione generale, della cooperazione aperta e fiducia reciproca, della sicurezza nazionale, e della cooperazione di mutuo beneficio⁸⁷.

Il ricorso alla tecnologia e lo sviluppo dell'IA all'interno dell'attività giurisdizionale puntano alla formulazione di un nuovo paradigma di giustizia, una giustizia digitale, fondata su un'IA sempre più affidabile e sicura, e sintesi dell'integrazione tra l'idea tradizionale di giustizia e la risposta ai bisogni di efficienza della modernità⁸⁸. Da un lato assistiamo ad un'intensa attività di legiferazione per disciplinare l'utilizzo di strumenti tecnologici che si accompagna agli sforzi di costruzione delle necessarie infrastrutture. Dall'altro, il bisogno dell'uso della tecnologia è declinato e giustificato anche in relazione alle regole sostanziali relative al lavoro dei giudici, alla loro responsabilità e alla loro necessaria indipendenza, alla necessità di supervisione, e, in ultima analisi, alla stessa idea di giustizia.

W. J. Law

⁸⁶ Alle questioni etiche, morali, e sociali, è riconosciuto un ruolo centrale per incentivare la partecipazione pubblica e quindi un maggior uso della tecnologia. Si veda N. WANG, M. YUANTIAN, "Intelligent Justice": AI Implementations in China's Legal Systems, in A. HANEMAAYER (ed.), *Artificial Intelligence and Its Discontents. Critiques from the Social Sciences and Humanities*, 2022, 197-222.

⁸⁷ Si veda L. LEI, *Sulla costruzione di uno stato di diritto socialista intelligente con caratteristiche cinesi (Zhōngguó tèsè shèhuì zhǔyì zhìhuì fǎzhì jiànshè lùn gāng)*, in *Journal of the CCPS (CAG)*, 24, 2020, 1, 99-110.

⁸⁸ Sul punto si veda C. YADONG, *Artificial Intelligence Makes Judicature More Just, Efficient and Authoritative—the Theoretical Analysis and Practical Exploration of Artificial Intelligence in Judicial Field*, disponibile al seguente link <https://law.stanford.edu/china-law-and-policy-association-clpa/articles/>. Cui è anche autore di una monografia sul tema, *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*, 2020. Per ulteriori riflessioni sul futuro della giustizia in Cina si segnalano anche B. MINHAO CHEN, L. ZHIYU, *How Will Technology Change the Face of Chinese Justice?*, in *Columbia Journal of Asian Law*, 34, 2020, 1-58, e S. CHANGQING, T. SOURDIN, B. LI, *The Smart Court — A new Pathway to Justice in China*, in *International Journal For Court Administration*, 12, 2021, DOI: <https://doi.org/10.36745/ijca.367>.

Creative AI: The Complex Relationship between Human Inventiveness and Intellectual Property

*Migle Laukyte, Nicola Lucchi**

CREATIVE AI: THE COMPLEX RELATIONSHIP BETWEEN HUMAN INVENTIVENESS AND INTELLECTUAL PROPERTY

ABSTRACT: In the development of patent law, inventive step has traditionally been viewed as something essentially human. This paradigm is now being challenged by the possibility of using creative AI systems capable of independently generating new inventions: The so-called creative – physical or virtual – programs and robots have therefore triggered a series of considerations that are not easily resolved within the current framework of patent law. Indeed, there is no consensus that machines can be called inventors. In this paper, we will attempt to explore the complex relationship between creation, protection, human inventiveness, and intelligent, creative and interactive robots and AI systems. In particular, we will clarify whether inventions brought about by AI require a complete reassessment of key concepts in patent matters.

KEYWORDS: AI; patents; intellectual property rights; creative and interactive robots; inventorship; creativity

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Intellectual monopolies and AI: a difficult coexistence – 3. What about the inventions entirely generated by AI? – 4. Current praxis and future scenarios – 4.1. Pending question of personhood – 4.2. Alternative solution – 5. Conclusion.

1. Introduction

Developments in Artificial Intelligence (AI) are spreading steadily and ubiquitously, and it is plausible that they will have even greater transformative potential in the near future. AI has entered every aspect of our lives, including creative and inventive activities. It is being used to write newspaper articles and weather or stock market reports, compose pieces of music, create artistic works, and conduct pharmaceutical and medical research, developing innovative technical solutions like true inventors. However, according to the current European orientation¹ (as well

* Authors contributed equally to this manuscript and are listed alphabetically. Nicola Lucchi: Serra Hunter Professor of law, Faculty of law of Pompeu Fabra University (Barcelona, Spain). Mail: nicola.lucchi@unife.it; Migle Laukyte: Tenure Track Professor in Cyberlaw and Cyber Rights, Faculty of law of Pompeu Fabra University (Barcelona, Spain). Mail: migle.laukyte@upf.edu. The project leading to these results has received funding from "la Caixa" Foundation, under agreement CF/PR/PR16/51110009. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ See, EPO decision of 27 January 2020 on patent applications EP 18 275 163 e on EP 18 275 174.

Migle Laukyte



as in the United States² and the United Kingdom³), an AI system cannot be indicated as the author of a patent: indeed, protection of creation is legally guaranteed only if it relates to human ingenuity. However, this rule seems to be challenged by what is called creative and interactive AI. In particular, “interactive robotics”⁴ is an emerging field in which robots are designed to perform tasks in close proximity to humans, collaborating with them both physically and cognitively. Despite the strong momentum driving the development of robots and other kinds of AI systems, there is still some resistance to their widespread use in creative and intellectually challenging tasks. One of the biggest obstacles is the lack of specific standards on some key issues, such as intellectual property rights. The need for a clearer legal framework to promote innovation in this sector is confirmed by recent and increasing attention at both the policy⁵ and doctrinal levels:⁶ all observers agree that this aspect is one of the main obstacles to innovation in this sector.

² US Patent and Trademark Office, In re Application No.: 16/524,350 (Decision on Petition) (22 April 2020), available at <https://bit.ly/2YMINyo>.

³ UK Intellectual Property Office, Whether the Requirements of Section 7 and 13 Concerning the Naming of Inventor and the Right to Apply for a Patent Have Been Satisfied in Respect of GB1816909.4 and GB1818161.0 (BL O/741/19) (4 December 2019), at URL <https://bit.ly/2zCPdYm>; the High Court of England and Wales then substantially confirmed this approach in *Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks* (2020) EWHC 2412 (Pat).

⁴ See, i.e.: M.B. JENSEN, et al., *A Framework for Interactive Human-Robot Design Exploration*, in *International Journal of Architectural Computing*, 18, 3, 2020, 235-253; M. APARICIO et al., *Interactive Robotics and Children’s Human Rights*, In: G. RUIZ, M.A. (eds), *Interactive Robotics: Legal, Ethical, Social and Economic Aspects. INBOTS 2021*, Biosystems & Biorobotics, 30, Cham, 2022, 174-178; T.B. SHERIDAN, *Human-Robot Interaction: Status and Challenges*, in *Human Factors: The Journal of Human Factors and Ergonomics Society*, 58, 4, 525-532.

⁵ See, i.e.: M. IGLESIAS PORTELA, et al., *Intellectual Property and AI — A literature review*, JRC119102, 2021, at URL <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC119102>; European Parliament, *Intellectual property rights for the development of AI technologies*, resolution of October 20, 2020 (2020/2015(INI)), at the URL https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_EN.pdf; EU Commission, *Making the most of the EU’s innovative potential — An intellectual property action plan to support the EU’s recovery and resilience*, COM, 2020, 760 final, available at URL <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020DC0760>; J. M. ALLAN et al, *Trends and Developments in AI — Challenges to the Intellectual Property Rights Framework* (Office of the European Union: Final Report, 2020), at URL <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/394345a1-2ecf-11eb-b27b-01aa75ed71a1>; World Intellectual Property Organization, *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and AI (AI)* WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 REV., Revised Issues Paper, 2020, at URL https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf;

⁶ See e.g. R. ABBOT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, in *Boston College Law Review*, 57, 2016, 1079; J. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, *California Law Review*, 6, 2015, 45; W. BARFIELD, U. PAGALLO (eds), *Research Handbook on the Law of AI*, 2018; E. BONADIO, L. McDONAGH, *AI as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2, 2020, 112-137; E. BONADIO, et al., *Intellectual property aspects of robotics*, in *European Journal of Risk Regulation*, 9, 2018, 655–676; B.E. BOYDEN, *Emergent Works*, in *Columbia Journal Law & Arts*, 39, 2016, 377; A. BRIDY, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, in *Stanford Technology Law Review*, 2012, 5, 25 2012; R. CALO, et al. (eds). *Robot Law*, 2016; R.C. DENICOLA, *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, in *Rutgers University Law Review*, 69, 2016, 251; T.W. DORNIS, *Artificial Creativity: Emergent Works and the Void in Current Copyright Doctrine*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 22, 1, 2020; D.J. GERVAIS, *The Machine as Author*, in *Iowa Law Review*, 105, 2020, 2053; J. GRIMMELMANN, *There’s No Such Thing as a Computer-Authored Work — And It’s a Good Thing, Too*, in *Columbia Journal of Law & Arts*, 39, 2016, 403; A. GUADAMUZ, *AI and copyright*, in *WIPO Magazine*, 2017; E. HILGEDORF, U. SEIDEL, *Robotics, Autonom-*



In this context, the article intends to address the question of how the intellectual and, in particular, industrial property law should consider the impact of human-robot co-creation on the one hand and autonomous creation by intelligent systems on the other hand in relation to the authorship of intellectual property rights.

Intellectual property protection is indeed fundamental in the field of interactive robotics and AI in general. The rise of interactive robotics and other AI systems that are able to work with humans on intellectual tasks presents another epochal challenge to the law: How should robotic inventions or human-robot collaborations be considered? In other words: If robots and AI are increasingly able to interact intelligently with humans, to the extent that they begin to perform semi-autonomous creative and inventive acts that result in new works and inventions (which may be protected by intellectual property rights), how should such works or inventions be protected? Who should be recognized as the owner of the intellectual property rights? Can AI systems be considered legal subjects in the context of the patentability of inventions that they independently create? And can they be the subject of patent rights at the same time? In particular, the question arises whether such inventions can be protected in some way by patent rights, or whether it is better to leave them in public domain so that the society could benefit from these inventive endeavors that do not reflect human, but artificial creativity? Or should we recognize the AI with some sui generis patent rights? If these patent rights are enforceable, who should be considered the owner of the resulting patent? The programmer? Or the user? The main intellectual property issues are essentially the same whether we are talking about pure and intangible software based on AI or interactive robots equipped with AI and relying on physical embodiment to enhance creativity: in both cases they are not human and, at the same time, are able to (co-)produce results that would be protectable by intellectual property rights, were these results produced by humans.⁷

ics, and the Law, 2017; M.E. KAMINSKI, *Authorship, Disrupted*, in *UC Davis School of Law — Law Review*, 51, 2017, 589, 593; A. KEISNER et al., *Robotics: Breakthrough Technologies, Innovation, Intellectual Property*, in *Fore-sight and STI Governance*, 10, 2, 2016, 7–27; A.H. KHOURY, *Intellectual Property Rights for Hubots: On the Legal Implications of Human-like Robots as Innovators and Creators*, in *Cardozo Arts & Ent LJ*, 35, 2017, 635; M. LEMLEY, B. CASEY, *Remedies for Robots*, in *University of Chicago Law Review*, 86, 2019, 1311; D. LIM, *AI & IP: Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change*, in *Akron Law Review*, 52, 2018, 813; E. BONADIO, N. LUCCHI (eds.), *Non-Conventional Copyright: Do New and Non Traditional Works Deserve Protection?*, 2018; J. MCCUTCHEON, *The Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law*, in *Melbourne University Law Review*, 36, 2013; E. MOKHTARIAN, *The Bot Legal Code: Developing a Legally Compliant AI*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 21, 2018, 145; F. PASQUALE, *New Laws of Robotics: Defending Human Expertise*, 2020; N. PETIT, J. DE COOMAN, *Models of Law and Regulation for AI*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research*, Paper No. RSCAS 2020/63, 2020; P. SAMUELSON, *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 47, 1986, 1185; S. YANISKY-RAVID, X. LIU, *When AI Systems Produce Inventions: An Alternative Model for Patent Law at the 3A Era*, in *Cardozo Law Review*, 39, 2018, 2215; S. YANISKY-RAVID, *Generating Rembrandt: 2017 Visionary Article in Intellectual Property Law: Generating Rembrandt: AI, Copyright, and Accountability in the 3A Era-The Human Like Authors Are Already Here — A New Model*, in *Michigan State Law Review*, 2017, 2017, 659, 698; P.K. YU, *The Algorithmic Divide and Equality in the Age of AI*, in *Florida Law Review*, 72, 2020, 331; R. YU, *The Machine Author: What Level of Copyright Protection Is Appropriate for Fully Independent Computer-Generated Works?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 165, 2017, 1245.

⁷ In reality, the protection of products created by computer is not completely new. In the U.S., scholars began discussing the potential protectability of computer-generated creativity in the late 1960s. In particular, the U.S.



In the following pages, we will attempt to examine in detail whether robots or AI systems can produce such imponderable results that they can be protected by patents. The aim is to clarify some key aspects and provide answers to these questions by assessing whether the current intellectual property regimes are adequate to the requirements and specificities of intelligent and interactive robotics and AI. Indeed, it is important that intellectual property rights do not become an obstacle to further inventions and innovations in this field. In the light of the above the paper is organized as follows: in the part 2 we address the difficult coexistence between intellectual property-based monopolies and AI by focusing on the essentials of the patent law. In the third part we zoom in the inventions entirely generated by AI and use the Dabus case as an illustration of different visions of its artificial creativity and inventiveness. In the part 4 we deal with the inventions where the humans collaborate with AI and link these collaborations and emerging inventorship questions with the broader question of AI legal personhood and work out a solution to this problematic collaboration. We conclude the paper with a few remarks and observations.

2. Intellectual monopolies and AI: a difficult coexistence

Intellectual property protection is critical in all areas of intensive research and development, and the field of robotics and AI is certainly no exception. In particular, the patent system is the appropriate tool to allow innovators to recoup their investment in research and development. At the same time the patent law aims to guarantee that any output of human creativity and inventiveness after a certain period of time becomes available to whomever wants to benefit from it. Therefore, patent law represents the intersection of private (economic or monetary) and public or social values of innovation,⁸ although there is a strong prevalence of utilitarian law and economics-based approaches to intellectual property rights, rather than social and justice-oriented visions.⁹ Indeed, it comes as no surprise then that intellectual property rights are more often than not seen as opaque, technical and inconclusively charted,¹⁰ and therefore available and understandable to a few, but inaccessible to the rest of the society.

At the same time, the patent system, when properly designed, also plays a fundamental role in the growth and development of AI systems and in promoting innovation in the robotics industry. In particular, robots, AI systems, and their components can be protected by various intellectual property rights. For example, patents protect inventions and give their owners the right to prevent others from using the patented technology. In particular, the European Patent Convention (EPC)¹¹ provides

Congress established a committee to determine whether computers or computer programmes could be creators whose results could be copyrighted. See e.g. K.F. MILDE, *Can a Computer Be an "Author" or an "Inventor"?*, in *Journal of the Patent Office Society*, 51, 1969, 378-406.

⁸ See O. RIBERO, P. SHAPIRA, *Private and Public Values of Innovation: A Patent Analysis of Synthetic Biology*, in *Research Policy*, 49, 1, 2020.

⁹ See, i.e. T. TAYLOR, E. DERCLAYE, *Intellectual Property Rights and Well-Being: A Methodological Approach*, in *Handbook of Intellectual Property Research: Lenses, Methods, and Perspectives*, in I. CALBOLI, M.L. MONTAGNANI (eds), Oxford, 2021, 654-670; J.C. LAI, *The Changing Function of Patents: A Reversion to Privileges*, in *Legal Studies*, 37, 4, 2017, 807-837.

¹⁰ See S. JASANOFF, *The Ethics of Invention: Technology and the Human Nature*, New York and London, 2016, 184.

¹¹ Convention on the Grant of European Patents, 5 October 1973 revised in Munich on 29 November 2000.



a legal framework for granting patents in the accession countries. In terms of subject matter, the Convention excludes from patentability, among other things, discoveries, mathematical methods, methods of performing intellectual activities, and computer programs, but only to the extent that a patent application relates to these subject matters or activities as such.¹²

For example, computer programs or mathematical methods may still qualify as patentable subject matter, provided they have a technical nature. From this perspective, patents can serve to protect the technical aspect of an AI system or its components, and innovation in this area often comes in the form of new production methods. To benefit from patent protection, an innovation in this field must meet the three basic requirements for patentability¹³: (i) novelty, (ii) inventive steps (the “non-obviousness” in the United States), (iii) industrial application (utility in the United States). The question of patentability of AI systems, on the other hand, is more complex: these systems are factually comparable to mathematical methods and are therefore excluded from patent protection under the European Patent Convention. Patenting of an application or application software is only possible if it produces a so-called “technical effect”.¹⁴ Therefore, all inventions that have a technical effect implemented by software, or the so-called “computer-implemented inventions”, are patentable.

In general, a “technical effect” is considered to exist whenever the software enables an additional function to be performed compared to the normal interaction with the machine.¹⁵ For example, software that controls the driving system of a vehicle or the autopilot of an aircraft can be patented. On the other hand, an application that merely simplifies some simple tasks such as the preparation of a company’s financial statements, the creation of invoices or the organization of an address book cannot be patented. In these cases, it is merely a matter of procedures implemented by software and not of technical effects.

In other words, there are cases where machines perform inventive activities with a significant degree of autonomy and are no longer simple tools for the inventor. This means that there are different levels of participation of these intelligent systems in the invention process: Thus, there are inventions that are exclusively the result of the creative and inventive activity of humans; there are other inventions that involve the use of a computer or other advanced AI system in their execution and where the human creativity is unquestionable; and finally, there are inventions that are made autonomously by intelligent systems and in which the role of humans is really reduced to a minimum. It is in relation to the latter scenario that most of the legal questions on patent law are focused and we deal with these inventions in the part 3. We also identify the fourth kind of inventions, that is inventions where the human-AI collaboration is difficult to distinguish and separate and we dedicate to it some considerations in the part 4.

¹² Convention on the Grant of European Patents, art.52(2) and 52(3).

¹³ Cfr. O. MILLS, *Biotechnological Inventions. Moral Restraints and Patent Law*, 2, Furnham, 2010, 4; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, cit., 391.

¹⁴ See art. 52, para. 3, Convention on the Grant of European Patents.

¹⁵ See M. GRANIERI, R. PARDOLESI, *Il Software*, in *AIDA*, 2007, 288-312.

3. What about the inventions entirely generated by AI?

Now suppose that the inventor of a device or object is not a natural person, but an interactive robot or a system with AI. Can a device equipped with AI be cited as an inventor in a patent application? The answer to this question has already been given in the case of a US programmer (Stephen Thaler), the creator of Dabus, “device for the autonomous bootstrapping of unified sentience”, who together with the group “The Artificial Inventor Project” has filed several patent applications for the fruits of the machine’s autonomous creative efforts.¹⁶ In particular, the European Patent Office (EPO) was prompted by a request for registration to examine whether this AI system could be cited as an inventor in a patent application and decided in the negative.¹⁷ Similar decisions on the same registration request were made by the United Kingdom Intellectual Property Office¹⁸ and by the United States Patent and Trademark Office.¹⁹

However, a different story took place in Australia. The Deputy Commissioner of Patents followed the US and EU patent offices’ approach and rejected the invention which author was Dabus. Dabus’s creator Steven Thaler did not see it that way and presented the case to the court, arguing that Dabus should be recognized as an inventor. The court agreed with Steven Thaler and argued that the AI could be an inventor because “First, an inventor is an agent noun; an agent can be a person or thing that invents. Second, so to hold reflects the reality in terms of many otherwise patentable inventions where it cannot sensibly be said that a human is the inventor. Third, nothing in the Act dictates the contrary conclusion.”²⁰ Indeed, according to this judgement, the fallacy comes when we make a confusion on who can be an inventor on the one hand and who can be an owner, a controller or a patentee on the other hand. The owner, controller or patentee can be either a human or a legal person, but that does not mean — and this is where the fallacy comes into play — that the inventor can only be a human: AI can be an inventor, yet it cannot be owner, controller or patentee. Indeed, the judge asks “Why cannot our own creations create?” and invites to look at the concept of inventor in “a flexible and evolutionary way” so much so because “computer inventorship would incentivize the development by computer scientists of creative machines, and also the development by others of the facilitation and use of the output of such machines, leading to new scientific advantages.”²¹

In any event, this opening to the idea that AI can be an inventor did not last, as the Deputy Commissioner of Patents appealed the decision and brought the case in front of Federal Court of Australia, who decided in favor of Commissioner and rejected the decision to grant inventor’s status to Dabus.²²

¹⁶ See The Artificial Inventor Project, at the URL <https://artificialinventor.com/>.

¹⁷ On this point, see EPO decision of 27 January 2020 on patent applications EP 18 275 163 e on EP 18 275 174.

¹⁸ UK Intellectual Property Office, Whether the Requirements of Section 7 and 13 Concerning the Naming of Inventor and the Right to Apply for a Patent Have Been Satisfied in Respect of GB1816909.4 and GB1818161.0, cit. Cfr. Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs And Trade Marks (2020) EWHC 2412 (Pat).

¹⁹ US Patent and Trademark Office, In re Application No.: 16/524,350 (Decision on Petition) (22 April 2020), cit.

²⁰ Thaler v. Commissioner of Patents [2021] FCA 879, <https://artificialinventor.com/wp-content/uploads/2021/08/Thaler-v-Commissioner-of-Patents-2021-FCA-879.pdf>

²¹ S. JASANOFF, *Ethics of Invention*, cit., 206.

²² Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62, <https://www.jade.io/article/912670>.

The only patent office — officially called the Companies and Intellectual Property Commission — that so far has recognized Dabus as inventor is that of South Africa, whose patent laws do not define the inventor, nor the patent granting system includes substantive examination of patent applications. Figure 1 shows the patent application that was submitted and accepted by South African patent authorities and represent the historical recognition of Dabus as an inventor.

P8

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA
PATENTS ACT, 1978
PUBLICATION PARTICULARS AND ABSTRACT
[Section 32(3)(a) – Regulation 2291)(g) AND 31]

21	01	OFFICIAL APPLICATION NO. 2021/03242	22	LODGING DATE 2021/05/13	47	ACCEPTANCE DATE 24/6/2021
51	INTERNATIONAL CLASSIFICATION B65D:A61M			NOT FOR PUBLICATION CLASSIFIED BY: WIPO		
71	FULL NAME(S) OF APPLICANT(S) THALER, Stephen L. 1767 Waterfall Dr., St Charles, Missouri 63303, United States of America					
72	FULL NAME(S) OF INVENTORS(S) 1. DABUS, The invention was autonomously generated by an artificial intelligence					
33	COUNTRY EP	31	EARLIEST PRIORITY CLAIMED NUMBER 18275163.6	32	DATE 2018/10/17	
54	TITLE OF INVENTION FOOD CONTAINER AND DEVICES AND METHODS FOR ATTRACTING ENHANCED ATTENTION					

Figure 1. First recognition of Dabus as an inventor by South African patent authorities

These two cases, that took place outside EU and USA, support the idea that our understanding of who can invent is starting to be questioned from a variety of perspectives. “The idea of the lone ingenious inventor that animated eighteenth-century Western intellectual property law seems too limited to handle the complex claims of ownership that grow out of the twenty-first century’s highly distributed knowledge systems”²³ and Dabus is as good example of this as any other AI system that has gone beyond our understanding of what tools can and cannot do.

Coming back to Europe, the EPO’s decision to deny the inventorship claims of Dabus is to be understood in particular to the effect that AI systems do not have legal personality and therefore cannot be named as inventors in a patent application.²⁴ Thus, the designation of the inventor is a mere formality which provides for the identification of one or more persons with their full first name and surname as well as country and place of residence (which can be interpreted to mean that the inventor must be a natural person), so that the European Patent Office - as provided for in the Implementing Regulation to the European Patent Convention - does not verify the correctness of the designation of

²³ S. JASANOFF, *op.cit.*, 204.

²⁴ See the arts. 62, 81 and 90 EPC and the Rule 19 of Implementing Regulation of the European Patent Convention (EPC 2000).



the inventor.²⁵ The designation of an inventor as a “natural person” was therefore considered mandatory, but only as a formal requirement from which legal consequences may also arise, not as a fundamental requirement for the validity of the patent. In other words, the European Patent Convention does not explicitly exclude from patentability an inventive achievement generated by an AI system, so that the way in which an invention was made is irrelevant.²⁶ This interpretation is supported by the combined provisions of Articles 27 of the TRIPS Agreement²⁷ and 52 of the European Patent Convention,²⁸ both of which state that patents should be granted without discrimination in the field of technology.

On the definitional level, neither the European Patent Convention nor most national laws of member countries provide a detailed definition of the term “inventor”. Thus, the Convention merely states that the right to a patent belongs to the inventor or his successor in title.²⁹ In addition, as mentioned above, the Convention provides that the inventor must be named in the application with his or her first name, surname and address, which can be interpreted to mean that the inventor must be a natural person. In support of this thesis, national courts and legislatures in Europe have repeatedly linked the concept of inventor to that of contribution to inventive achievement.³⁰

For example, in the United Kingdom, section 7 of the Patents Act of 1977,³¹ called “Right to apply for and obtain a patent”, states that any “person” can apply for a patent either individually or jointly with others; it is also specified that the term “inventor” refers to the “actual inventor” of the invention; finally, in section 13 (2) it is specified that the applicant must designate the “person” who is considered the inventor.³²

In German law, inventor is also not defined in the law, but the courts have interpreted the concept of inventor as the person who, taking into account the entire content of the patent application, has cre-

²⁵ See Rule 19, Implementing Regulation of the European Patent Convention (EPC 2000).

²⁶ See J.M. ALLAN et al, *Trends and Developments in AI – Challenges to the Intellectual Property Rights Framework*, cit., 100; R. HUGHES, *EPO refuses “AI inventor” applications in short order - AI Inventor team intend to appeal*, IP Kat Blog 22 December 2019, alla URL <https://ipkitten.blogspot.com/2019/12/epo-refuses-ai-inventor-applications-in.html>; P. BLOK, *The Inventor’s New Tool: AI – How Does it Fit in the European Patent System?*, in *European Intellectual Property Review*, 39, 2017, 69.

²⁷ Art. 35, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, 1869 U.N.T.S.299 (TRIPS Agreement).

²⁸ European Patent Convention, art.52.

²⁹ See Art. 60(1), according to which: “he right to a European patent shall belong to the inventor or his successor in title. If the inventor is an employee, the right to a European patent shall be determined in accordance with the law of the State in which the employee is mainly employed; if the State in which the employee is mainly employed cannot be determined, the law to be applied shall be that of the State in which the employer has the place of business to which the employee is attached.”

³⁰ On this, see, R.M. BALLARDINI, K. HE, T. ROOS, *AI-Generated Content: Authorship and Inventorship in the Age of AI*, in T. PIHLAJARINNE et al. (eds), *Online Distribution of Content in the EU*, 117, 128, Cheltenham, 2019 (the authors observe: “To date, there is no case law handed down by the EPO Boards in relation to the interpretation of the concept of ‘inventor’. However, some EU national courts have passed down a set of relevant court decisions on the matter”).

³¹ Cfr. U.K. Patents Act 1977, section 7(1) e 7(3) (as amended).

³² *Ibidem*, section 13(2).



actively contributed to the subject matter of the patent itself.³³ In France, the patent law also does not contain a definition, but the inventor is considered to be the person who conceived and created the invention.³⁴ In Italy, there is also no definition. According to the wording of the Italian law, any subject (natural or legal person) who is entitled to the inventive step that led to the invention is entitled to apply for a patent. In particular, Article 21 of the Implementing Regulation to the Industrial Property Code stipulates that the patent application must also contain the surname, first name, nationality and residence of the natural person or the name, seat and nationality of the applicant legal person or entity.³⁵ Curiously, in Lithuania the inventor is defined as “a physical person who created the invention”³⁶ and therefore, at least in this Baltic state, the inventor can only be a natural person. However, this is an exception, rather than a rule within the EU.

Thus, generally speaking, it could be argued that inventions should be considered patentable even if they are generated autonomously by AI systems. On the contrary, the problem might arise at the level of national law, because the applicable laws of a number of member states of the European Patent Convention explicitly require the attribution of the invention to a natural person.

4. Current praxis and future scenarios

Currently, there are already many areas in science and technology where automated machines or robots are involved in creative and inventive processes. For example, DNA sequencing machines provide researchers with information that can, of course, later be patented. There is a difference here, of course, because such machines are automated and not capable of autonomous discovery and learning tasks, and many of the inputs to such systems are provided and selected by humans. Moreover, the data and results that emerge from these processes are subsequently analyzed and reviewed by humans. Inventions supported by AI are certainly the most relevant phenomenon at present. Given the current state of AI-based technologies, the possibility of a system being able to make inventions that are not causally related to one or more human inventors seems to be a future or very limited reality in current practice. Nevertheless, it must be kept in mind that there are also many AI systems that appear to have independent hypothesis generation and testing capabilities, which in patent parlance might lead to independent invention by the intelligent system, i.e., without any direct action by humans.³⁷ The question here is whether the owner, user, or programmer of the robot or an AI system is entitled to patent protection for an invention developed directly by AI.

³³ On this point, see what is reported from R.M. BALLARDINI, K. HE, T. ROOS, *AI-Generated Content: Authorship and Inventorship in the Age of AI*, cit., 128.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ See art. 21, Regolamento di attuazione del Codice Proprietà Industriale (Decreto Legislativo 13 gennaio 2010, n. 33).

³⁶ See 1st skirsnis of Lietuvos Respublikos Patentų Įstatymas (Nr.1-372, January 18, 1994), available at <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.07786E0929A8/asr>

³⁷ See R. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, in *Boston College Law Review*, 57, 2016, 1079, 1083 (The author emphasises that the use of intelligent systems in invention processes has been widespread for some time and will continue to increase); see also P.H. BLOK, *The inventor's new tool: AI — how does it fit in the European patent system?*, in *European Intellectual Property Review*, 49, 2017, 69.



It is therefore very likely that in recent years many patent offices have actually granted patents for products created by AI or with a relatively small degree of human involvement, without knowing that in fact a machine was the author of the invention: presumably this is done to avoid litigation over the absence of a human inventor.³⁸ Rather than indirectly encouraging such unethical practices, patent offices should probably introduce requirements that force applicants to be transparent and to explain — for example, in describing the technical problem and its solution — the role that AI systems played in the invention process: to this end, patent applicants should be required to disclose the role of an AI-driven system in the processing of the subject matter to enable a proper assessment of patentability.³⁹ If inventions resulting from the use of AI systems were not patentable, this would have the perverse effect of encouraging inventors in this sector to use trade secrets instead of patents to protect their activities. In this case, there is a risk that the progress of innovation in this sector would be significantly slowed down.

It follows that on a purely literal level — even though the possibility of an AI system being able to make inventions that are not causally related to a human inventor or inventors is currently a long way off — there is certainly a regulatory vacuum that needs to be filled: this is especially true given the speed at which AI systems are evolving. Machines that are able to match humans in every respect seem to belong to a future that, even if it is a long way off, is certainly closer than we think. Indeed, the question of who (or what) can invent is just one of the parts of the bigger question that we briefly refer to in the following section: the question is that of legal personhood of machines. Because the arguments we make for or against the recognition of authorship of invention or work of art conflates into arguments on who or what counts as a subject (or person) in law.

4.1. Pending question of personhood

As AI systems become more sophisticated and will be able to play a larger role in society, it will inevitably be necessary to address various topics (not only limited to the issue of authorship of intellectual property rights) also related to the recognition of some form of distinct legal personhood. Until recently, such arguments were purely speculative.⁴⁰ But institutions and policymakers are increasingly

³⁸ See E. BONADIO, et al., *AI as inventor: exploring the consequences for patent law*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2021, 48, 61.

³⁹ See R. ABBOTT, *Everything Is Obvious*, in *U.C.L.A. Law Review*, 66, 2, 2019, 7 (The author believes that patent offices should introduce a new obligation for applicants to disclose when a machine contributes to the design of an invention. In fact, applicants are already required to disclose all human inventors, and failure to do so could result in a patent being invalid or inapplicable. Similarly, it should be clarified whether a machine performs an activity comparable to that of a human inventor); E. STANKOVA, *Human inventorship in European patent law*, in *Cambridge Law Journal*, 80, 2021, 338 (For example, the author proposes to introduce an obligation to disclose whether and to what extent an AI-based system has been used and to describe the stages of the process carried out by that system. If an applicant does not explain these steps and their significance, the EPO may reject the application under Article 90 EPC because it does not meet the formal patentability requirements).

⁴⁰ However, it is interesting to mention two real cases: In October 2017, Sophia became the first robot to be granted citizenship by the Saudi Arabian government. This step was probably an event to attract public attention. Nonetheless, it is a historic step toward the possible assimilation of AI and humans. Just a month later, in November 2017, Tokyo granted a chatbot official residency status in the Shibuya district. See E. ROCHA, *Sophia: Exploring the Ways AI May Change Intellectual Property Protections*, in *Journal of Art, Technology & Intellectual*



questioning the nature and fate of these new technologies in order to adapt existing law to these changes: for example, the European Parliament a few years ago adopted a resolution calling on the European Commission to consider of “creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently.”⁴¹ Inasmuch as this resolution was criticized, it started a debate that seems to be impossible to ignore.⁴²

Indeed, since this resolution and regardless the critical voices, many alternative ideas and solutions have been put on the table as concerns the legal personhood of machines. The suggestions are numerous: from partial legal capacity or *Teilrechtsfähigkeit*⁴³ to personalized and specific legal personhood to concrete AI,⁴⁴ from AI citizenship⁴⁵ to legal personality of AI as an independent commercial actor⁴⁶ to those who propose to abandon the idea of personhood of AI altogether.⁴⁷ As noted by the philosopher Hilary Putnam – before anyone else could even think about it – one of the most interesting challenges is precisely that relating to the evaluation and definition of the opportunity to give some form of legal personality to intelligent systems.⁴⁸ From a legal point of view – as has already been done in other situations – there is certainly the possibility of granting legal personality to any abstract or non-physical entity regardless of the characteristics of ontological subjectivity: therefore it does not seem in doubt that most legal systems can grant some form of personality to AI systems. Rather, it is necessary to ask whether it is really necessary and what could be the content of such a personality.⁴⁹

Property Law, 28, 2, 2018, 126–146; A. CUTHBERTSON, *Tokyo: Artificial Intelligence 'Boy' Shibuya Mirai Becomes World's First AI Bot to Be Granted Residency*, in *Newsweek*, Washington, available at <https://www.newsweek.com/tokyo-residency-artificial-intelligence-boy-shibuya-mirai-702382>

⁴¹ See § 59 (f), European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), OJ C 252, 18.7.2018, 239–257.

⁴² One of the most critical sources to this resolution came from the open letter of more than 150 experts and scholars who have opposed the possibility of electronic personhood of intelligent robots by arguing that ethically and legally such personhood is not acceptable regardless legal status model – natural person, legal entity or Anglo-Saxon trust model – that could be used for intelligent robots. The letter is available at <http://www.robotics-openletter.eu/>.

⁴³ D.M. MOCANU, *Gradient Legal Personhood of AI Systems – Painting Continental Legal Shapes Made to Fit Analytical Molds*, in *Front Robot AI*, 8, 2022.

⁴⁴ J. CHEN, P. BURGESS, *The Boundaries of Legal Personhood: How Spontaneous Intelligence Can Problematiser Differences between Humans, AI, Companies and Animals*, in *Artificial Intelligence and Law*, 27, 2019, 73-92.

⁴⁵ See T.L. JAYNES, *Legal Personhood for AI: Citizenship as the Exception of Rule*, in *AI & Society*, 35, 2, 2020, 343-354.

⁴⁶ See V.A.J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, Oxford, 2019; in particular, see chapter 6 — The Legal Personhood of AIs, 175-189.

⁴⁷ See, for example, E. MIK, *AI as a Legal Person*, in J.A. LEE, R. HILTY, K.C. LIU (eds), *AI and Intellectual Property*, Oxford, 2021, 419-438.

⁴⁸ See H. PUTNAM, *I robot: macchina o vita creata artificialmente?*, in *Mente, Linguaggio e Realtà*, Milano, 1987, 416-438 (the author already wondered in 1960 whether it was right that robots had civil rights).

⁴⁹ See S. CHESTERMAN, *AI and the limits of legal personality*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 69, 2020, 819.

Moving onwards in this debate, the interesting issue related to AI legal personhood is the specific rights that it could be granted with. Perhaps the experience with granting rights to other non-human entities, such as corporations and animals, is problematic⁵⁰ and prevents those who at least theoretically accept the idea of legal personhood of machines to even consider the possible particular list of rights that could be granted to AI. In the following section dedicated to alternative solution to inventorship problem related to AI, we — among other things — also advance a few ideas of what rights could be specified thanks to the advancements or changes in our understanding of legal authorship and inventorship. The underlying and implicit question is whether the debates on inventorship that we are currently dealing with are not just the legal questions, but much more complex questions that anticipate the paradigmatic and profoundly complex social, legal, political and economic changes that the AI is going to produce: in other words, is patent law debate on inventorship foreshadowing the twilight of legal institutions and systems — legal *Götterdämmerung*?—as we know them? Is the patent law the legal branch that will push forward the bottom-up approach to recognizing rights and personality to AI, as the top-down approach — approach adopted by the EU Parliament in its resolution⁵¹ — has failed to do so?

4.2. Alternative solution

Having seen that being recognized as inventor has further repercussions on our understanding of AI's legal status, we now move on to ask a different question, namely, if we do not (yet?) consider the contribution of AI to the inventive endeavors of humans relevant enough to be recognized legally, what other ways could there be to distinguish the completely human inventions from those inventions where human inventive effort to a certain extent has been lesser and where human creativity has been boosted with the help of AI? Indeed, in the previous sections we have analyzed the proposal that human creators should inform the patent offices of the use of AI in their creative and inventive results,⁵² but are there — or should there be — any other solutions?

Such inventions where human and AI collaboration in creating an invention is not possible to distinguish meaningfully, could be protected for lesser time, similarly to the way we protect utility models. This opens up the debate on what is meaningful in human-AI interaction and how do we understand it from a patentability perspective. The question on the meaning of meaningfulness has already surfaced in a variety of discussions related to other technologically-challenging legal domains, such as the autonomous weapons or privacy protection.⁵³ In the context of patent law debate, a meaningful

⁵⁰ Among many on corporations, see J. D. CLEMENTS, *Corporations are not People: Reclaiming Democracy from Big Money and Global Corporations*, San Francisco, 2014; and A. WINKLER, *We the Corporation: How American Businesses Won Their Civil Rights*, New York and London, 2018. As concerns animals, see among many, G.L. FRANCIONE, *Animals as Persons*, New York, 2008.

⁵¹ European Parliament resolution (2015/2103(INL)), *op.cit.*

⁵² See R. ABBOTT, *Everything Is Obvious*, *cit.*, 2019.; E. STANKOVA, *Human inventorship in EU patent law*, *op. cit.*, 2021.

⁵³ Cfr. D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *Autonomous Weapons Systems and Meaningful Human Control: Ethical and Legal Issues*, in *Current Robotics Reports*, 1, 2020, 187-194, (the author advances the idea that meaningful control over autonomous weapons has a threefold role as a fail-safe actor, accountability attractor and moral agency enactor); A. SELBST, J. POWLES, *Meaningful Information and the Right to Explanation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 4, 2017, 233-242, (the authors address the data subject right to the meaningful information

distinction could be the one where the contributions of human inventor and AI are possible to identify and the human inventor is able to explain where and how his inventive endeavor took place and whether it could have taken place without the assistance of or collaboration with the AI. In case the invention could be patentable even without the collaboration with AI, although this collaboration took place, then the patent could be granted for the same period as if the AI was not involved at all. In case the invention could not exist without AI collaboration with human inventor, then we would talk about not distinguishable collaborations.

In fact, in those cases when we are dealing with indistinguishable collaborations among humans, patent law usually refers to the joint inventorship. In case of indistinguishable human-AI collaboration — that could be discovered through the patent claims presented to the patent office — this difference in our conception of joint inventorship could be reflected not that much in attributing AI with co-inventorship, but rather in the shorter term of patent protection. This shorter time protection could at the same time also help to preserve the exclusivity of human inventorship as it would not relate to AI as to inventor.

The question is what might be the benefit for the human inventor to recognize the support of AI in the inventive process: if this collaboration is kept secret, the human inventor could claim a full patent protection period (25 years). However, the benefit of disclosure of collaboration with AI could reside in making the market of patented inventions more flexible and dynamic and encourage the human inventors — who would keep the economic rights of patents — to invest and foster development of creative and interactive AI and robots and would also save resources that the companies and individuals have to invest in defending their patents from infringements by competitors.⁵⁴

Another solution is to recognize the collaborative effort amongst human and AI and grant AI with inventorship, which excludes — as already mentioned above — the economic benefits, but provides with a recognition that certain part of creative endeavors took place in a machine and were not completely human-generated. In this way, we would preserve the economic side of patent granting to a human, but at the same time recognize that the patented invention is not completely human and (just a little bit) open up the door to legal personhood of AI. Again, why should we do that? We could do that for several purposes: first of all, because of intellectual honesty and coherence: we would not attribute ourselves the inventions in which we took part but did not completely cause the invention itself. Secondly, we could contribute to the recognition of non-human creativity and show that such creativity could be beneficial for the rest of society once the patent protection expires. Thirdly, recognizing AI as an inventor would also show the importance of technological advancements for human creativity and support the human-AI collaborations that challenge the contemporary antagonistic vision of them (machines) versus us (humans).⁵⁵

about the logic involved in the algorithmic decision-making as referred to by General Data Protection Regulation).

⁵⁴ Cfr. W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Massachusetts and London, 2003; A. MARCO et al., *Do Economic Downturns Dampen Patent Litigation?*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 12, 3, 481-536.

⁵⁵ See for instance K.T. BOCHNIARZ et al., *Attitudes to AI among High School Students: Understanding Distrust Towards Humans Will not help us Understand Distrust towards AI*, in *Personality and Individual Differences*, 185, 2022; available at <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0191886921006784>; S.C. ATHEY et

In the light of this third reason, the possibilities for recognition of legal personhood to AI and interactive robots could become more viable: as already mentioned previously, the bottom-up approach based on patent law recognition of inventorship of AI — as limited as this recognition in moral terms might be and as inconsequential from the economic perspective it necessarily will be — it still provides us with the first attempts to critically address and scrutinize again our understanding about what and who matters as subjects in law.

5. Conclusion

Modern patent law has to cope with the increasing prevalence and importance of AI-based systems in the development of new technical solutions. It is therefore obvious that it is necessary to prepare for the challenge of the future, which is characterized by systems capable of carrying out inventions in a fully autonomous manner with regard to so-called co-creation: As part of a renewal of patent law, it would be desirable to address the current limitations in the systems of examination, evaluation and transfer of intellectual property rights. In his book, “The Reasonable Robot”, Ryan Abbott argues that the law should not distinguish between humans and AI when they perform the same tasks.⁵⁶ As AI increasingly supplants human intelligence in many fields, it should be treated as a human.⁵⁷ In particular, the increasingly sophisticated use of systems based on AI risks raising the threshold for patentability to the point where many inventive activities become theoretically obvious and require the development of new requirements and systems to protect intellectual property.⁵⁸

As noted by other authors, intellectual property law is by no means compelled to adhere strictly to a doctrine of human exclusivity: This is especially true in the area of patent law, where patentability is based on the objective value of an invention rather than the subjective efforts or personal circumstances of the inventor.⁵⁹ Patent offices may therefore soon be asked to consider new requirements to better define the contribution of machines to the invention. The future is just around the corner and the debate about it has only just begun.

Furthermore, the question of inventorship in patent law represents an alternative, bottom-up approach to AI legal personhood which sooner rather than later will be necessary to deal with. Patent law, that protects the result of inventive effort but not its source or origin, is functional in advancing recognition of rights to non-human creators, who should be recognized as creators nevertheless. Perhaps patent law is much more than inventions and patents: maybe patent law is about revolution of legal thought, about inventing and placing the new legal persons within the current legal system and about anticipating and legalizing unavoidable changes in our understanding of who or what can

al., *The Allocation of Decision Authority to Human and AI*, in *NBER Working Paper Series*, Working Paper 26673, 2020; available at <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/pandp.20201034#:~:text=The%20allocation%20of%20decision%20authority%20by%20a%20principal%20to%20either,effort%20in%20learning%20choice%20payoffs>.

⁵⁶ See R. ABBOTT, *The Reasonable Robot*, 2020.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ See T.W. DORNIS, *Of “authorless works” and “inventions without inventor” — the muddy waters of “AI autonomy” in intellectual property doctrine*, in *European Intellectual Property Review*, 43, 2021, 570, 585.

create and invent. Lastly, there is one more crucial element. Current legal discourse focuses mostly on the output created by artificial intelligent systems. There is essentially little consideration of the legal issues surrounding the management of intellectual property rights in connection to inputs. Indeed, machine learning relies heavily on vast quantities of training data. Some businesses already have access to this information. Typically, these are existing businesses in a distinct industry; nonetheless, new entrants must create or license databases containing this training data. While some huge data sets are just data, or non-protectable information (such as market prices or raw data for weather AI), the great majority of training data sets are massive collections of intellectual property-protected works. The question that remains unanswered is whether and under what conditions it is permissible to utilize these works.

W. J. Law

