



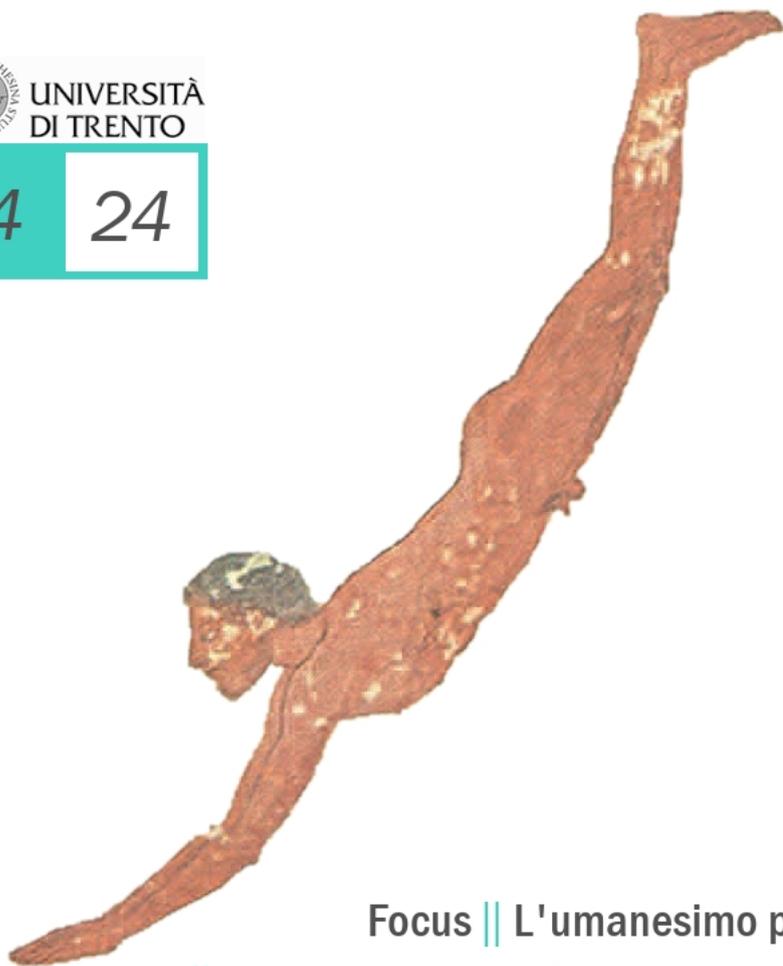
BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

4 24



Focus || L'umanesimo psichiatrico
Focus || Carne a base cellulare: fra diritto e scienza

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

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

Scientific Committee:

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

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Giorgia Bincoletto, 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, Valentina Gastaldo, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, 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: <https://teseo.unitn.it/biolaw>

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.

December 2024
ISSN 2284-4503
© Copyright 2024



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. 4/2024

Table of contents

La psichiatria sociale e di comunità nell’insegnamento di Franco Basaglia .. <i>Lorenzo Chieffi</i>	1
 FOCUS ON – L’UMANESIMO PSICHIATRICO NEL PENSIERO DI FRANCO BASAGLIA. UNA RIFLESSIONE A CENTO ANNI DALLA SUA NASCITA	
Perché l’alba sia alba e la notte meno buia. Riflessioni sulla salute mentale e le nostre collettive fragilità <i>Salvatore Di Fede, Emilio Lupo</i>	9
Le pratiche e il pensiero di Franco Basaglia nello “Zeitgeist” della primavera del 1968 <i>Daniele Piccione</i>	17
Oltre la 180 <i>Ivan Cavicchi</i>	27
Michel Foucault and Antipsychiatry: Psychiatric Power in Perspective <i>Emmanuel Chamorro, José Luis Ferraro</i>	43
Infermità mentale, persone fragili e strumenti privatistici: la necessità di un approccio multidimensionale <i>Giuseppe Recinto</i>	61
La legge Basaglia nel contesto della realizzazione giurisdizionale dei diritti della persona <i>Raffaele Manfrellotti</i>	73
La persona al centro. Lavoro e salute mentale nell’età del tecno-capitalismo <i>Carmen Di Carluccio</i>	91
Vizio di mente, psichiatria e diritto penale nel centenario della nascita di Franco Basaglia <i>Gianluca Gentile</i>	113
Il diritto di informazione sanitaria nell’ambito della psichiatria in Spagna .. <i>Antonio Pérez Miras</i>	131

FOCUS ON – CARNE A BASE CELLULARE: TRA DIRITTO E SCIENZA

- Carne a base cellulare: una nuova frontiera della ricerca** 151
Federica Cheli, Gabriella Tedeschi, Davide Lanzoni, Tamil Selvi Sundaram, Antonella Baldi, Carlotta Giromini
- Un assaggio di futuro? La carne a base cellulare e il vivace dibattito regolatorio dentro e fuori i confini dell’Unione europea** 165
Giulia Formici

ESSAYS – SAGGI

- L’incontro tra la biopolitica e il diritto costituzionale** 199
Laura Buffoni
- “When green turns dark”: alcune riflessioni sui diritti umani e le energie rinnovabili nell’ambito del diritto internazionale, con brevi cenni al caso della Sardegna** 233
Simona Fanni
- Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?** 281
Ilja Richard Pavone
- I soggetti invisibili nella ricerca clinica: intersezionalità e strategie giuridiche di inclusione** 311
Viola Cappelli
- Regulación en tiempos de incertidumbre y futuro de los comités de bio-ética** 333
Federico de Montalvo Jääskeläinee

PERSPECTIVES – PROSPETTIVE

- La protección jurídica de las personas trans a la luz del nuevo escenario normativo en España** 351
Elena Atienza Macías

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW – ESSAYS

- Dignità del pubblico dipendente e pubblica amministrazione robotizzata** .. 361
Francesco Siciliano

La psichiatria sociale e di comunità nell'insegnamento di Franco Basaglia

Lorenzo Chieffi

La ricorrenza dei cento anni dalla nascita di Franco Basaglia (Venezia, 1924/2024) ha offerto l'occasione per una verifica, a quasi mezzo secolo dall'entrata in vigore della legge n. 180 del 13 maggio 1978, della persistente capacità del Servizio Sanitario Nazionale (S.S.N.) di assicurare un elevato grado di assistenza a favore di quanti soffrono di una disabilità mentale.

Coerentemente agli spazi interpretativi di derivazione costituzionale, proiettati a valorizzare sempre il *rispetto della persona umana* (art. 32, 2° comma Cost.), la sua autonomia e dignità, per troppo tempo rimasti in ombra, la legge in esame si è proposta di correggere l'impostazione repressiva cui aveva condotto la legislazione fino ad allora vigente, da cui erano derivati, secondo il neuropsichiatra veneto, veri e propri «crimini di pace»¹.

La prevalenza nelle strutture manicomiali di una finalità di custodia, piuttosto che di cura e riabilitazione, esprimeva infatti una «violenza (la violenza sulla quale una società repressiva e competitiva si fonda) con cui il disturbato mentale»

veniva «attaccato e velocemente scrollato di dosso»².

L'intento perseguito da questa fondamentale riforma fu di creare un argine de-istituzionalizzante ad un indirizzo prevalente nella scienza psichiatrica dell'epoca che pretendeva di allontanare dalla comunità di appartenenza quanti fossero ritenuti pericolosi per loro stessi e per gli altri riuscendo, per di più, di «pubblico scandalo»³. Sulla scia di diffuse teorie antipsichiatriche, di chiara derivazione foucaultiana, l'orientamento basagliano intendeva perciò rigettare la deriva riduzionista e determinista, di natura prettamente eziologica e organicista, cui conduceva una lettura della malattia basata su categorie di diagnosi standardizzate, come elaborate nel Manuale diagnostico statistico dei disturbi mentali (DSM), nella versione a quei tempi pubblicata. Ciò che veniva soprattutto contestato era lo stigma, causa di discriminazioni e forme di esclusione, che derivava da una diffusa convinzione della non guaribilità ed ereditarietà di numerose patologie di cui soffrivano i malati di mente, indipendentemente dalla loro severità, con l'effetto di pregiudicare l'avvio di un corretto e auspicabile percorso terapeutico e di reintegrazione del paziente nella comunità.

Di contro a questa impostazione fondata sul mero dato biologico⁴, che induceva ad una contenzione essenzialmente farmacologica e fisica, l'intento del Nostro fu quello di mettere in

genetico (in considerazione della presenza nel suo DNA di un contenuto allelico considerato predittivo di comportamenti delittuosi, secondo la nota e discussa interpretazione offerta dalla Corte d'Assise di Appello di Trieste, 1 ottobre 2009, n. 5) ovvero l'impiego di algoritmi (cd. *psichiatria computazionale*) che, avvalendosi di una enorme massa di dati, farebbe emergere, «grazie alle tecniche di *machine learning* (ML) e *deep learning* (DL)» (M. BERTANI, *Appunti per una genealogia del digitale in psichiatria*, in *Aut Aut*, n. 398, 2023, 201), una predisposizione a questa tipologia di disabilità.

¹ F. BASAGLIA-F. ONGARO BASAGLIA (a cura), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione*, Milano, 2009.

² F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, 120.

³ Art. 14, lett. d) e art. 34 del Regio decreto 16 agosto 1909, n. 615, che approva l'annesso regolamento sui manicomi e sugli alienati.

⁴ Le interpretazioni più spinte di tipo deterministico, altrettanto pericolose per la salvaguardia dei valori personalistici, sono pervenute più recentemente a prognosticare la presunta vulnerabilità mentale dell'individuo attraverso il ricorso ad uno *screening*

risalto, così da consentirne la rimozione, i fattori ambientali e sociali che avevano condotto, a seguito di un prolungato isolamento negli ospedali psichiatrici «oltre il limite dell'umano»⁵, all'aggravamento dell'equilibrio mentale di questi soggetti fragili, proprio in considerazione della stretta interdipendenza tra ambiente sociale e alterazioni della salute mentale dell'individuo.

Da qui l'esigenza di pervenire ad un «rovesciamento reale del sistema coercitivo»⁶, ancora prevalente nel trattamento dei disabili, che pretendeva, irragionevolmente, di soddisfare gli interessi del gruppo dominante e, al tempo stesso, di non «turbare il ritmo di una società che ha bisogno di aree di compenso su cui scaricare le forze aggressive che non può altrimenti incanalare»⁷.

Per contrastare questo indirizzo, di cui si negava la riconducibilità a solide evidenze scientifiche, l'intento perseguito dal legislatore del '78, attraverso la definitiva chiusura di questi luoghi di asilo, sarebbe stato quello di assicurare a quanti ne avessero avuto bisogno una assistenza che, attraverso terapie e percorsi appropriati, contribuisse al loro reinserimento nella comunità di appartenenza, anche in vista di un auspicabile recupero delle capacità affettive, relazionali e lavorative.

Il ricorso, di norma, ai presidi psichiatrici extraospedalieri, dotati di tutte le professionalità indispensabili, avrebbe certamente consentito, al contempo, un rafforzamento degli interventi di

prevenzione, cura e riabilitazione (art. 6, 1° comma, legge n. 180) dell'interessato.

Senza affatto trascurare l'apporto della medicina, indispensabile per porre rimedio ai fattori neurobiologici della malattia, la cd. *psichiatria sociale*, pure da alcuni con forza contestata⁸, poneva particolare attenzione al «prendersi cura» (*to care*)⁹ che avrebbe consentito un'assistenza personalizzata, più consapevole dei reali bisogni dell'infermo, negli stessi luoghi di svolgimento della sua vita, a cominciare da quello familiare. Lo sviluppo di questi obiettivi, chiaramente delineati nella legge n. 180 e in seguito richiamati, nel corso dello stesso 1978, nella legge istitutiva del S.S.N. n. 833, avrebbe assicurato una maggiore capacità della società di includere le diversità, così da permettere al disabile di svolgere, con maggiore autonomia, le proprie scelte esistenziali.

Ad un regime diretto ad assicurare il controllo della follia, a garanzia della sicurezza della collettività, subentrò, grazie alle innovazioni introdotte dal legislatore statale, una regolamentazione finalizzata alla prevenzione e cura delle patologie psichiatriche che avrebbe potuto condurre alla *liberazione* degli interessati, così da agevolarne l'auspicata integrazione sociale.

L'affermazione di questo «nuovo umanesimo psichiatrico», coerente ai valori personalistici di derivazione costituzionale, avrebbe finalmente condotto, per Basaglia¹⁰, ad una «istituzione psichiatrica in cui il malato mentale risultasse un uomo che ha il diritto di essere curato»¹¹.

⁵ F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, cit., 50.

⁶ *Ivi*, 165.

⁷ *Ivi*, 53.

⁸ Per lo psichiatra G. JERVIS, in G. CORBELLINI-G. JERVIS, *La razionalità negata. Psichiatria e antipsichiatria in Italia*, Milano, 2008, 95, che giudicava la legge n. 180 velleitaria e, per certi versi, ingenua, la scissione di «ogni rapporto fra il lavoro terapeutico e la tradizione medico-biologica» avrebbe condotto ad un

«sostanziale disinteresse verso i sintomi clinici (per esempio le allucinazioni o i deliri), a favore, invece, di un'attenzione esclusiva per le problematiche sociali» dei pazienti.

⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La cura delle persone con malattia mentale*, 21 settembre 2017, reperibile all'indirizzo <https://bioetica.governo.it>.

¹⁰ F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, cit., 50.

¹¹ *Ivi*, 166.

Senza voler affatto mettere in discussione gli straordinari effetti innovativi introdotti da questo rivoluzionario testo normativo, di cui ancor oggi si apprezza la significativa forza propulsiva¹², l'intento dei contributi che seguono è stato principalmente quello di verificare la sua capacità di adattamento, o come altri sostengono di *ri-contestualizzazione*¹³, in grado di assecondare le nuove aspettative di cura che dovessero emergere dalla comunità entro cui dovrà continuare ad operare.

La profonda trasformazione della composizione anagrafica ed etnica della popolazione di cui siamo parte, accompagnata dalla evoluzione degli stili di vita, ha certamente contribuito alla emersione, agevolata dall'impiego di sofisticate metodologie diagnostiche, di nuove forme di disagio mentale, in una dimensione sconosciuta ai tempi dell'approvazione della legge n. 180.

Con riguardo alle fasce di età più legate al periodo adolescenziale e giovanile, appare, ad esempio, incontestabile l'incremento delle patologie psicologiche/psichiatriche provocate da un uso smodato di bevande alcoliche, di droghe e, in altra direzione, di innovativi strumenti informatici, a cominciare dagli *smartphone*, che determinano, nei casi più gravi, diminuzione della capacità di apprendimento, di memorizzazione, che si aggiungono ad ulteriori pregiudizi per la salute mentale (come aumento di ansia, depressione, difficoltà relazionali, disturbi alimentari, di acquisizione di giudizio critico)¹⁴, senza affatto

trascurare le conseguenze che potrebbero derivare dal fenomeno del cyberbullismo.

Lo sviluppo delle attività lavorative in *smartworking*, da cui deriva una forte riduzione dei rapporti sociali diretti e non mediati da strumenti informatici, associato a meccanismi di controllo a distanza dei compiti assegnati al dipendente, stanno sempre più spesso determinando, – come attentamente considerato nel saggio di Carmen Di Carluccio – uno stato di stress, causa dell'insorgenza di patologie psicosomatiche, in una dimensione e con caratteristiche sconosciute ai tempi dell'entrata in vigore della legge Basaglia. L'aumento graduale nel tempo dell'età media della popolazione, cui sono pervenuti soprattutto i Paesi più benestanti, ha, inoltre, inevitabilmente contribuito, accanto alla cronicizzazione di alcune patologie, al peggioramento di malattie mentali, come la demenza senile e l'Alzheimer.

A tali infermità, legate all'età degli interessati, occorre anche aggiungere il danno psicologico provocato, a seguito di travagliati e interminabili viaggi della speranza, alle persone provenienti, come migranti, da Paesi in guerra o economicamente più svantaggiati.

In aggiunta alle conseguenze prodotte sulla psiche umana da questi fenomeni sociali e di derivazione geopolitica, altrettanto gravi sono poi stati i pregiudizi, per l'equilibrio mentale delle persone, di cui ancora oggi si avvertono gli effetti, della lunga crisi pandemica da Covid-19 che ha costretto, a causa delle misure restrittive

¹² Sulla capacità della legge di adattarsi all'evoluzione dei contesti sociali si rinvia al lavoro che segue di Daniele Piccioni e, più diffusamente, a S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

¹³ I. CAVICCHI, *Oltre la 180*, Roma, 2022, 7, a giudizio del quale (*ivi*, 43) il «ricorso a interventi correttivi» rappresenterebbe una «estensione» della riforma introdotta dalla 180 e «giammai una controriforma».

¹⁴ Per assicurare un supporto a tali criticità il d. l. n. 228 del 30 dicembre 2021, conv. con modificazioni dalla l. 25 febbraio 2022, n. 15, ha introdotto il cd. Bonus psicologico. L'art. 1, comma 538 della l. 29 dicembre 2022, n. 197, avente ad oggetto «Bilancio di previsione dello stato per l'esercizio finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025» (Legge di Bilancio 2023) ne ha poi disposto la proroga anche per l'anno 2023 e per gli anni 2024 e seguenti.

imposte dai Governi, a rigidi isolamenti e conseguente interruzione delle relazioni sociali, anche di tipo educativo e scolastico per i più giovani.

La complessità degli accadimenti in precedenza elencati, di varia origine e natura, non sempre prevedibili, avrebbe dovuto progressivamente indurre ad avviare, in ossequio agli indirizzi delineati nel 1978, la necessaria riorganizzazione della gestione della salute mentale di territorio in modo da assicurare una efficace presa in carico del malato, in una logica di assistenza di tipo reticolare tra presidi sanitari, famiglie e soggetti del Terzo settore.

Nonostante le numerose sollecitazioni provenienti dal diritto internazionale¹⁵ ed europeo¹⁶ continua invece a mancare un'adeguata rete di strutture intermedie ospedaliere¹⁷, sovente pure sfornite del necessario personale specializzato (psichiatri, psicologi, assistenti sociali, infermieri), in grado di accogliere temporaneamente individui privi di una famiglia che possa assisterli, così da renderne possibile la riabilitazione e il reinserimento nella vita sociale.

Ad aggravare ulteriormente le condizioni di assistenza fornite a questi soggetti più vulnerabili è pure la perdurante disomogeneità della distribuzione dei servizi assistenziali riscontrata nei

diversi territori regionali, a tutto danno di quelli ricadenti nel Mezzogiorno del Paese¹⁸, cui contribuisce una limitata capacità di spesa di alcune amministrazioni locali e un difettoso coordinamento tra i servizi sociali e sanitari.

L'ammontare delle risorse destinate alla prevenzione e cura del disagio mentale (3,4% della spesa sanitaria complessiva) continua, peraltro, ad essere assai distante da quello dedicato in altri Paesi europei, come Francia, Germania e Regno Unito, nei quali risulta superiore al 10%¹⁹. Il sottodimensionamento di questi investimenti ha rappresentato un insuperabile freno per la realizzazione, alla luce delle nuove opportunità terapeutiche consentite dalla scienza psichiatrica, delle finalità contenute nei due *Progetti obiettivo*²⁰ che interessano l'intero ciclo della vita, dall'età evolutiva alla vecchiaia.

In coerenza con gli indirizzi basagliani, a favore di una psichiatria sociale, che intende valorizzare la pluralità di esperienze e competenze espresse dalla comunità, una riduzione degli squilibri ancora persistenti avrebbe dovuto spingere ad interventi di maggiore sostegno dei servizi di medicina territoriale, collegati ai Dipartimenti di salute mentale, pure sulla base di accordi sottoscritti con soggetti privati, della cooperazione e

¹⁵ Tra i documenti elaborati dall'OMS per ridurre i divari esistenti nel mondo nella erogazione delle cure per la salute mentale cfr. il piano *Mental health gap action programme (Mhgap): scaling up care for mental, neurological and substance use disorders* (9 ottobre 2008), il *Comprehensive Mental Health Action Plan 2013/2030* (settembre 2021) e il *World Mental Health Report: Transforming mental health for all* (giugno 2022).

¹⁶ Cfr. artt. 21 e 26 della Carta europea dei diritti fondamentali nonché *European Commission*, Brussels, 7 giugno 2023 COM(2023) 298 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a comprehensive approach to mental health*.

¹⁷ Quali i Centri di salute mentale (CSM), i Centri diurni (CD), le strutture residenziali (SR) e semiresidenziali terapeutiche co-riabilitative e socio/riabilitative, le comunità alloggio, i gruppi appartamento, le RSA geriatriche e per i disabili.

¹⁸ Cfr. *Urgenza Sanità, Rapporto civico sulla salute 2023*, p. 309, a cura di *CittadinanzAttiva*, reperibile all'indirizzo www.cittadinanzattiva.it.

¹⁹ Cfr. *Salute mentale, all'Italia servono almeno +1,9 miliardi e +47% di operatori. La scommessa del territorio e la chance telemedicina*, 4 ottobre 2023, reperibile all'indirizzo www.sanita24.ilsole24ore.

²⁰ Recanti la *Tutela della salute mentale 1994-1996*, approvato con D.P.R. 7 aprile 1994, in G.U. n. 93 del 22 marzo 1994, e *Tutela della salute mentale per gli anni 1998-2000*, approvato con D.P.R. 10 novembre 1999, in G.U. n. 274 del 22 novembre 1999.

del volontariato, in modo da consentire il miglioramento delle loro performance e degli stessi standard di efficienza.

Le evidenti difficoltà, incontrate dagli organi del potere statale e regionale, ad assecondare le dinamiche sociali, in precedenza tratteggiate, ha di fatto rappresentato un insuperabile ostacolo per la realizzazione degli obiettivi programmatici individuati dal legislatore del '78 con riguardo alla prevenzione, cura e riabilitazione dei soggetti vulnerabili, in quanto ovviamente compatibili con l'universalismo assistenziale delineato nella legge istitutiva del S.S.N.

Tra i settori più deficitari dell'assistenza di prossimità, quello che interessa la salute mentale figura infatti ai primi posti.

L'inadeguatezza o il cattivo funzionamento delle strutture territoriali alternative al ricovero ospedaliero, in grado di favorire le dimissioni protette o di fronteggiare i bisogni del malato lungodegente per gravità della patologia, ha costretto a scaricare sulla famiglia di appartenenza dello stesso i principali compiti assistenziali, con esiti non sempre ottimali per il recupero dell'interessato.

La gravosità dell'impegno dedicato, in totale solitudine, alla complessa gestione quotidiana delle persone affette da disturbo mentale, è tale da produrre conseguenze negative sull'equilibrio psichico, oltreché sulle disponibilità economiche e sulla stessa salute dei famigliari²¹.

Il periodico allarme suscitato da episodi di violenza, di cui si sono resi protagonisti alcuni disabili mentali, non adeguatamente assistiti dalle strutture abilitate ad assicurare la prevenzione e

cura della malattia, ha pure indotto in passato a tentativi di ripristino di inappropriate forme di istituzionalizzazione di lunga durata (da due mesi, prorogabili fino a dodici mesi), all'interno di strutture ospedaliere del S.S.N.²², che avrebbero riportato le lancette del tempo a un periodo che si riteneva ormai superato

Tale rimedio di tipo custodialistico, proiettato a dare risposta ad una comunità preoccupata di dover convivere quotidianamente con i *matti*, non potrebbe certamente sopperire alle persistenti omissioni e incoerenze del sistema socio/sanitario pure denunciate dal giudice costituzionale.

Per questo autorevole interprete della Costituzione, l'incapacità del S.S.N. di supportare la disabilità rappresenta infatti un *vulnus* per l'esercizio di un diritto fondamentale previsto in Costituzione, al punto da compromettere il «nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»²³, oltre a rappresentare un insopportabile ostacolo per il superamento del loro isolamento ed emarginazione.

Neppure la restrizione in luoghi di detenzione, comprensivi delle REMS, di soggetti affetti da malattia mentale, resisi colpevoli di reato, potrebbe condurre al totale sacrificio del diritto di ricevere adeguate cure sanitarie. Per il giudice delle leggi, invero, «un sistema che rispondesse ad una sola» delle due «finalità (..), di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità», che sono tra di loro «collegate e inscindibili», sarebbe costituzionalmente inammissibile²⁴.

Nonostante i buoni propositi contenuti nei due *Progetti obiettivo*, in linea con gli auspici

²¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Psichiatria e salute mentale*, 24 novembre 2000, reperibile all'indirizzo <https://bioetica.governo.it>.

²² Cfr. art. 3, n. 4. lett. d) del Disegno di legge n. 683 presentato, nel corso della XIV legislatura, il 26 settembre 2001 al Senato della Repubblica, dai Sen.ri

Gubetti ed altri, e Proposta di legge n. 174 presentata, sempre nella XIV legislatura, il 30 maggio 2001 alla Camera dei Deputati dall'on. Burani Procaccini.

²³ Corte Cost. sent. n. 80 del 2010.

²⁴ Corte Cost. sent. n. 253 del 2003. Cfr. anche sentt. n. 111 del 1996 e n. 22 del 2022.

manifestati dalla Consulta a favore del rafforzamento dei «servizi territoriali idonei a far fronte alle esigenze dei malati di mente al di fuori della logica della segregazione»²⁵, la perdurante inadeguatezza, in molte parti del Paese, delle strutture destinate a garantire un'appropriate presa in carico ha provocato una anomala diffusione di case di cura private, sia pure convenzionate con il S.S.N., da cui deriva in numerosi casi un gravoso sacrificio economico per il singolo e per la sua famiglia.

La lungodegenza cui sono talvolta costretti i pazienti, per una presunta irrecuperabilità, determina la trasformazione di questi luoghi in residenze di tipo segregante e contenitivo di evidente impostazione manicomiale, in chiara antinomia con le finalità individuate dalla legge n. 180 e dai successivi *Progetti obiettivo*. Come pure riferito dalle cronache giornalistiche, anche per le indagini giudiziarie che ne sono derivate, frequenti sono stati gli abusi cui sono stati sottoposti i ricoverati in luoghi rivelatesi come dei veri e propri *lager* che, anziché dedicarsi alla cura e al loro recupero, hanno invece privilegiato, in alcuni casi, una inidonea funzione asilante.

A ciò si aggiunga, come ulteriore aggravante, la tendenza a far prevalere nei protocolli terapeutici una contenzione di tipo farmacologico, anche in assenza di consolidate evidenze scientifiche che ne avrebbero consentita la prescrizione²⁶. Nel produrre inaccettabili forme di emarginazione e cronicizzazione, una deriva di questo tipo induce a prestare scarsa attenzione agli obiettivi sociali e relazionali che dovrebbero, con maggiore impegno, accompagnare la presa in carico.

²⁵ Corte Cost. sent. n. 507 del 2000.

²⁶ Per il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La contenzione*, 23 aprile 2015, reperibile all'indirizzo <https://bioetica.governo.it>, il ricorso a qualunque metodologia di contenzione sarà giustificata solo come «*extrema ratio* [...] in situazioni di reale urgenza e necessità, in modo proporzionato alle esigenze

Alle numerose inapproprietezze, soprattutto di tipo organizzativo, in precedenza riscontrate nella erogazione dei servizi assistenziali destinati a questi soggetti di particolare vulnerabilità, non ha ancora fatto séguito l'auspicato intervento organico di adattamento della legislazione statale in vigore ai nuovi bisogni emergenti dal corpo sociale.

La persistente inerzia mostrata dall'organo della rappresentanza popolare in questo settore dell'assistenza sanitaria non ha, tuttavia, impedito l'adozione da parte del Governo di misure provvisorie con cui porre rimedio agli effetti provocati dalla grave crisi pandemica sulla integrità mentale dei consociati.

In ossequio al principio della piena integrazione socio/sanitaria, l'intento perseguito dall'insieme di questi provvedimenti emergenziali è stato quello di elevare il livello di protezione dei pazienti, accanto alla auspicata uniformizzazione del servizio erogato in ogni parte del territorio nazionale.

Nel cercare di ottimizzare la gestione delle prese in carico, il ricorso a innovativi rimedi procedurali potrà certamente accrescere la consapevolezza dei reali bisogni degli individui, coerentemente ad una impostazione solidale dell'assistenza.

In linea con gli obiettivi auspicati da Franco Basaglia, a favore di una psichiatria comunitaria, con il comma 4 bis dell'art. 1 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34²⁷, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, è stata infatti avviata, in via sperimentale, l'attivazione di strutture di prossimità per la promozione e prevenzione della

concrete, utilizzando le modalità meno invasive e solamente per il tempo necessario al superamento delle condizioni che abbiano indotto a ricorrervi».

²⁷ Recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

salute, nonché la presa in carico e la riabilitazione delle categorie di persone più deboli.

Siffatti interventi, che dovranno essere ispirati al principio della piena integrazione socio/sanitaria, prevedono il coinvolgimento, in consonanza con una forte istanza di solidarietà, di tutte le istituzioni presenti nel territorio, del volontariato locale, degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro.

Il proficuo ricorso ad una pluralità di competenze, di natura pubblica e privata, e di una varietà di professionalità, potrà certamente favorire l'erogazione di una assistenza finalizzata a sviluppare una maggiore autonomia del paziente in vista del suo recupero e reinserimento (affettivo, abitativo, lavorativo) nella comunità di provenienza.

Più recentemente, in attuazione degli obiettivi individuati nel PNRR (Missione 6, Salute), e grazie ad una intesa intervenuta in data 21 dicembre 2022, in sede di Conferenza permanente Stato/Regioni²⁸, sono state introdotte, nello specifico comparto della medicina psichiatrica, ulteriori innovazioni organizzative attraverso la previsione di più livelli assistenziali che vanno da quelli di carattere primario, in cui si declina il rapporto tra Dipartimento di salute mentale e Case di comunità, al livello delle reti specialistiche di area vasta, regionali o inter-regionali.

Pur non assicurando un significativo incremento degli investimenti destinati alla salute mentale, tale documento ha dedicato attenzione alla definizione degli standard minimi di personale in grado di assicurare il funzionamento a regime del sistema di salute mentale di comunità.

Non meno rilevante, in questa chiave di lettura più consapevole della storia clinica del paziente

psichiatrico, è stata poi l'introduzione di una strumentazione giuridica che ha cercato di adattare il servizio alle peculiarità fisiologiche e psichiche dell'interessato, al fine di delineare un percorso terapeutico individualizzato.

Si inoltrano in questa direzione alcuni modelli di gestione consensuale, introdotti sulla scia di precedenti esperienze regionali²⁹, come il *Budget di Salute* (BdS)³⁰, cui partecipano soggetti erogatori del servizio e i suoi fruitori, che dovrà condurre alla elaborazione di un Progetto terapeutico riabilitativo individuale (PTRI).

Nel rendere possibile una collaborazione pubblico/privato della presa in carico, il BdS dovrà prevedere un investimento economico commisurato (*ad personam*) alle esigenze del disabile che possa stimolare, anche attraverso opportuni percorsi formativi, un processo di *auto mutuo aiuto*. L'attivazione di una proficua condivisione di esperienze tra persone che vivono il disagio mentale potrà, per questa via, consentire al destinatario degli interventi di maturare una maggiore autostima, oltre a fargli acquisire una progressiva autonomia in vista del suo reinserimento.

In una prospettiva di rafforzamento del *welfare* di comunità, che consenta il coinvolgimento in rete di più soggetti, si inoltra anche il cd. *Progetto di vita* – su cui si sofferma più avanti Giuseppe Recinto – recentemente introdotto dal d. lgs. n. 62 del 2024 il cui compito sarà quello di supportare le condizioni di disabilità, anche mentale, intellettiva del neurosviluppo o sensoriale, in modo da consentire all'interessato di «migliorare la qualità della propria vita, di sviluppare tutte le sue potenzialità, di poter scegliere i

²⁸ Recante una «Nuova metodologia per il calcolo dei fabbisogni del personale del S.S.N.».

²⁹ Cfr. Il.rr. Friuli-Venezia Giulia n. 6 del 2006, n. 22 del 2019 (artt. 4-10) e n. 16 del 2022; l.r. Lazio n.11 del

2016; l.r. Campania n. 1 del 2012 e l.r. Lombardia n. 15 del 2016 (art. 53-bis, lett. e).

³⁰ Introdotto dal già citato comma 4 bis dell'art. 1 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34.

contesti di vita e partecipare in condizioni di pari opportunità rispetto agli altri» (art. 2, n. 1, lett. n).

Il *Budget di progetto*, previsto da questo testo normativo (art. 28), che accompagna ogni intervento di sostegno, sarà rappresentato, in modo integrato, dall'insieme delle risorse umane, professionali, tecnologiche, strumentali ed economiche, pubbliche e private, attivabili in seno alla comunità territoriale e al sistema dei supporti informali.

La redazione di questo piano, cui potrà partecipare la persona con disabilità, che ne assumerà la titolarità, dovrà essere effettuata nel rispetto dei principi di coprogettazione con gli enti del Terzo settore, dell'integrazione e dell'interoperabilità nell'impiego delle risorse e degli interventi pubblici e, se disponibili, di quelli realizzati dai privati.

Ancora una volta, sull'esempio di quanto avvenuto per altre esperienze similari, il principale obiettivo perseguito dal *Progetto di vita* sarà quello (art. 18) di assicurare il miglioramento delle condizioni personali e di salute del disabile negli sviluppi della sua esistenza, in modo da facilitarne l'inclusione e la partecipazione ai diversi contesti sociali.

L'inserimento di questo *Budget* tra i LEA, come in precedenza declinati dal D.P.C.M. del 12 gennaio 2017, «senza le limitazioni imposte dall'offerta dei singoli servizi» (art. 28, co. 9), potrà rappresentare garanzia di uniformità di trattamento indipendentemente dal luogo della sua erogazione, a condizione di essere supportato, per non rimanere sulla carta, da adeguato sostegno

finanziario di cui tuttavia non pare esserci traccia nel decreto legislativo in questione³¹.

³¹ Considerato che, a norma del 5° co. dell'art. 28, tale impegno economico dovrà essere contenuto entro il margine «delle risorse complessivamente attivabili nei limiti delle destinazioni delle risorse umane, materiali, strumentali e finanziarie dell'ambito sanitario»; cui si aggiunge poi l'esigenza di individuare (art.

37, co. 3) con D.P.C.M., «in via graduale e progressiva» ed entro i «limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente», i «livelli essenziali delle prestazioni e le modalità di integrazione degli stessi con i livelli essenziali di assistenza», in conformità a quanto previsto dall'art. 13 del d. lgs. n. 68 del 2011.

Perché l'alba sia alba e la notte meno buia. Riflessioni sulla salute mentale e le nostre collettive fragilità

*Salvatore Di Fede, Emilio Lupo**

FOR THE DAWN TO BE DAWN AND THE NIGHT LESS DARK. REFLECTIONS ON MENTAL HEALTH AND OUR COLLECTIVE FRAGILITY

ABSTRACT: The article explores the concept of mental frailty, often misunderstood as a synonym for mental illness. Through historical analysis, it highlights the revolutionary impact of Venetian psychiatrist Franco Basaglia, who transformed Italian psychiatry—understanding these mental disorders as irreversible and socially dangerous—by closing asylums thanks to Law 180/78, which allowed the possibility of other readings to the social meanings and functions of mental diversity. This law ended centuries of segregation by introducing treatment practices based on social inclusion and human dignity, offering creative solutions respectful of singular and collective needs. *Psichiatria Democratica*, the Association founded in 1973 by Professor Basaglia together with other practitioners, played a crucial role, opposing exclusionary institutional mechanisms towards patients and promoting Mental Health practices at the territorial level.

KEYWORDS: Franco Basaglia; Democratic Psychiatry; Diversity; Fragility; Fighting exclusion

ABSTRACT: L'articolo esplora il concetto di fragilità mentale, spesso frainteso come sinonimo di malattia mentale. Attraverso l'analisi storica, si sottolinea l'impatto rivoluzionario dello psichiatra veneziano Franco Basaglia, che trasformò la psichiatria italiana – intendendo questa i disturbi mentali come irreversibili e pericolosi socialmente – chiudendo i manicomi grazie alla legge 180/78 che consentì la possibilità di altre letture ai significati e funzioni sociali della diversità psichica. Questa legge pone fine a secoli di segregazione, introducendo pratiche di cura basate sull'inclusione sociale e sulla dignità umana, offrendo soluzioni creative e rispettose dei bisogni singolari e collettivi. *Psichiatria Democratica*, l'Associazione fondata nel 1973 dal professor Basaglia insieme ad altri operatori, ha giocato un ruolo cruciale, opponendosi a meccanismi istituzionali escludenti nei confronti dei pazienti e promuovendo pratiche di Salute Mentale a livello territoriale.

PAROLE CHIAVE: Franco Basaglia; Psichiatria Democratica; Diversità; Fragilità; Lotta all'esclusione

* *Salvatore Di Fede: Medico psicoterapeuta e Segretario Nazionale di Psichiatria Democratica. Mail: salvatore.di-fede@libero.it; Emilio Lupo: Psichiatra e Responsabile Nazionale dell'Organizzazione di Psichiatria Democratica. Mail: magendavid@libero.it. Contributo su invito.*

«Il movimento di Psichiatria Democratica tende a rendere le competenze più flessibili e vicine alla complessità dei bisogni, poiché si è fatto consapevole dell'alibi permanente che le rigidità forniscono all'esperto».

(Agostino Pirella, *Tra regole e utopia*, Roma, 1982)

Il vero problema per noi è assumere il concetto di fragilità come sinonimo di malattia mentale, questo infatti è solo una conseguenza di condizioni oggettive e soggettive che coinvolgono, storicamente, l'essere umano e lo determinano verso una espressione di sé che di volta in volta può definirlo, nella dinamica sociale, come libero, dipendente, sfruttato, dominante, capace, incapace, colto, gaio o depresso, ignorante fragile o forte e così via. Quando i tecnici della Psichiatria parlano di “difficoltà agli stress” ci fanno infatti sempre correre il rischio di assumere acriticamente il sociale, come dato scontato e immutabile. Invece noi sappiamo, da Basaglia in poi, che dobbiamo assumere il compito di contribuire a sviluppare evolutivamente il contesto sociale, economico, politico verso uno scenario di conflitto permanente tra il dato possibile e il non ancora dato perché impossibile (e fatto avvertire dal sistema come tale). Negli anni di pratiche di salute mentale questa attenzione alle analisi delle contraddizioni è sembrata, a noi di Psichiatria Democratica, il modo più utile per entrare e stare nei conflitti: per evolvere in mutamenti collettivi (a partire dalla critica inesausta al nostro ruolo) e per consentire ai bisogni umani di trovare le risposte o, meglio, le soluzioni più giuste, seppure relative ai tempi (anzi con la consapevolezza di quella complessità relazionale e contestualmente storica). Ecco perché per noi il discorso si fa difficile...

Il percorso che avrebbe portato, negli anni successivi, allo stravolgimento del vecchio status della psichiatria italiana era iniziato nel 1961, allorché un giovane psichiatra veneziano, Franco Basaglia, era stato nominato Direttore del manicomio di Gorizia. Qui, insieme ai suoi collaboratori, con caparbietà e lucidità, introdusse, in maniera progressiva, innovazioni fondamentali a partire dall'eliminazione della contenzione fisica e delle pratiche di shock e promuovendo attività risocializzanti attraverso l'attivazione di una serie di laboratori, dal teatro alla pittura, all'interno dell'Ospedale Psichiatrico, aprendone i cancelli perché non fosse più un luogo separato dalla comunità cittadina e introducendo *le assemblee* dove ricoverati e operatori, attraverso un confronto alla pari, decidevano, insieme, modalità e tempi degli obiettivi da perseguire. Furono anni straordinari e altrettanto conflittuali, soprattutto con la classe politica che mal gradiva le innovazioni che l'*équipe* stava portando avanti. Alla gente bisognava che arrivasse chiaro e netto questo messaggio: il nostro lavoro con gli utenti e i positivi risultati ottenuti confermano la nostra tesi: curare non può più significare rinchiudere uomini e donne, privarli della loro soggettività e dei loro diritti. Si può essere matto, ma non per questo escluso dal mondo e diventare una diagnosi, una malattia, irreggimentato in una classificazione diagnostica avulsa da ogni conoscenza della storia delle persone. I risultati raggiunti da quell'*équipe* sono stati il frutto di un fare e pensare dentro l'istituzione manicomiale, dove bisognava fare i conti con una realtà di mortificazione secolare che si sarebbe potuto contrastare soltanto “sporcandosi le mani” nell'agire quotidiano, senza nessuna sovrastruttura ideologica, bensì praticamente, tanto da far dire in maniera determinata a Franco Basaglia, qualche anno dopo in un'intervista: «Noi non siamo mai stati antipsichiatri, noi siamo stati degli operatori che hanno agito nel campo reale, nelle istituzioni pubbliche, per dare al cittadino che soffre una risposta alternativa alla violenza ed alla repressione del manicomio».

Ecco perché, allorché parliamo di “fragilità mentale”, rischiamo sempre di oggettivare una condizione umana e di permanere, reiterandola, nell’ideologia della “colpa personale”: chi è privato della “normalità”, oggi ancor più di ieri, lo è per colpa individuale, come è individuale il successo. Crediamo che proprio questa critica concettuale e il suo sviluppo consentano quelle concrete risposte che la nostra pratica rende possibili a partire proprio dalla rinuncia alle semplificazioni classificatorie e diagnostiche (insomma la clinica organicista e farmacodipendente).

Ed è proprio su queste basi critiche – e volendo perseguire gli obiettivi di contrasto all’idea di malattia mentale come malfunzionamento e di chiusura di tutti gli Ospedali Psichiatrici – che Franco Basaglia, Domenico Casagrande, Francesco di Cecco, Tullio Fragiaco, Vieri Marzi, Gianfranco Minguzzi, Franca Ongaro Basaglia, Agostino Pirella, Piera Piatti, Michele Risso, Lucio Schittar e Antonio Slavich fondano, nell’Ottobre del 1973, a Bologna, l’Associazione Psichiatria Democratica. Un movimento che nel suo documento programmatico ha ben chiaro le direttrici del proprio lavoro teorico e sul campo:

- continuare la lotta all’esclusione, analizzandone le matrici e gli aspetti strutturali (rapporti sociali di produzione) e sovrastrutturali (valori e norme) della società;
- continuare la lotta al “manicomio” come luogo dove l’esclusione trova la sua espressione paradigmatica più evidente e violenta, rappresentando insieme la garanzia di concretezza al riprodursi dei meccanismi di emarginazione sociale;
- sottolineare i pericoli del riprodursi di meccanismi istituzionali escludenti, anche nelle strutture extra-manicomiali di qualunque tipo.

Bisognava disvelare quel mondo sconosciuto ai più, quella fossa dei leoni, come titolò qualche giornale; occorre fare vedere e narrare cosa avveniva tra quelle mura, descrivendo minutamente i luoghi dove erano schiacciati uomini e donne e le loro stesse vite. E qui l’informazione svolse un ruolo determinante nella presa di coscienza collettiva, entrando nei reparti manicomiali e restituendoci abbandono e miseria di quanti erano stati abbandonati dalla propria specie, tra urine ed escrementi, infinite coercizioni e le terapie di shock.

Le urla strozzate in gola, i camicioni incolore e la ricerca continua di tabacco, quasi a “fumarsi la vita” insieme alla disperazione. Il tempo era fermo nel manicomio, seppur paradossalmente scandito dall’assenza di futuro; non di questo o quel futuro, ma di un futuro qualsiasi. Non c’era futuro nel manicomio: l’alba era sempre la stessa alba e durava poco, mentre la notte era sempre più lunga. E sempre più buia. Il lavoro di Franco Basaglia e dei suoi collaboratori si sviluppò su due versanti paralleli: da una parte sviluppare pratiche antistituzionali sul territorio che fossero in grado di prendersi cura dei pazienti psichiatrici e, dall’altro, fare comprendere, a un sempre crescente numero di cittadini, che il manicomio era di per sé iatrogeno, in ragione della sua funzione segregante e della sua intrinseca violenza.

Vogliamo qui ricordare che la Psichiatria, da quando Pinel a Parigi scioglie il gigantesco e “pericoloso” marinaio dalle catene delle carceri e lo abbraccia, si è incaricata, nell’insorgente dominio del capitalismo mercantile e quindi nel pre e post industriale, di gestire, per nullificarla, l’inquietante alterità dell’altro, perché non funzionale e insieme disturbante: un’alterità alla norma che è di fatto sempre agente di affermazione al diritto a essere e ai diritti necessari per essere, entrambi tuttora difficilmente riconoscibili a quelle “non produttività sociali”.

Nel documento fondativo di Psichiatria Democratica, si evidenziano per questo, con lungimiranza, i pericoli del riprodursi di quei meccanismi istituzionali escludenti, anche in nuove, future strutture d'accoglienza.

«Un atteggiamento “umanitario” razionale può condurre a una reclusione istituzionale organizzatissima, igienica, educata e caritatevole ma non perciò meno ferrea [...] e allo sviluppo [...] di una concezione “medica”, “scientifica” della malattia mentale, con le sue speranze e i continui rinvii della guarigione, non è affatto incompatibile con il mantenimento della segregazione istituzionale, ma anzi tende a rafforzarla».

L'Associazione si diffonde progressivamente in tutto il Paese in maniera capillare e diventa punto di riferimento nella lunga, faticosa quanto entusiasmante cavalcata che porterà, nel 1978, all'approvazione della legge di riforma psichiatrica, la legge numero 180, e alla chiusura dei manicomi, cosa fino ad allora assolutamente impensabile e unica nel panorama europeo e mondiale. «I convegni di Psichiatria Democratica, sempre tesi e straripanti di folla, si rivelavano ogni volta degli eventi di grande rilevanza culturale e scientifica. Basaglia, con grande abilità, manteneva l'autonomia del movimento da ogni strumentalizzazione politica e riusciva a far convergere sulle tesi di Psichiatria Democratica un consenso sempre più vasto. Quando nel 1978 si affacciò la ipotesi del referendum del partito radicale per l'abolizione del manicomio, godevamo di grande credibilità. Il lavoro pratico era la nostra carta di credito»¹.

Approfittiamo di questo spazio per sottolineare il grande valore che ha avuto il superamento del manicomio, perché l'Ospedale Psichiatrico è stata l'istituzione che ha caratterizzato la psichiatria per due secoli e che il suo superamento è stato sicuramente tra gli atti di cura più importanti del secolo che ci siamo lasciati alle spalle e che la nostalgia di una sua riedizione, come diremo più avanti, è ciclica. Le fondamenta del manicomio, cui era stato affidato, nel tempo, il compito di *sorvegliare e punire*, incominciano a cedere e a presentare crepe sempre più evidenti e i cancelli, che dividono da secoli i sani dai matti, vengono divelti dalla spinta propulsiva del movimento di liberazione. In opposizione all'antro buio, a cui era stato affidato il compito della *custodia* del malato pericoloso per sé e gli altri o di pubblico scandalo – la poetessa Alda Merini lo definisce *un dolore inutile* – cresce, in maniera progressiva, un ampio fronte riformatore «che si mette dalla parte di chi non ha e non dalla parte di chi ha»². In modo che la riforma psichiatrica, attraverso la costruzione condivisa e *in progress* e, perciò, evolutiva, abbia gambe per una miriade di risposte differenziate, sempre emergenti a livello territoriale e a seconda dei bisogni dei pazienti, spesso con l'aiuto di Amministratori pubblici (all'epoca la psichiatria era di competenza delle Amministrazioni provinciali). L'esperienza del valore delle pratiche promosse con la legge 180 finisce per diventare una delle chiavi di lettura dei bisogni reali dei pazienti, una sorta di aramoico del nuovo codice dei diritti che si andava affermando.

Un lievito che fermenta e produce le prime dimissioni dagli Ospedali psichiatrici. Nascono i primi centri diurni territoriali con i laboratori artigianali, le prime cooperative sociali e così via. Insomma, luoghi dove ci si prende cura delle persone in difficoltà – una svolta netta e stridente, un *J'accuse* urlato nei confronti del manicomio – con punti di ascolto e di incontro sul territorio, dove i pazienti, dopo essersi

¹ F. BASAGLIA, tratto dall'intervista video “Basaglia e l'antipsichiatria” da Forumsalutementale su Youtube, disponibile al seguente link: <https://www.youtube.com/watch?v=xFYX144BrV8>.

² L. MONTECCHI, *Intervista*, in *Psychiatry on line Italia*, 1998.



liberati dalla camicia di forza, stracciandola, fanno sentire la loro voce e indicano e condividono le tappe del processo di liberazione.

Nella corsa umana alla produzione di beni e di presunto, e comunque sempre proditoriamente promesso, benessere, il Manicomio è stata la risposta antropologicamente più universale – la morte del “nemico di confine” è l'altra – che l'umanità ha dato all'intoppo evolutivo rappresentato dalla fragilità/diversità. Per molti secoli le segrete e poi le carceri si sono riempite (e oggi è ancora così in Italia) di fragili sociali, cioè di esseri umani classificati come illegali e delinquenti, irriducibili sregolatori di un ordine sociale perseguito come vitale. Il Manicomio è stata la giustificazione, sul piano presuntivamente medico, della follia che il sistema del profitto ha “inventato” per continuare a tenere dentro dualismi contrapposti coscienza e ragione, fede e profitto, malattia e salute. Una soluzione strategicamente utile che si continua a riprendere da parte delle neuroscienze per limitare l'esistenza umana all'esiguità che resta tra cervello e funzioni, dipendenza genetica e schemi comportamentali, irrimediabilità encefalica e aree corticali trattabili. Da queste ne discende un manicomio fisico e chimico, per una visione dell'umanità non più emancipatoria, ma sempre prevedibile, dominabile, e che provvede la psichiatria di adattamenti epistemologici, di nuovi criteri classificatori, di ulteriori terapie farmacologicamente annichilenti e giustificazionismi socio-storici per contenimenti fisici ed emarginazioni sociali.

Pur tra mille traversie e distinguo all'interno del mondo degli operatori, delle Società scientifiche e dell'associazionismo, Psichiatria Democratica è andata avanti per la sua strada, ben consapevole che occorresse sempre rinnovarsi e contagiarsi con altri saperi e pratiche così da non interrompere il percorso di una de-istituzionalizzazione permanente, iniziato con la lotta per la chiusura di tutti i manicomi italiani. «Psichiatria Democratica», ha scritto la professoressa Rita Levi Montalcini, «è una creatura di Franco Basaglia, uomo e psichiatra tra i più insigni e coraggiosi del secolo scorso. A lui e al suo movimento ancora vivo e attivo, dobbiamo la liberazione di tante donne e uomini rinchiusi nei manicomi. A lui siamo grati come donne e uomini liberi»³.

Quella fu una lotta della cui straordinaria portata e significato non parliamo a sufficienza con le giovani generazioni e questo ha prodotto, a cascata, una serie di ritorni negativi, non solo dal punto di vista meramente storico, bensì da quello politico-culturale, e metodologico, in quanto straordinariamente ricco di esperienze diversificate e trasmissibili. Condividere come quella rivoluzione (osteggiata prima e volutamente dimenticata poi) tacciata di essere ideologica o addirittura pericolosa dai suoi detrattori, era stata invece accolta dall'opinione pubblica e introiettata, perché consentiva a migliaia e migliaia di esseri umani persi nei manicomi, di poter riprendere nelle loro mani, finalmente, la vita e i gesti quotidiani che l'istituzione totalizzante aveva loro sottratto, mortificandoli, vessandoli, sottraendogli loro – nel nome di una scienza che non era affatto tale – anche affetti e futuro. A questo sentire diffuso si accompagnava il lavoro con i pazienti e i loro familiari. Con il sostegno sempre crescente dell'opinione pubblica, di quella *migliore società*, eravamo finalmente riusciti a contrapporre al luogo buio e senza ritorno, quale era il manicomio, dove uomini e donne erano stati rinchiusi per anni e anni, la concreta speranza del ritorno a casa, in quei quartieri che li avevano prima espulsi e poi dimenticati. I pazienti potevano così riprendere quel viaggio di ritorno a casa, concretando l'impossibilità di un

³ R. LEVI MONTALCINI, Intervento in *Negli occhi e nel cuore. Trent'anni del movimento di Psichiatria Democratica*, Marano di Napoli, 2003.

nostos (ritorno nostalgico) che in più occasioni è stato oggetto di intensi e indimenticabili incontri (di chi scrive e del compianto Gigi Attenasio) con uno dei maggiori scrittori contemporanei, Vincenzo Consolo, da sempre a noi molto vicino e in prima persona partecipe alle nostre iniziative.

Crediamo che l'utilità di parlare di fragilità sia in realtà quella di poter affrontare il tema della costruzione di uno stare insieme sociale per permettere a ognuno di evolvere secondo le proprie inclinazioni e necessità individuali, in un orizzonte culturale sufficientemente condiviso e concretamente rispettoso della dignità e libertà di ognuno, nei limiti storici della convivenza economica e politica e del rapporto con il contesto di natura.

Luoghi e pratiche divenivano, pertanto, dei veri e propri presidi di salute collettiva e, in molti Comuni – soprattutto del Sud dove i Servizi socio-sanitari erano del tutto inadeguati – si configurarono come un autentico presidio di democrazia, una nuova risorsa collettiva. Un avamposto che, nello scompaginare il vecchio ordine, finì per costituire un'area sempre più vasta di condivisione, di contagio positivo. Una risposta concreta ai bisogni elementari negati e mortificati nel manicomio e, in talune realtà, un concreto atto di liberazione collettiva.

La fragilità, in questo senso, si è posta, con l'insorgere della competizione per le risorse, come un limite allo sviluppo individuale e al divenire della storia collettiva e ha trovato di volta in volta diverso senso e sentire, soluzioni o superamenti: dalla selezione naturale alla pseudo-empatica compassione per i più deboli; dalla comprensione cristiana della malattia e della diversità alla possibilità attuale di esercitare sempre e comunque sé stessi, originalmente, su piani modernamente paritari.

Fare e pensare fuori dal manicomio, proiettati a costruire insieme al mondo circostante (le scuole, le fabbriche, le associazioni sportive e culturali, gli artigiani, il volontariato ecc.), hanno reso possibile nuove e diverse condizioni di relazioni e di scambio e un ruolo sempre più attivo dell'utente nel contesto sociale. Per chiudere su questo tema, va anche detto che, con la promulgazione della Legge 180/78, si incominciò a scrivere una nuova pagina non solo per i pazienti psichiatrici e per le loro famiglie, ma per la civiltà italiana nel suo complesso.

Al lettore è altresì noto, come, periodicamente, nel Parlamento italiano siano stati presentati, anche di recente, disegni di legge per la modifica della Legge 180/78, cosa che noi riteniamo profondamente sbagliata visti gli straordinari risultati ottenuti negli anni attraverso l'attivazione dei Servizi territoriali di Salute Mentale, con le innovative e variegate articolazioni funzionali di cui si è già detto. La legge vigente, perciò, non va assolutamente modificata bensì applicata pienamente, stanziando fondi adeguati sia per il personale, sia per programmi di inclusione sociale in grado di promuovere sempre più autonomia e libertà dal bisogno.

In conclusione, va detto che è stato incontrovertibilmente dimostrato che potevamo fare a meno dei manicomi e delle strutture asilari. Che il territorio non è un nuovo slogan, che sono fondamentali le relazioni tra le persone e che la vita può scorrere soltanto nelle piazze come nei condomini e nei vicoli: tutte vite da vivere, da scoprire. Tutte da riempire e svuotare. E noi abbiamo attraversato questi posti, li abbiamo colorati e man mano mutati in altri: dove c'era più spazio, più sole e più aria. La 180 continua a essere una nutrice feconda.

A parere di chi scrive non è possibile costruire il futuro senza essere pienamente convinti, ed agire di conseguenza, che le grandi sfide si vincono solo attraverso lo strumento delle grandi alleanze tra coloro che, negli ambiti più diversi, si impegnano e si sporcano le mani per costruire una società di eguali. Il

Movimento mostrò, nei piccoli come nei grandi centri, tutta la maturità e la capacità di lettura politica del contesto, «consapevole della necessità di costruire e allargare alleanze sociali e politiche» – strada maestra, questa, per uscire da un angusto specifico psichiatrico – «attraverso la denuncia delle allucinanti condizioni nelle quali erano costrette a esperienze di tipo comunitario» ed inoltre «di avanzare proposte innovative [...] alternative alle strutture asilari»⁴.

Ciascun gruppo di operatori era cosciente delle estreme difficoltà nelle quali ci si muoveva: «Noi, nella nostra debolezza, in questa minoranza che siamo, non possiamo “vincere”, perché è il potere che vince sempre. Noi possiamo al massimo convincere»⁵. Minoranze certo, ma che hanno svolto – e continuano a svolgere – un ruolo determinante in tantissime lotte per l’affermazione dei diritti civili nella declinazione della nostra Carta costituzionale e che hanno, recentemente, fatto pubblicamente dire in TV al prof. Luciano Canfora: «Dentro le grandi battaglie per la civiltà e il progresso, è una minoranza attiva e consapevole che contribuisce a fare storia».

Non sembri paradossale se riteniamo ancora quanto mai attuali le affermazioni di Ernesto Venturini del 2003, relativamente al portato della legge 180 e a quanto essa concretamente ha reso possibile realizzare:

«Complessivamente ritengo che il successo della legge sia stato straordinario. Non esiste nessuna legge dello Stato, di portata innovativa, che abbia conseguito risultati quantitativamente e qualitativamente analoghi. Basta analizzare i dati riportati nelle relazioni dell’Istituto di Medicina Sociale per rendersi conto che, fatta eccezione per alcune voci, sono state rispettate le più rosee previsioni. E paradossalmente proprio i cinquanta progetti di controriforma, tutti abortiti, testimoniano l’impossibilità di un ritorno al passato, per la validità e la profondità dei cambiamenti attuati»⁶.

Questo strumento ci è stato da sprone per tante altre battaglie che nel corso degli anni abbiamo portato avanti, non senza difficoltà e conflitti, talora ideologici o addirittura figli di pregiudizi, in un parterre talvolta eccessivamente ampio o, di contro, esiguo, a seconda dei periodi, con attori che hanno ritenuto la battaglia persa del tutto e, quindi, non più attivi all’interno del movimento, come di altri rimasti nel guado. E poi quanti hanno continuato a irrorare il campo in modo che l’albero dei diritti tenesse ben salde le proprie radici nella riforma sanitaria e nei suoi principi di Universalità, Uguaglianza ed Equità dell’assistenza, all’interno di un’ampia area di pensiero e di prassi, volta alla realizzazione di una Salute Mentale di comunità: con il protagonismo degli utenti e con operatori che hanno cambiato pelle e sguardo, affinché le persone in difficoltà fossero messe in condizione di riprendersi in mano la propria vita, attraverso un ruolo attivo nel contesto sociale.

Questo concetto identitario e ampio di Salute di comunità, in questi primi cinquant’anni di vita associativa, ci ha visti impegnati su più livelli. Dalla realizzazione di una molteplicità di adeguate risposte territoriali per persone in difficoltà, alla lotta all’elettroshock e a quella per superare la misura dell’interdizione con l’introduzione della figura dell’Amministratore di sostegno, nuova figura tutelante che bisognerà riadeguare alla luce dei limiti che pure pone ai diritti delle persone seguite. E, più recentemente, allo strenuo impegno sul campo perché si giungesse alla chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Per due anni, con visite periodiche all’interno degli OPG del Paese e, contestualmente, di

⁴ M. SETARO, *Introduzione*, in F. BASAGLIA, *Fare l’impossibile*, Roma, 2024.

⁵ F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, Milano, 2018.

⁶ L. MONTECCHI, Intervista in *Psychiatry on line Italia*, 1998.

confronto con la Commissione presieduta dal Senatore Ignazio Marino per concretare percorsi che rendessero fattivo il superamento degli OPG. Tale confronto si è sempre allargato all'opinione pubblica, sia sulla stampa nazionale che in numerosi incontri e convegni. Successivamente Psichiatria Democratica ha presentato e discusso con la competente commissione del Consiglio Superiore della Magistratura una proposta perché si rendesse costante ed effettivo il rapporto tra Sanità e Giustizia in modo da prendersi cura, congiuntamente e nel tempo, della vita dei pazienti psichiatrici autori di reato. Nel settembre del 2018 il CSM provvede ad emanare, proprio nella direzione, della cooperazione tra autorità giudiziaria e Servizi di Salute Mentale, dopo aver svolto un breve ciclo di audizioni, la "Risoluzione sui Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche". Su questo tema abbiamo promosso concreti interventi a favore di persone private delle libertà personali, così come era avvenuto negli anni precedenti, con il Comune di Napoli e altre realtà associative, con l'attivazione di un Osservatorio permanente sulle carceri.

Psichiatria Democratica ha incessantemente contribuito a realizzare progetti territoriali di ampio respiro, volti alla realizzazione di concrete risposte ai bisogni primari a favore di persone senza fissa dimora, in particolare a Roma e a Napoli. Temi anche questi centrali, su cui abbiamo sempre dato vita ad ampi confronti con Convegni nazionali. Ne ricordiamo due: il primo "Ho una casa nella testa... Per tutti", sul diritto all'abitare, svolto nel capoluogo partenopeo e nel quale chiamammo al confronto le realtà di base come quelle di Scampia e di Corviale, gli Enti locali, l'Università, la Magistratura, il Sindacato degli inquilini, il mondo associativo, il volontariato, la stampa e il mondo della scuola e delle professioni. E un secondo: "Quella faccia da straniero" svoltosi nel comune di Castelvoturno (CE) nei giorni 6 e 7 aprile del 2017, di respiro internazionale; anche qui con esperienze di gruppi di sostegno e di reciprocità sociale, con storie di tragiche attraversate e di piccoli sogni realizzati e il diretto coinvolgimento degli insegnanti e allievi del locale Istituto Alberghiero.

Il nostro operare in Salute Mentale va in senso ostinato e contrario: la fragilità, la sua categorizzazione, non è presa in carico come tale: bensì essa è assunta come differenza cogente dell'universo umano, ne è parte costitutiva, ne ossifica le profondità psichiche, è la base di partenza per ogni tentativo di rassicurazione vitale e sociale. Intorno alle diversità, e non alle fragilità, abbiamo costruito i Servizi di Salute Mentale, le risposte di cambiamenti personali e condivisi e dunque per nuove pratiche sociali. Una fragilità che piuttosto deve essere caratteristica del profilo dello psichiatra e di chi lavora per la salute mentale. Questa è infatti la capacità di riconoscere, da parte degli operatori, la personale puntuale inadeguatezza terapeutica allorquando, per la prima volta, ci si pone di fronte a una persona nel suo momento di crisi, nella sua difficoltà di vivere. Questa certezza-incerta, che va assunta quasi come una premessa ontologica nella pratica della professione di aiuto, ci consente, ogni volta, di trovare nell'invenzione creativa, originalmente sviluppata nell'ascolto attivo e nel coinvolgimento progettuale con il paziente-utente, le soluzioni più adatte ai suoi bisogni umanamente sempre emergenti e originalmente difforni.

«Ora si sa cosa si può fare» affermava Franco Basaglia⁷ nel corso delle sue ultime conferenze in Brasile e così ribadiamo con l'impegno di Psichiatria Democratica ancora oggi: perché l'alba sia alba e la notte solo la notte, perché la vita sia percorso possibile per tutti e la follia non solo scacco esistenziale e "fine del mondo".

⁷ F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, cit.

Le pratiche e il pensiero di Franco Basaglia nello “Zeitgeist” della primavera del 1968

*Daniele Piccione**

THE LEGACY OF FRANCO BASAGLIA: PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH DEINSTITUTIONALIZATION AND SOCIAL PARTICIPATION

ABSTRACT: The author emphasizes the implications in the field of Constitutional law, of the historical speech given by Franco Basaglia at the national Congress: *Society and Mental Diseases* which took place in Rome, from the 20th to the 22nd of June 1968. Two cornerstones in Basaglia’s approach are determinant: critics to Psychiatric asylums as oppressive institutions to ban and to overcome; communitarian solidarity and broad participation as the keys to establish and maintain a community based mental health network so to support effective fundamental rights for people with mental disorder.

KEYWORDS: Deinstitutionalisation; Psychiatric Hospitals; Franco Basaglia; Community based health care; Constitutional rights; Mental disease affected people

ABSTRACT: Il saggio prende spunto dall’intervento svolto da Franco Basaglia al Congresso dal titolo *La società e le malattie mentali*, tenutosi nel giugno del 1968, per evidenziarne l’impostazione culturale e l’influenza sulle strategie di garanzia dei diritti costituzionali dei soggetti fragili. Ne emerge l’impronta istituzionistica alla base della critica alla psichiatria custodialista e l’accento sulla partecipazione di comunità come elementi essenziali per inverare pratiche di sostegno ai diritti fondamentali delle persone che vivono l’esperienza del disturbo mentale.

PAROLE CHIAVE: Deistituzionalizzazione; L. 180/1978; Franco Basaglia; Salute mentale di comunità; Diritti costituzionali; Soggetti fragili

SOMMARIO: 1. Istituzionalismo e partecipazione nelle pratiche e nel pensiero di Franco Basaglia – 2. La primavera del 1968 e il Congresso di Roma su Salute mentale e società – 3. L’effettività dei diritti attraverso le istituzioni che li processano – 4. Il paradigma della partecipazione diffusa come pratica delle libertà dei soggetti fragili.

* Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica, Abilitato alle funzioni di Professore di diritto costituzionale di seconda fascia. Professore a contratto di Diritto e disabilità nell’Università di Parma. Mail: daniele.piccione@senato.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Istituzionalismo e partecipazione nelle pratiche e nel pensiero di Franco Basaglia

La dottrina e le pratiche ideate da Franco Basaglia, nell'arco dei tre decenni in cui guidò il processo di deistituzionalizzazione che sfociò nella l. 13 maggio 1978, n. 180, abolitiva degli ospedali psichiatrici civili, costituiscono un lascito seminale e duraturo. Tuttavia, dal punto di vista storiografico, sarebbe riduttivo considerare il superamento delle logiche manicomiali e la fondazione di una salute mentale di comunità come uno spicchio della campagna di avanzamento dei diritti civili e sociali sviluppatasi dal 1969 all'autunno del 1978. Se è vero, infatti, che l'onda lunga dei movimenti inflù non poco sulle direttrici di politica delle libertà che segnarono il decennio dei settanta, sottraendolo alla riduttiva figurina storica degli anni di piombo, le idee che furono alla base della strenua lotta anti-manicomiale vengono da lontano e al contempo offrono spunti fertili per l'oggi.

Le acquisizioni pratiche e teoriche propugnate da Basaglia nel periodo che va dall'assunzione della direzione dell'ospedale psichiatrico di Gorizia (1961), ai tumultuosi rivolgimenti che segnarono il secondo semestre del 1968, meritano di essere riscoperte e rivestono notevole interesse per lo studioso di diritto costituzionale. Intanto, l'intera l'opera di Franco Basaglia rilancia l'idea secondo cui i diritti costituzionali assumono come decisiva determinante di affermazione, l'istituzione che li processa. Inoltre, l'intera traiettoria della riscoperta dei diritti delle persone che soffrono di disturbi mentali anticipa l'importanza della «dimensione partecipativa del mutamento dei diritti fondamentali in quanto aspetto inerente la loro polidimensionalità»¹.

D'altra parte, Basaglia seppe anticipare la costruzione di una autentica e massiccia partecipazione, provocando al contempo la genesi di momenti assembleari e nuove formule organizzative. Tutte caratteristiche che, di lì a poco, dilagheranno e si faranno forza propulsiva e una speranza di fattivo miglioramento, in ambiti diversi rispetto a quelli della salute mentale; si pensi alle lotte aziendali contro il cottimo, per abolire le lavorazioni nocive, per porre fine agli aumenti salariali diseguali tra operai e impiegati². Dunque, nella traiettoria disegnata dal percorso basagliano di collisione contro le istituzioni totali sta l'anticipazione di temi e metodi che si riveleranno un paradigma del decennio dei Settanta del Novecento. Vi si scorge in controluce la correlazione tra istituzioni e diritti fondamentali che si pone quale fulcro del pensiero giuridico di Kaufmann³ e via via, a ritroso, affonda le radici nella teoria dell'istituzione di Hauriou⁴. Mentre questi quadri teorici si andavano definendo, lo psichiatra veneziano si fece portatore di un'inedita pratica della partecipazione e di una particolare piega del neo-istituzionalismo improntata all'indagine critica della funzione, della storia e delle pratiche oppressive che erano alla base della logica manicomiale. Non può stupire dunque che egli guardasse alle teorie sociologiche di Parsons⁵, per interrogarsi sulla funzione strategica delle istituzioni in ciascun contesto sociale. Come non si può restare sorpresi del fatto che un elemento cruciale del sovvertimento istituzionale tentato

¹ Sul punto, cfr. P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993, 199.

² Cfr. sul punto R. CANOSA, P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974, 347 e 348.

³ E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, 1911.

⁴ Si cita qui M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 2010, 126 ss. soltanto per la chiarezza della distinzione svolta tra le diverse accezioni del termine "istituzione", tra le quali Hauriou evidenzia, in particolare, quelle che costituiscono "des éléments de l'organisation sociale et non pas seulement des moyent de la technique de droit".

⁵ Il passaggio chiave, condensato nella più classica delle definizioni di Parsons, si trova in T. PARSONS, *Il sistema sociale*, Milano, 1965, 46.

nell'ospedale psichiatrico di Gorizia sin dal 1961, sta nella prospettiva di una direzione dell'organizzazione che può passare dal gruppo dirigente alla comunità, con la partecipazione di tutti alla gestione dell'istituzione⁶.

Vi è però un momento puntiforme in cui temi e metodi antesignani propugnati da Franco Basaglia prorompono in maniera evidente e mostrano quanto la parabola anti-istituzionale italiana abbia schiuso nuovi scenari per l'affermazione dei diritti costituzionali. E ciò assai prima che altre esperienze proponessero un modo alternativo di sviluppare i rapporti individuali determinando il proliferare delle aggregazioni sociali ispirate a logiche e pratiche ispirate al comunitarismo. Sarebbe stato proprio questo uno degli elementi di novità degli anni settanta del Novecento⁷, in cui le aggregazioni dei Gruppi di autoformazione culturale organizzati o le comunità terapeutiche aperte avrebbero indotto Alberto Arbasino, a mò di bilancio retrospettivo, ad evidenziare la comune «*aspirazione a un gruppo sempre più numeroso e omogeneo*», e l'impulso a uno «*stare insieme che smentisce e capovolge tecnicamente e smaccatamente le previsioni apocalittiche dei saggisti della futura società di massa e dei suoi prossimi orrori*».

2. La primavera del 1968 e il Congresso di Roma su *Salute mentale e società*

Tra il 20 e il 22 giugno 1968 si tiene a Roma un congresso dal titolo eloquente: *La società e le malattie mentali*. Il momento è epocale, giacché la politica generale del Paese è concentrata a mantenere un equilibrio di fronte al difficile periodo di incertezza e di attesa seguito alle elezioni del 19 maggio di quell'anno; le formule del centro-sinistra vacillano pericolosamente e, con esse, lo slancio riformista di un quinquennio sembra potersi arrestare⁸. La disciplina psichiatrica si dibatte in non poche contraddizioni: spinte innovative ne stanno ponendo in discussione lo stesso statuto epistemologico e l'approvazione della l. 13 marzo 1968, n. 431 testimonia l'insostenibile arretratezza e carica oppressione che pervade i manicomi italiani, istituiti dalla legislazione giolittiana al principio del secolo (l. 14 febbraio 1904, n. 36).

Ai lavori congressuali del giugno 1968 prendono parte i maggiori esponenti della scuola psichiatrica italiana; vi parteciparono, in particolare, i più autorevoli tra i professori ordinari delle Università del Paese e, insieme a loro, uomini politici, direttori di clinica e di ospedali psichiatrici. Il congresso è orientato da un sottotema che aleggia per ciascuna delle quattro sessioni: si tratta della citata riforma entrata in vigore da pochi giorni, quella che andrà alla memoria sotto il nome di *legge Mariotti*⁹. Si tratta di un atto normativo di impianto riformista che farà da spartiacque ideale tra la disciplina giolittiana

⁶ F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, Milano, 2000, 107.

⁷ Così A. ARBASINO, *Un Paese senza*, Milano, 1980, 13, il quale cercava di individuare un tratto caratterizzante dell'intero decennio dei settanta.

⁸ Sono le parole pronunciate da Aldo Moro, con riferimento alle settimane dell'inizio primavera del 1968, nel suo intervento svolto avanti il Consiglio Nazionale della Democrazia Cristiana, il 21 novembre 1968. V. A. MORO, *Una politica per i tempi nuovi*, Roma, 1969, 5.

⁹ La l. 1968, n. 431 sortì un'influenza determinante nella transizione da un sistema monolitico di psichiatria ospedaliera a un impianto di tutela della salute mentale delineato sulla scorta della complementarità tra ospedale psichiatrico civile e servizi territoriali che non prevedevano limitazioni della libertà personale della persona che viveva l'esperienza del disturbo mentale.

dell'inizio del secolo e i grandi sviluppi innovativi che si porranno alla base della l. 180/1978, appunto la *legge Basaglia*, ancora di là da venire¹⁰.

Basaglia è invitato al congresso romano ma nel quadro dei lavori, almeno all'apparenza, veste i panni del *back – bencher*; non è l'uomo a cui tutti guardano per una relazione di indirizzo generale, ma vi è crescente attesa per il suo intervento, in quanto la gestione dell'ospedale psichiatrico di Gorizia conferisce a Basaglia l'aura dell'eretico che ha saputo conquistarsi un impensabile seguito di adesioni e sostegni. D'altra parte, egli è anche bersaglio indiretto perché, a chi rilegga gli atti delle due giornate congressuali, appare percepibile una malcelata invidia da parte della psichiatria d'istituto che si riunisce a Roma in quel giugno. Infatti, Basaglia è divenuto un uomo noto in Europa in ragione di alcune pubblicazioni che hanno avuto vasta eco nel continente, legando il movimento anti-manicomiale al rutilante aggregarsi delle spinte progressiste, liberatrici e umanitarie che di lì a poco segneranno il decennio dei settanta. Del resto, l'esperienza goriziana ha già partorito risonanze ampie e quegli esiti sono già stati oggetto di una vivace discussione, non priva di venature polemiche e aspri malintesi.

Sergio Zavoli, di lì a poco, entrerà nei "giardini di Abele", cioè nel manicomio di Gorizia, trasformando definitivamente un eccentrico esperimento sociale presso una città di confine, in un nucleo di pratiche dirompenti disvelatrici di un'area di disumanità, nascosta allo sguardo dai muri di cinta dei manicomi, facendola deflagrare al cospetto della consapevolezza nazionale. Questo clima, durante il congresso di Roma, già si respira in combinazione con un'avvisaglia di trasformazione imminente. Essa è solo in parte annunciata dall'approvazione della legge Mariotti e anzi è per così dire dilatata dalla lunga onda della primavera parigina che sembra distendersi con crescente veemenza su tutti gli ambiti della convivenza civile in Europa.

Basaglia rompe gli equilibri del congresso con un intervento il cui testo è racchiuso nelle opere di recente rieditate da *Il Saggiatore*, con il titolo *La comunità terapeutica e le istituzioni psichiatriche*. Il testo venne in origine pubblicato in apertura del secondo volume degli scritti editi da Einaudi¹¹, a riprova del valore che esso riveste non solo nell'elaborazione teorica basagliana, ma nel quadro evolutivo del dibattito pubblico sulla salute mentale e la scienza psichiatrica del tempo. Si tratta di uno dei numerosi interventi che spostano il piano del discorso. L'esposizione di Basaglia è costellata di caustiche rappresentazioni, di concetti fondativi e di rilanci temerari sul piano del metodo.

L'intervento si apre con la frase relativa alle ideologie che tanto ha suscitato scalpore, quella secondo cui «*le ideologie sono libertà mentre si fanno, oppressione quando sono fatte*».

Posto quasi ad epigrafe del suo intervento, il paradosso, prelevato di peso dall'esistenzialismo di Sartre, rimanda all'intenzione provocatoria che attraversa l'intero dire dello psichiatra veneziano. Il suo intervento è pensato proprio per quell'uditorio, ma proiettato oltre gli schemi del sapere psichiatrico. Merita un cenno lo snodo argomentativo con il quale Basaglia esce di scatto dalla rete in cui i relatori di apertura del congresso hanno provato a imbrigliarlo. La loro proposta di mediazione riformista si basa sull'idea che il punto di assestamento del sistema italiano si possa trovare, come sta accadendo

¹⁰ Sulla portata trasformativa di quella legge, per l'affermazione di una più piena dimensione della libertà personale e della dignità umana, v., tra gli altri, S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Roma, 2015.

¹¹ F. BASAGLIA, *La comunità Terapeutica e le istituzioni psichiatriche*, in Id., *Scritti, Il 1968-1980*, Torino, 1982, 3 ss.

in Francia, nel mantenimento dell'ospedale psichiatrico civile riformato e coadiuvato dall'embrione aurorale dei servizi territoriali sui quali si sarebbe cominciato a lavorare di lì a poco.

Ecco, dunque l'*incipit* con cui Basaglia scavalca di un sol colpo l'offerta di integrazione e riassorbimento del crescente movimento anti-istituzionale di cui il drappello dei goriziani costituiva l'avanguardia: «*Ogni nuova impostazione di problemi nasce come reazione, negazione e rifiuto insieme, ad una situazione data come fissa e definita nei suoi schemi chiusi*». L'icastico periodare si fa nitido nella sua portata dirompente quando Basaglia comincia a descrivere i grandi poli opposti che dominano la sua relazione: chiuso/aperto, stabilità/conservazione, dinamica/trasformazione. Ad essi, si aggiunge la polarizzazione finale: gerarchia/condivisione, che costituisce la leva del sovvertimento istituzionale rappresentato dal superamento non dell'istituzione manicomiale, ma della logica che presiede all'istituzione asilare. Così, Basaglia si immerge a fondo nel problema delle istituzioni come determinanti sociali dei diritti costituzionali.

Con uno scarto imprevedibile per i convenuti del congresso romano, egli non pone al centro della sua disamina critica l'ospedale psichiatrico civile, che ancora vive nell'ordinamento italiano perché la legge Mariotti l'ha affiancato con nuove soluzioni, ma non accenna ancora a superarlo. Tra le opposizioni radicali, i dualismi su cui getta le basi per lo scenario di quella fase di transizione, Basaglia non polarizza tra ospedale psichiatrico e comunità terapeutica, come tutti si attendono. Non ammette sconti e chiama l'esperienza friulana con il proprio nome: «*un tentativo di rovesciamento istituzionale*», di fronte al quale si pone nell'ottica di misurare «*le resistenze dell'establishment psichiatrico*».

Nessuno più di Basaglia sa che l'ospedale psichiatrico vive all'apparenza uno statuto e una stagione nuovi perché vi si accede anche volontariamente, in seguito all'entrata in vigore della legge 431 del 1968. Il manicomio, in apparenza svecchiato, ora si trova a coabitare con quelli che vengono chiamati i Centri di Igiene Mentale. Si assiste al sorgere di un sistema integrato di offerta per la salute mentale. Da un lato, si sperimenta la realtà territoriale e dall'altro sembra profilarsi un ospedale psichiatrico civile dalle sembianze meno disumane. Del resto, a parte l'esperienza francese di cui si è detto, le spinte del comunitarismo teorizzato e propugnato da Maxwell Jones avevano portato ad attestarsi sul medesimo crinale il sistema di protezione della salute mentale in Inghilterra. Basaglia aveva peraltro potuto osservare direttamente, grazie ad una trasferta di studio svolta cinque anni prima, un'analogha esperienza tentata negli Stati Uniti, con l'attuazione del programma Kennedy, tra il 1961 e il 1963. Sulla costa orientale nordamericana, una legge per la creazione di piccole unità psichiatriche, a diretto contatto con la comunità, creava le basi per la coesistenza tra “Istituzioni della violenza e istituzioni della tolleranza”¹².

Ora, tutto l'uditorio congressuale di Roma si attende che Basaglia, magari rifiutando la mano tesa dei riformisti, batta duro e senza requie contro l'ospedale psichiatrico civile che ha di fatto cominciato a smantellare e distruggere dall'interno, durante l'esperienza goriziana. Basaglia compie l'operazione inversa e pone sotto la lente di ingrandimento, sommergendola con il suo vivace spirito critico, la novità sulla quale tutti gli interventori, durante quei giorni di giugno, si erano spesi con afflato umanitario e insieme concessorio: il ruolo della comunità terapeutica. Perché Basaglia argomenta tanto e molto

¹² Lo psichiatra veneziano aveva condensato i tratti rilevanti dell'esperienza nordamericana dei primi anni sessanta – che lo aveva lasciato interdetto e dubbioso – in un illuminante scritto, F. BASAGLIA, *Lettera da New York. Il malato artificiale*, in Id., *Scritti, 1968-1980*, cit., 96 ss.

dubita sulla funzione paligenetica della comunità, demitizzandone il tanto celebrato destino maieutico di liberazione?

3. L'effettività dei diritti attraverso le istituzioni che li processano

La colta prolusione del presidente dell'associazione italiana di psichiatria, il Professor Gozzano, muovendo dall'influenza sviluppata da Freud e poi da Bleuler e soffermandosi sulla resistenza tutta italiana nell'accettarne le svolte intellettuali, sottoponeva a critica acuta le posizioni di Szasz. Quest'ultimo aveva messo in discussione, seguendo originali sentieri di ricerca ed argomentazione, l'esistenza stessa della malattia mentale¹³. Nelle parole di Gozzano, si percepiva una cauta diffidenza verso la «*più giovane generazione di psichiatri, (affascinati da) una visione unilaterale dei problemi di fondo della psichiatria, e un po' dal gusto di polemica antistituzionale [...] assai poco legati ad un'obiettiva, scientifica valutazione dei fatti*». Non è arduo capire a chi si riferisse davvero Gozzano, con questi accenni polemici, dando così la stura a una serie di equivoci che rimarranno rappresi a contaminare il dibattito sul legato del pensiero di Basaglia dopo la morte.

Nelle ore successive (ma nella stessa sessione), l'accademico romano più autorevole del tempo, il professor Giovanni Reda, fa da apparente controcanto a Gozzano, proponendo una integrata esposizione, tutta giocata sui rapporti interdisciplinari, con la quale lascia emergere «*l'orizzonte inquieto dell'attuale crisi dei valori negli ambiti culturali più disparati*». Reda patrocina equilibrio e predica il bisogno di far convivere una nuova psichiatria attenta all'uomo, d'impianto fenomenologico, che tende a catturare le difficoltà della persona, con la vecchia nosografia. Quest'ultima comunque – spiega Reda – non può essere di punto in bianco abbandonata alle ortiche. Per quanto affiori dalle sue parole l'apertura verso un metodo sincretico, una sensibilità, rara al tempo, in favore di una psichiatria attenta alla posizione dell'individuo nella società (e quindi da essa condizionata), Reda non intende recedere dal puntellare i contorni epistemologici della scienza psichiatrica.

Basaglia destruttura tutto ciò che era stato organizzato, – si può tentare di accedere ad un'iperbole – in guisa di trappola dialettica, e rilancia su due fronti. Conviene riportare per intero una terna di frammenti, al principio e a conclusione del suo discorso, in quanto definiscono in modo esemplare quanto già si scorge in quel 1968 attraverso la trama delle pratiche goriziane. Un disegno di politica sanitaria e di umanesimo solidale che di lì a poco avrebbe innescato l'epopea della deistituzionalizzazione.

Afferma Basaglia: «*[...] il pregiudizio scientifico non si arrende neppure di fronte all'evidenza, dimostrando come ciò che è nato come ipotesi, la scienza appunto, si ripropone come un valore assoluto, il cui significato risulta estremamente ambiguo e poco neutrale di fronte alla situazione reale di chi ha pagato per questa assolutizzazione*».

Niente è statico e dogmatico, nulla può cancellare il prezzo che hanno pagato le persone, in punto di diritti, per le singole trasformazioni magari anche virtuose ma che restano sempre in divenire. Dunque, le apparenti progressioni del sistema vanno sottoposte a critica sulla base dell'esperienza. Non vi è risultato acquisito, tutto resta oggetto di discussione permanente. È la celebre contraddizione, che

¹³ Thomas Szasz aveva decostruito il paradigma medico organicistico della malattia mentale (e con esso lo stesso statuto epistemologico della psichiatria) con un libro di culto che aveva raggiunto un vasto pubblico anche di non addetti ai lavori, T. Szasz, *Il mito della malattia mentale*, Milano, 1966.

deve continuamente popolare l’operato delle persone che si battono per una salute mentale più umana che ponga l’uomo al centro. La risposta alla profferta di Reda, favorevole ad una tregua stabilizzatrice che sospenda l’attacco contro l’istituzione asilare (e quindi alla stessa psichiatria tradizionale, fondata su un luogo di privazione della libertà personale), non potrebbe essere più netta.

Con sottile e previdente riferimento a quel che dovrà essere, anche Basaglia definisce la legge Mariotti “*il nuovo stralcio di legge*”. Infine, vibra alla psichiatria accademica assisa ad ascoltarlo, il fendente decisivo. Basaglia apre a tutti quei temi da cui si schiudono gli elementi ante-vedenti che sciorina a ventaglio al cospetto dell’intero *milieu* psichiatrico italiano: «*La sola risposta tecnica al problema psichiatrico si limiterebbe a modificare le asprezze più evidenti della realtà asilare, conservando il significato più profondo della sua funzionalità al sistema*». In contraddizione con questa prospettiva limitata, lo psichiatra veneziano sostiene invece «*l’impossibilità di proporre soluzioni puramente tecniche all’interno di un sistema che esige risposte e azioni politiche*».

Da un lato, c’è la pratica di un’istituzione totale dedicata alla salute mentale, l’ospedale psichiatrico civile; dall’altro c’è lo studio sulla sua funzione generale nella società che deve condurre ad una decisa inversione di rotta sul piano delle politiche delle libertà. La funzione assegnata all’ospedale psichiatrico civile non è quella di curare, ma è quella di escludere. Ecco perché non deve essere abbattuto in radice solo il luogo determinato da quel *nomen*, ma vanno aggrediti e capovolti la marginalizzazione e lo stigma che il concetto di istituto chiuso alimenta. Il che equivale a dire che, a ben vedere, la funzione escludente non riguarda soltanto il manicomio, perché in potenza può essere svolta surrettiziamente da tutte le istituzioni che rappresentano un ordinamento sezionale. Quindi anche la scuola, l’industria, la fabbrica e perfino la famiglia. In termini generali ogni ordinamento che si faccia separato, che si raccolga in sé, che si isoli dall’integrazione societaria, diventa portatore di problemi di stigma, di compartimentazione della vita dell’uomo. E quindi come tale deve essere sottoposto a robusta e vigorosa critica. Questo confronto serrato con gli ordinamenti sezionali che si ritraggono rispetto alla portata dei principi costituzionali, tendendo a sfuggire all’effettività della disciplina costituzionale dei diritti di libertà resterà una delle cifre distintive del pensiero di Basaglia nonché un tratto connettivo con una delle direttrici fondamentali del costituzionalismo democratico¹⁴.

Il passo è breve per poter spiazzare l’uditorio. Anche la stessa comunità terapeutica di cui Basaglia sa tutto e di più, rispetto agli oratori che lo hanno anticipato, deve passare sotto le forche caudine di un’analisi ferma e intransigente, per evitare che precipiti in manierismo stantio, divenga un anti-modello statico e quindi un elemento dogmatico: «*[...] il compito dei tecnici - prosegue e conclude - all’interno di questo sistema, è usare le proposte tecniche come mezzi per evidenziare le contraddizioni in cui si vive*». Nel testo della relazione di Basaglia questo tratto è stampato in corsivo. È una scelta volta a far notare come questo sia il passaggio chiave dell’intero scritto. Eccone la prosecuzione: «*senza questo smascheramento – altra famosa e notissima immagine del dire basagliano – che viene ad assumere un significato essenzialmente politico, ogni soluzione tecnica si riduce ad agire di copertura a problemi che non hanno niente a che fare né con la malattia e né con la scienza*».

¹⁴ Sulla solida consonanza del pensiero di Basaglia con le direttrici di sviluppo ed effettività delle libertà costituzionali, sia permesso rinviare alla riedizione, di imminente pubblicazione, di D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Milano, 2025, in specie, parr.2.1 e 2.3.

4. Il paradigma della partecipazione diffusa come pratica delle libertà dei soggetti fragili

Cosa resta di quella resa dei conti epocale, durante la mattina del 22 giugno 1968? Tre campi dominano lo scenario attuale e ci interrogano sul presente alla luce dell'ormai lontano *Zeitgeist* romano.

Il primo risponde alla parola *deistituzionalizzazione*. La deistituzionalizzazione non è processo limitato al manicomio, non è pratica rivolta (un domani) agli istituti penitenziari, ma diviene un tratto permanente di politica delle libertà costituzionali. È infatti in questa prospettiva larga che il concetto ha poi preso piede sul piano epistemologico nell'ambito culturale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. La deistituzionalizzazione è acquisita come fondamento di cultura emergente dalle esperienze italiane che anticipano la legge di riforma del 1978; ma, secondo l'orientamento dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che poi si riflette nei valori compositivi della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, la deistituzionalizzazione assurge a principio, a metodo universalisticamente valido. È il trampolino per l'emergere della scelta di autodeterminazione dell'uomo, cioè della centralità della persona come individuo irriducibile a un genere, ad un ambito separato, ad un'etichetta o, peggio, al nudo elemento nosografico. Questo punto di vista – che collega il dato giuridico alle svolte concrete che Basaglia ha saputo inventare e propugnare dal 1961 fino al culmine della fase triestina – insegna che la pratica della deistituzionalizzazione quale stella polare impone agli operatori come agli intellettuali di compiere scelte partecipate in favore dell'autodeterminazione del singolo. La direzione opposta conduce al ritiro su pratiche oggettivanti, le quali refluiscono indietro e propagano lo stigma, anticamera delle limitazioni sistematiche della libertà di autodeterminazione e della compressione del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.). L'alternativa è chiara oggi come allora, ma soprattutto costituisce una sfida poderosa, se pensiamo alla realtà contemporanea dei servizi psichiatrici di diagnosi e cura, alle comunità terapeutiche odierne e al complessivo tema dell'abitare in salute mentale; per non dire delle istituzioni che ambiguamente mantengono una componente di risposta intensiva che si fa spesso contenimento e privazione occulta della libertà. Essa sottende il celebre «*intrattenimento*»¹⁵ che sotto mentite spoglie, non di rado, si trasforma in subdolo contenimento. Si tratta dunque di quell'eterno ritorno alla potenziale esclusione cui alludeva Basaglia nell'estate del 1968, mettendo in guardia da qualunque dispositivo che assolva a funzioni indirette di controllo della presunta devianza.

C'è un secondo profilo di ricchezza che promana da quella relazione e che oggi merita una rimeditazione: è il rapporto tra individuo e autorità¹⁶. Nell'intervento di Basaglia si cela niente meno che la resistenza del cromosoma democratico di una società, alle vecchie e nuove torsioni oppressive. Il tema non riguarda soltanto l'operatore specializzato e non involge la verifica del celebre paradigma trasformato dalla psichiatria alla salute mentale, che potrebbe anche risolversi in una mera etichetta. Il concetto è quello di una pratica, partecipata e quotidiana, di riaffermazione dei diritti, ma soprattutto della scelta e della risposta ai bisogni. Non a caso, l'ultimo Basaglia, nel 1979, in un confronto stimolante a Belo Horizonte, chiarirà ai suoi interlocutori brasiliani: «*lo dico che il modello italiano, se un*

¹⁵ Cfr. B. SARACENO, *La fine dell'intrattenimento*, Milano, 2000.

¹⁶ E infatti, v. il coevo studio di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, nel quale l'analisi della restrizione della libertà personale della persona con disturbi mentali era trattata ancora limitandosi alla ricognizione della disciplina allora vigente, non potendosi cogliere i presagi di crisi dell'istituto manicomiale.

*modello italiano c'è, non è esportabile; l'alternativa deve nascere da Minas Gerais, dalla popolazione, dai tecnici, dalla classe di Minas Gerais»*¹⁷. Come a dire che non è un impianto legislativo, pur pioneristico nel suo slancio libertario, a poter cambiare le cose; ma quel che serve è la qualità dell'aggregazione delle persone al sostegno dei fragili, al modo in cui esse vengono formate e si pongono al cospetto del difficile sviluppo di una vera salute mentale di comunità. Trascorso un decennio, verrà alla luce, dunque, il rilievo per cui la deistituzionalizzazione diviene fattore di effettività delle libertà costituzionali e del diritto alla salute: la deistituzionalizzazione è un processo che produce modificazioni reali nell'universo, constatabili intersoggettivamente, al di là del discorso terminologico e linguistico¹⁸. In terzo luogo, occorre sciogliere un distico di quesiti. Si tratta dell'alternativa tra due domande. Di cosa una persona ha davvero bisogno? Dove la metto? Due quesiti antitetici.

Il dualismo, che i tanti contributi lasciatici da Franco Rotelli sono così nitidi nel cogliere, oggi torna ad essere determinante. Perché se lo si declina su ciascuna delle grandi emergenze del rapporto tra individuo e potere autoritativo, torna evidente come il pensiero di Basaglia sia orientato al tema dei bisogni e quindi a far emergere la contraddizione di esigenze compresse dall'ombra vasta e fitta di istituzioni che servono a perpetuare la funzione escludente. Pertanto, la distruzione di queste istituzioni porta alla riemersione di bisogni occultati e quindi fa deflagrare la questione lancinante, il problema politico per eccellenza che vivono le democrazie pluraliste contemporanee: la richiesta di prestazioni, di assistenza, il bisogno di uno stato sociale inclusivo che non selezioni tra sommersi e salvati, in base al censo. In questo senso, Basaglia si conferma consapevole critico della forma delle istituzioni, consapevole com'è che l'effetto che esse dispiegano sui diritti delle persone non potrà essere oggetto delle sole riforme legislative e resta invece affidato pur sempre alla responsabilità autodeterminate della coscienza umana e alla forza degli impulsi di partecipazione solidale. Nella stessa orbita di riflessione, riecheggiano talune impostazioni dottrinali della scienza giuridica weimariana; si pensi all'ultimo Hermann Heller, sensibile all'idea di «*uno status costantemente riorganizzato da chi partecipa, nel quale si trovano, assieme, organizzatori e organizzati*»¹⁹. Attraverso la serrata pratica di trasformazione delle istituzioni, Basaglia provoca l'espansione materiale dei diritti, quella che è stata denominata dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, «la capacità di irradiazione dei diritti fondamentali». E ancora, il progressivo abbattimento dell'istituzione totale sostiene in certo qual modo, la forza teorica degli «*spazi di libertà*», intesi alla stregua di «*classi di determinate libertà*»²⁰ le quali, nel caso specifico, si affermano e riemergono grazie allo sgretolarsi della logica manicomiale. Capovolta questa, diviene a portata di mano una nuova concordanza pratica tra diritto alla salute mentale e garanzie della libertà personale²¹.

Dunque, lo «*smascheramento*» di cui parla Basaglia, in quel giugno che annuncia veementi novità, si riflette sul concetto di stato sociale quale istanza di affermazione universalistica dei diritti fondamentali. Ed è solo difendendolo proprio dove più pesa, nelle periferie delle esistenze in sofferenza,

¹⁷ F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, cit., 207.

¹⁸ Così, di recente, il significato di effettività giuridico proposto da J-M. DENQUIN, *Les Concepts juridiques*, Paris, 2021, 18.

¹⁹ H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988, 366 sa.

²⁰ Sul punto, vale richiamare le parole di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 300.

²¹ È uno dei più rilevanti tratti del magistero e della teoria di K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl., 1995, 26.

riannodando i rivoli della protezione al soggetto fragile che possiamo raccogliere la speranza di riportare nell'oggi le promettenti intuizioni basagliane di un'estate in cui molto si preparava a mutare a beneficio dei più deboli tra gli ultimi.

Oltre la 180

Ivan Cavicchi *

BEYOND LAW 180

ABSTRACT: Law 180 was a “demiurgic” law, but today it appears to be in great difficulty and at risk of regressing by showing obvious regressive phenomena. Certainly, a law of rupture, but also an unfinished reform process that, due mainly to the persistence of old ideologies/apologies, cannot really move forward and consequently overcome its undeniable financial and organizational problems. The progressive nature of Law 180 has so far been denied. The idea of a one-time law has been asserted. Such denial, however, risks, relative to the major problems of social legitimacy, that the entire sector will pay a very high price in credibility.

KEYWORDS: Law 180; regressivity; apologia; reform; credibility

ABSTRACT: La legge 180 è stata una legge “demiurgica”, ma oggi essa appare in grande difficoltà e a rischio di involvere mostrando evidenti fenomeni di regressività. Certamente legge di rottura, ma anche processo di riforma incompiuto che a causa soprattutto del persistere di vecchie ideologie/apologie, non riesce davvero ad andare avanti e di conseguenza a superare i suoi innegabili problemi finanziari e organizzativi. La natura progressiva della legge 180 fino ad ora è stato negato. Si è affermata l’idea di una legge una tantum. Tale negazione, però, rischia relativamente ai grandi problemi di legittimazione sociale, di far pagare all’intero settore un prezzo molto alto di credibilità.

PAROLE CHIAVE: legge 180; regressività; apologia; riforma; credibilità

SOMMARIO: 1. Premessa: il transitorio dopo il transitorio – 2. Una legge 180 – 3. Una legge demiurgica – 4. La pratica della liberazione – 5. Il rischio dell’antiscientificità – 6. Una legge indefettibile – 7. Ideologia quale scienza – 8. Prigionieri della propria ideologia – 9. Oltre lo sperimentalismo – 10. 180-bis: l’apologia della finta indefettibilità – 11. Il pensiero unico – 12. Il ritorno dell’antipsichiatria – 13. Biforcazioni: andare avanti e tornare indietro – 14. Incapacità e tradimenti – 15. La sinfonia incompiuta (epilogo) – 16. Una norma transitoria lunga (epilogo).

* *Filosofo della medicina e sociologo e Professore di sociologia dell’organizzazione sanitaria, logica e filosofia della scienza, Università Tor Vergata di Roma. Mail cavivan11@gmail.com. Contributo su invito.*

1. Premessa: il transitorio dopo il transitorio

La tesi generale che voglio anticipare è che: se vi sono “diritti progressivi” come l’art. 32 della Costituzione, che per essere garantiti necessitano che si costruiscano nel tempo dei processi di cambiamento successivi, allora per costruire le loro condizioni evolutive bisognerebbe che si entri nella logica di più riforme progressive organizzate in successione quindi per fasi.

In sanità tutte le leggi di riforma fatte comprese quelle di controriforma degli anni 90, pur cambiando interi sistemi complessi per i quali, per forza, ci vogliono tempi lunghi, non sono mai state viste come leggi progressive, ma tutte sempre come leggi *it et nunc*. Cioè norme immanenti.

Queste leggi, specie le grandi riforme in genere, prevedono quelle che si chiamano “norme transitorie” che hanno lo scopo di agevolare qualsiasi passaggio da una normativa ad un’altra. O da un sistema all’altro. Di solito, le norme transitorie non servono che a questo e, con queste finalità, vengono approvate. Ma tutte le norme transitorie, almeno in sanità presenti nelle sue leggi, sono comunque immanenti cioè riguardano sempre e comunque un sistema da cambiare *it et nunc*. Cioè manca del tutto l’idea di progressività.

In sanità le norme transitorie non sono mai concepite con l’idea che la sanità deve evolvere, ma solo che la sanità deve semplicemente passare da x a y concludendo in questo modo il passaggio previsto nei suoi scopi. Cioè, in sanità, il problema di che succede dopo l’applicazione della norma transitoria è un problema che non si pone mai proprio perché le sue norme, nonostante il suo grado alto di complessità che necessiterebbe di riforme lunghe, restano *it et nunc*. Dopo la norma transitoria il compito della riforma è praticamente concluso.

In realtà, se la sanità fosse coerente con il diritto progressivo allora non basterebbe una semplice norma transitoria, ma si sarebbe costretti non a concepire una riforma *it et nunc*, ma a progettare più riforme successive fatte in modo progressivo. Cioè dovremmo scrivere dopo le norme transitorie altre norme transitorie per andare avanti. Ma ovviamente questo non si fa mai. Il carattere della riforma almeno in sanità è sempre immanente e, più in là, delle norme transitorie non può andare.

2. Una legge 180

La legge 180 è evidentemente una legge con una natura progressiva perché i cambiamenti iniziali che essa propone per raggiungere il suo scopo che, secondo me, resta la cura del malato di mente, hanno bisogno per forza di più cambiamenti successivi. Ma anche la legge 180 è stata concepita con la logica *it et nunc*.

Come è noto essa è stata approvata prima della legge di riforma sanitaria del ‘78 nella quale fu incorporata in tre articoli (art. 33, 34 e 35) e in una norma transitoria (art. 64) che vale la pena ricordare: «La regione, nell’ambito del piano sanitario regionale, disciplina il graduale superamento degli ospedali psichiatrici o neuropsichiatrici e la diversa utilizzazione, correlativamente al loro rendersi disponibili delle strutture esistenti e di quelle in via di completamento»¹.

La norma transitoria, come si può vedere, non apre la legge ad una riforma progressiva cioè a futuri sviluppi, ma dice che la 180 finirà il suo compito nel momento in cui avrà superato gradualmente i

¹ Art. 64, comma 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833.

manicomi, nella convinzione del legislatore che sarebbe bastato semplicemente chiudere i manicomi per attuare la legge 180.

Ma la storia della 180 ci dice che la chiusura dei manicomi è solo la prima tappa di un lungo e difficile cammino di riforme, quindi di diritti progressivi che andrebbero costruiti tappa dopo tappa e senza i quali, in questa società, non si potrebbe mettere a regime un vero autentico diritto alla salute mentale. Però il cammino di riforme di cui la 180 avrebbe avuto bisogno fino ad ora nessun l'ha chiesto, anzi, al contrario tutti i sostenitori di questa legge hanno sostenuto esattamente il contrario e cioè la legge 180 è una legge che ha detto tutto quello che doveva dire, quindi non ha bisogno di nessuna integrazione per cui l'unica cosa sensata che si può fare è la sua apologia. Ancora oggi la possibilità di estendere la 180, quindi di andare oltre il suo dettato normativo è del tutto estraneo al suo dibattito.

3. Una legge demiurgica

La logica della 180 è quella che definirei “demiurgica”, cioè una legge fatta da un eroe, un demiurgo per l'appunto, che, come un grande artigiano, rimodella, in modo visionario, non tanto la psichiatria, ma il mondo dei manicomi sulla base dell'equazione manicomio/psichiatria secondo le sue conoscenze, ma anche secondo i suoi sogni e ovviamente i suoi ideali. Questo straordinario demiurgo che ho avuto la fortuna di conoscere personalmente, con la 180 vuole cancellare la segregazione manicomiale e dare al problema mentale soluzioni diverse dal manicomio. Soluzioni prima di tutto di ordine morale quindi politico e da ultimo di ordine soprattutto ideologico.

Basaglia, secondo me, non era un marxista nel senso corrente di questo termine, come in tanti pensano, anche se era di sinistra e votava a sinistra, ma a valutare da quello che ha fatto e scritto sostanzialmente, era un intellettuale romantico del tipo “*Sturm und Drang*” cioè “Tempesta ed impeto”.

Egli con le sue critiche alla psichiatria accademica era sempre a rischio di scendere in un atteggiamento anti-scientifico quindi contro la psichiatria. Un atteggiamento che gli psichiatri dell'accademia non gli hanno mai perdonato e ancora oggi non gli perdonano. Una tradizione filosofica quella del presunto romanticismo di Basaglia che veniva tuttavia da lontano e si rifaceva agli ideali di personaggi come Hegel, Bergson, Husserl e Heidegger, perfino la Scuola di Francoforte, cioè tutto quel filone critico schierato contro la conoscenza borghese e che tradiva un atteggiamento marcatamente ideologico, ma che con Marx in realtà ha poco a che fare. Per Marx la scienza aveva un valore proprio perché era un mezzo per emanciparsi dal capitalismo. In Marx la scienza è un problema, come lo è la psichiatria per Basaglia, ma solo perché nel primo caso è borghese, nel secondo caso accademica non in quanto tale.

Tuttavia, la tesi che di fatto passa soprattutto sotto l'ombrello di “Psichiatria Democratica” quindi sotto una opinabile egida marxista è duplice: quella della scienza borghese che bisogna rifiutare perché borghese e quella dell'identità tra scienza e capitalismo.

A causa di queste convinzioni non sempre meditate a dovere, molti psichiatri di sinistra sbagliando intenderanno la 180 come la liquidazione da parte della psichiatria del valore della scienza e quindi teorizzeranno il valore delle pratiche di liberazione del malato.

Alla fine, stringi stringi, ci troviamo di fronte non tanto ad una ideologia, ma a un più banale pregiudizio nei confronti della scienza, seppur giustificato da ideali romantici. Anche se con i pregiudizi non si va lontani.

Alla fine, con Basaglia siamo in una situazione in cui l'anti-psichiatria, a causa dei suoi scarsissimi mezzi critici a parte l'atto fondamentale di contestazione del manicomio, si rivela presto sostanzialmente incapace di diventare alternativa scientifica cioè di diventare, come direbbe Gramsci, ideologia che cambia il mondo diventando scienza.

4. La pratica della liberazione

Davanti all'innegabile difficoltà di cogliere, da parte della psichiatria fino in fondo la sua crisi come sapere scientifico, assistiamo a una specie di fuga o di deriva da parte dei sostenitori della 180 verso la "pratica della liberazione"² come la chiamava Paulo Freire che ricordo nel '68 scrisse un libro fondamentale che non a caso si chiamava "la pedagogia degli oppressi".

Se esiste un nesso tra Paulo Freire e Basaglia onestamente non lo so, ma si ammetterà che la teoria di Basaglia della liberazione del malato di mente che vede la cura della malattia mentale come liberazione dalla segregazione della malattia è del tutto analoga con la pratica della liberazione teorizzata da Freire. La malattia per Basaglia è una prigione dalla quale bisogna liberare il malato. E se questa idea di liberazione non è idealismo romantico poco ci manca. Si ricordi che una delle tesi portanti del romanticismo è la negazione della ragione illuminista: poiché questa ragione non si è rivelata in grado di spiegare la totalità del mondo e la realtà nella sua complessità. Anche per Basaglia la malattia mentale non si spiega clinicamente ma solo e prevalentemente in modo come ha detto qualcuno "socioiatrico".

Nel momento in cui l'idealismo forte di Basaglia si scontra con le complessità inevitabili che la riforma della psichiatria pone, il passo verso l'ideologia diventa per lui quasi inevitabile, fino ad arrivare alle pratiche di liberazione del malato.

A questo punto, il dialogo tra ideologia e scienza diventa praticamente impossibile e la 180 prende una strada quasi senza ritorno che è quella di contestare una certa psichiatria istituzionale, addirittura con il suo contrario con una antipsichiatria, ma giammai con una psichiatria altra. Cioè essenzialmente con l'arma dell'ideologia.

5. Il rischio dell'antiscientificità

Il problema è che questo orientamento ideologico contro la psichiatria alla fine rischia di trasformarsi in un pregiudizio ideologico contro la scienza. Ancora oggi esso, per alcuni psichiatri dei servizi è un pregiudizio molto forte. Esso serve indiscutibilmente a rompere con gli ordini ingiusti e anche immorali della psichiatria istituzionale, ma suo malgrado senza una psichiatria "altra" ha un sacco di contro-indicazioni e di complicazioni, ma anche di aporie e di contraddizioni. Cioè di limiti, di ostacoli.

Se si chiudono i manicomi secondo la norma transitoria della 833 e il genere di psichiatria non cambia e non si costruisce per davvero un'altra idea di salute mentale, allora è probabile che i manicomi prima o poi torneranno e l'atto demiurgico rappresentato dalla 180 sarà cancellato.

² P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, Torino, 2022.

Proprio come sta avvenendo ora nel nostro tempo.

Se la legge 180 è davvero, come io penso, una norma demiurgica, il primo problema è che l'eroe, il demiurgo, l'antipsichiatra, non ragiona con la logica del diritto progressivo, ma con quella di "Mandrake the Magician" cioè con quella del mago, che fa miracoli e prodigi, cioè rivoluzioni, ma tutte con la logica del *it et nunc*.

Il mago quindi Mandrake non si preoccupa mai del dopo, ma solo di ciò che è immanente e che deve cambiare *it et nunc*.

La questione del rapporto con la scienza nasce nel momento in cui ci si accorge che chiudere i manicomi ovviamente non è una passeggiata, ma alla fine con le condizioni politiche giuste non è difficile come sembra, ma che il difficile viene dopo, cioè costruire per davvero tutte le condizioni grazie alle quali i manicomi resteranno chiusi per sempre. Cioè per difendere l'atto romantico del demiurgo bisogna necessariamente costruire nuove e più avanzate demiurgie. Cioè fare altre riforme. Ma soprattutto costruire oltre le norme transitorie nuove norme transitorie.

Il problema, di nuovo, torna ad essere la costruzione anche scientifica non solo ideologica del diritto alla salute mentale come un diritto progressivo e non come un diritto *it et nunc*.

Oltre le norme transitorie ci sono altre norme transitorie.

6. Una legge indefettibile

La legge 180 è essenzialmente un atto creativo che decide "per una volta soltanto" (una tantum) l'atto demiurgico cioè la chiusura dei manicomi come un atto fondamentalmente auto sufficiente e indefettibile. Quindi un atto di riforma senza aporie, senza limiti, senza fallace. Sostanzialmente un semplice atto di verità sociale.

Per questo indiscutibile.

Ma sarà la sua presunta indefettibilità che fatalmente finirà per scontrarsi con il mondo non demiurgico del nostro tempo cioè con le sue complessità.

Il problema è molto grosso perché se la 180 insiste a definirsi indefettibile, in un mondo che per ovvie ragioni non può ammettere indefettibilità, essa sarà di fatto prima o poi messa fuori gioco il che causerà inevitabilmente l'annullamento *de facto* dell'atto demiurgico fatto essenzialmente da Basaglia nel 1978.

Il problema politico in sostanza che abbiamo è il seguente: per rompere con gli ordini del mondo la demiurgia della 180 resta fondamentale, ma se questa demiurgia non va oltre il suo orizzonte romantico e non evolve in un vero diritto progressivo e quindi in un vero servizio pubblico progressivo in un'altra psichiatria essa rischia di essere superata e di restare solo ed esclusivamente un rottame storico di altri tempi cioè di quel tempo del sogno nel quale c'erano i demiurghi cioè dei sognatori che sognavano di liberare l'uomo dalla ragione illuminista, ma che, come è evidente a tutti, ormai non ci sono più.

La tesi che desidero proporre è che se la 180 del '78 più che essere considerata il risultato di una demiurgia, oggi, fosse considerata una legge defettibile come sono tutte le leggi quindi come una sorta di processo di riforma in fieri che per compiersi ha bisogno di tempo, di idee, di mezzi, di consenso, di partecipazione, di cultura, di organizzazioni adeguate ecc. allora le cose cambierebbero e come.

Certo per portare a termine un diritto progressivo ci vorrebbero altri demiurghi che però non ci sono. E questo è un problema. Oggi nella salute mentale il posto del demiurgo è stato preso dal Collegio Nazionale DSM, riconosciuto come ETS, che si propone nei confronti della politica come un soggetto nuovo e rappresentativo di tutti i DSM e di tutte le professionalità operanti nei DSM con responsabilità cliniche e gestionali. Ma che non solo non è un demiurgo, ma meno che mai sembra sapere cosa fare nel caso lo fosse. Anche questo è un bel problema.

7. Ideologia quale scienza

Indefettibile vuol dire “che non può cadere in difetto”. Cioè vuol dire solo apologia cioè esaltazione, come se la 180 fosse una religione. Indefettibilità vuol dire apologia per tutti: per la sinistra ovviamente, per i promotori del Manifesto scritto in sua difesa (di cui parleremo fra poco), per la SIEP, per le Commissioni Parlamentari che si sono occupate della legge 180 e anche per l’ultima Conferenza nazionale organizzata dal ministero della Salute.

Considerare la legge 180 indefettibile come da anni fanno praticamente quasi tutti, oggi è un’opinione del tutto implausibile, perché a parte che è impossibile che lo sia, ma basterebbe riflettere su come è nata, su come è stata scritta, su come è stata concepita e poi attuata e applicata.

Il mago cioè Mandrake alias Basaglia fa prodigi, ma i suoi prodigi rischiano alla fine di essere fenomenologicamente delle illusioni cioè rischiano di essere come i palazzi costruiti sulla sabbia e che ad ogni mareggiata rischiano di venire giù.

Se si esaminano gli undici articoli della legge 180 ci si rende conto subito della sua stringatezza, della sua essenzialità, ma anche della sua enorme sperimentality, enorme approssimazione gnoseologica ed epistemica. Nello stesso tempo una enorme ricchezza morale e intellettuale, ma anche un’enorme povertà epistemologica.

Con la 180 in pratica prima si compra la bicicletta e solo poi ci si pone il problema di come pedalare. Ma del resto gli atti demiurgici si fanno così. Se il demiurgo prima di fare le sue magie si mette a pensare a tutte i risvolti epistemici a tutte le implicazioni gnoseologiche a tutte le conseguenze metodologiche che esse implicherebbero, di sicuro gli passerebbe la voglia di fare magie.

A quel tempo negli anni ’70 il dibattito si nutriva già da anni, oltre che della pratica della liberazione, anche della letteratura antipsichiatrica.

Non si dimentichi che il saggio di Cooper “*Psychiatry and Anti-psychiatry*”³ è del 1967 e che la discussione però era iniziata già da un bel po’, basti ricordare che nel 1946 con Maine si parlava già di “comunità terapeutiche”.

E poi si ricordi sempre che con il termine anti psichiatria, al tempo della 180 come anche Basaglia ha chiarito, non si intendeva una precisa teoria, ma piuttosto un atteggiamento critico nei riguardi della psichiatria.

Ma se da anni, quindi prima della 180, in molti erano convinti che i manicomi andassero chiusi, con la loro chiusura non si chiarì come rimpiazzarli cioè con quali servizi, con quali conoscenze, con quale metodologia e quali prassi quindi con quali operatori.

A quel tempo l’ideologia era la vera scienza.

³D. COOPER, *Psychiatry and Anti-psychiatry*, London, 1970.

8. Prigionieri della propria ideologia

Questa specie di “accoppiata” “ideologia quale scienza” segnerà tutta la storia della legge 180 e oggi è alla base dei suoi più importanti problemi. In particolare, è alla base dei problemi della sinistra cioè di chi si è battuto per avere la 180 quindi oggi del PD una volta PCI che da quello che si vede ancora oggi non ha chiaro come uscire dall’impasse ideologico in cui è finita la 180.

Tanti in questi anni hanno tentato di puntare sull’incontro tra saperi e di smascherare i difetti di questa accoppiata cercando di sfondare il muro dell’ideologia e di cercare addirittura nuovi paradigmi. Ma non il PD, o meglio, non chi si propone come uno psichiatra del PD e che secondo me è rimasto ancora attaccato quindi prigioniero come succede in certe trappole che catturano i topi con colle forti, di una apologia che di fatto è diventata la propria prigionia.

Ci ho provato persino io con il mio libro “Oltre la 180” del 2022⁴, ma che delusione scoprire di essere stati negati come pensiero, come analisi, come critica quindi esclusi dalla pubblica discussione proprio dai democraticissimi psichiatri di sinistra del PD, proprio quelli della pratica della liberazione, con i quali per una vita intera ho condiviso scopi comuni, quindi lotte e battaglie⁵.

Il problema resta e questo è proprio l’esclusione dalla discussione politica del problema dell’ideologia, che, ricordo in barba a quello che ci raccomandava Gramsci, nella salute mentale ormai è diventato ancora oggi di fatto un grosso ostacolo non essendo gli psichiatri del PD quindi la cd. “psichiatria democratica” ancora riusciti ad emanciparsi da essa, quindi ad evolvere come auspicava Gramsci verso la “scienza”.

Personalmente ho sempre sostenuto proprio sulla strada indicata da Gramsci, che le ideologie, senza le quali nessun demiurgo potrebbe fare magie e meno che mai fare una legge come la 180, non debbano essere negate, ma riformate, cioè evolvere anche esse verso un incontro con la scienza.

Per cui il problema, almeno per me in realtà non è negare il ruolo dell’ideologia, ma risintonizzare ideologia e scienza senza escludere la possibilità, a nostra volta, di aggiornare le stesse ideologie.

Oggi, se dovessimo ripensare la salute mentale, bisognerebbe innanzitutto riformare l’ideologia che ha fatto nascere la legge 180. Riformare, si faccia attenzione, lo dico ai cd. basagliani non vuol dire negare. Riformare le ideologie, lo dico al PD, è principalmente un compito della politica

Oggi le ideologie nella società complessa, quale quella dell’anti-psichiatria, ad esempio, diventano un problema soprattutto quando si riducono ad essere visioni schematiche della realtà, quando diventano teoresi banali cioè quando non parlano con la realtà, quando non vedono più la realtà come è e per quella che è.

Il problema nelle nostre società occidentali sembra essere il disincanto nei confronti delle ideologie. Le ideologie, dicono in tanti, sono morte e si parla addirittura di fine delle ideologie. Ma questo, è una stupidaggine anzi nella salute mentale, non sembra per niente vero. Nella salute mentale non solo le ideologie sono vive e vegete, ma esse purtroppo sono diventate un pensiero banale, schematico, poco attento alla realtà, disinteressato alla scienza e perfino, come vedremo fra un po’, oppressive e tiranniche.

⁴ I. CAVICCHI, *Oltre la 180*, Roma, 2022.

⁵ La circostanza è stata una riunione organizzata dopo la pubblicazione del mio libro, nella sede del PD con la presenza della Schlein il 20 giugno 2023 con il titolo “*Benessere e salute mentale: prevenzione cura e comunità*”.

Oggi quella che Gramsci chiama “ideologia” per la salute mentale è diventata in realtà una gabbia e un orizzonte comunque chiuso.

Allora non ha molto senso parlare di diritti progressivi senza fare i conti con quella ideologia che marca le nostre leggi, compresa la 180, con la logica dell’*it et nunc*.

Io credo, mi dispiace per gli psichiatri del PD, che oggi sia arrivato il momento non tanto di liberare la salute mentale *tout court* dall’ideologia, ma anche di riformare l’ideologia per permetterle di dialogare con la scienza.

Oggi non siamo più all’antipsichiatria, ma siamo alla medicina come scienza impareggiabile⁶.

Quella ideologia ha certamente il merito di aver chiuso i manicomi, ma davanti alle complessità che ha incontrato oggi non sa proprio come andare avanti.

9. Oltre lo sperimentalismo

Non c’è alcun dubbio sul fatto che la 180 sia stata di fatto una legge sperimentale. Nessuno compra la bicicletta senza prima imparare ed essere sicuro su come usarla.

Solo dopo ben sedici anni dal varo della legge 180, questo settore, si pose il problema di sistemare i risultati del proprio sperimentalismo, delle proprie esperienze di servizio, delle proprie ideologie cioè di mettere in ordine le sue pratiche riformatrici.

Nel 1994, vide la luce il primo progetto obiettivo che riconosce alla legge 180 molte conquiste, ammettendo allo stesso tempo l’insoddisfazione dei risultati complessivi.

Ma soprattutto il progetto obiettivo conferma, come del resto anche tutti gli altri che sono venuti dopo (l’ultimo è quello del 2021/2030), che la 180 resta comunque e indiscutibilmente una legge demiurgica, molto ideologica che è nata indefettibile e che resta indefettibile.

Fino ad ora, a partire dagli psichiatri del PD (quindi psichiatria democratica), nessuno si azzarda ancora oggi che tutto cade a pezzi, a dire che i problemi della salute mentale nascono anche da come è stata scritta la legge 180. Diversamente tutti dicono che i problemi della 180 nascono dai contesti istituzionali ostili, omissivi, carenti, soprattutto da problemi finanziari: cioè la teoria del nemico esterno.

La legge 180 è, come è noto, costituita da undici articoli i cui titoli ci indicano i suoi scopi di fondo che sono essenzialmente tre: i trattamenti obbligatori, la chiusura dei manicomi e il trasferimento dei malati dal manicomio ai servizi territoriali.

La parte che oggi si potrebbe definire “organizzazione dei servizi di salute mentale”, e soprattutto, quella dedicata ai servizi alternativi al manicomio sono paurosamente lacunosi, con pochissime se non scarse operazioni operative. Dopo la legge, a livello regionale, qualcosa si è recuperato, ma resta il fatto che, ancora oggi nonostante i tanti regolamenti, non si sa bene cosa debba essere un DSM.

La legge 180 ai suoi esordi non dice in dettaglio come si dovrebbe organizzare il sistema dei servizi necessario, ma dà quasi per scontato che esistano già delle strutture alternative al manicomio e che l’organizzazione dei servizi sia già in essere, cioè funzionante, per cui alla fine si limita a dire che il sistema contro i manicomi già esiste e che le regioni lo devono solo “programmare e coordinare”.

Il che è storicamente falso.

⁶ I. CAVICCHI, *La scienza impareggiabile*, Roma, 2022.

Negli anni in cui Basaglia era il responsabile della salute mentale della regione Lazio avanzai, in una riunione sindacale, la proposta di una organizzazione moderna del DSM, successivamente trasformata in un libro⁷. Ricordo anche che quando gliela presentai Basaglia mi abbracciò accettandola senza se e senza ma, a differenza dei responsabili dei servizi della salute mentale della mia città che educatamente storsero la bocca. Lui li conosceva più o meno tutti e mi disse divertito “ma non star a preoccuparti sono previsti, niente altro che previsti”. A loro bastava un generico dipartimento perché erano loro che sapevano cosa bisognava fare. Decidere cosa dovesse essere un DSM per loro non era un problema della politica.

Come già ricordato, la legge 180, sarà poi incorporata nella 833 nel 1978, diventando i suoi articoli 33, 34 e 35, sostanzialmente dedicati ai trattamenti sanitari volontari e obbligatori, e il suo articolo 64.

Quindi che la legge 180 sin dall’inizio sia stata tutt’altro che indefettibile e abbia sofferto di enormi buchi nella sua elaborazione non è per niente fantasioso. Anzi è una legge che senz’altro può essere considerata di avanguardia per cui è “normale” che abbia dei buchi. Il punto vero è se questi buchi sia giusto negarli per ragioni apologetiche o ideologiche o se, al contrario, sia giusto ammetterli per ragioni di riforma.

È del tutto evidente che se si continua a fare apologia come fa il PD e psichiatria democratica in questo momento non si fa riforma e risulta ovvio chiedersi se una legge per ragioni apologetiche ed ideologiche viene assunta come perfetta perché mai si dovrebbe riformare?

È solo ammettendo la perfettibilità o l’incompletezza della legge 180 che si può aprire una vera discussione e uno spazio di riforma per andare progressivamente in avanti e per costruire, dopo la demiurgia e le sue ideologie, le condizioni per un diritto alla salute mentale progressivo che rifaccia pace con la scienza. Cioè una solida riforma.

Fino ad ora però la 180, come dimostra il PD e psichiatria democratica, resta nonostante tutto un testo rigorosamente invariante, molto ideologico e che va difeso per mezzo dell’apologia.

10. 180-bis: l’apologia della finta indefettibilità

Nell’ottobre del 2017 (governo di centro sinistra Gentiloni), il settore della salute mentale continua ad andare di male in peggio per cui la sinistra storica, cioè il PD, insieme ad art. 1 che nel frattempo per contestare Renzi era uscito dal PD insieme ai capi storici della salute mentale, decisero tutti insieme di presentare alla camera una proposta di legge del tutto identica alla 180 e che chiamerò 180 bis, vale a dire il DDL “*Disposizioni in materia di tutela della salute mentale volte all’attuazione e allo sviluppo dei principi di cui alla legge 13 maggio 1978, n. 180*”.

Una iniziativa a dir poco paradossale per tante ragioni:

- intanto perché non si è mai visto nella storia del parlamento italiano che una legge, cioè la 180, venisse presentata due volte;
- e poi perché coloro che scrissero questa assurda doppia legge erano anche coloro che negli anni 90 scrissero le principali leggi neoliberaliste di controriforma della sanità, cioè quelle leggi che hanno messo fuori gioco l’art. 32 e spalancato le porte al mercato e quindi alla sanità privata.

⁷ I. CAVICCHI, *Trasformazioni socio sanitarie*, Roma, 1982.

Il paradosso della 180 bis è davvero al limite dell'impudicizia, nel senso che la sinistra, nel caso della salute mentale, si propose allo stesso tempo come una vera antinomia, cioè come il più intransigente apologeta della ideologia della 180, ma anche il più neoliberaista avversario dell'art. 32.

Credo che il problema dell'antinomia sia oggi uno dei problemi più grandi del PD. È un partito che sulla sanità ne ha fatto di tutti i colori comprese vere e proprie contro-riforme neoliberaliste e oggi trovare il modo di uscire dalle proprie antinomie, per esempio quella pubblico/privato non sia facile.

Credo che presentare una doppia 180 e nello stesso tempo far fuori l'art. 32 sia quanto meno un grave comportamento schizofrenico.

La 180 bis altro non è se non una difesa "talebana", della indefettibilità della 180 quindi una difesa ideologica ad ogni costo e nonostante tutto.

La 180 bis in realtà non è solo la copia della legge 180 del 1978, ma è allo stesso tempo la trasformazione in un disegno di legge di quel progetto obiettivo definito già nel 1994 e poi riproposto nel 1999 e poi ancora riproposto dopo. Ma già a questo punto sorgono diversi quesiti e dubbi: se la legge 180 è indefettibile – come dice la relazione che l'accompagna – perché integrarla con un progetto obiettivo? Basterebbe ammettere che la legge non è indefettibile e aprire lealmente il capitolo della riforma successiva. Cioè accettare la sfida di una progressività del cambiamento.

In realtà la 180 bis non è una riforma come sembra: prima di tutto perché non riforma niente e secondariamente perché permette alla vera controriforma di farsi strada. Nel campo della salute mentale oggi non riformare niente significa condannare la 180 alla sua sconfitta storica.

Alla fine, la 180 bis risulta essere, malgrado le sue buone intenzioni, l'espressione di una particolare forma di contro-riformismo, cioè l'altra faccia della 180 e che ho proposto di definire "riformismo indiretto" perché resto convinto che fare apologia e basta quando tutto va male significa di fatto contro-riformare la 180. È con proposte come la 180 bis che la salute mentale sta sprofondando nelle proprie aporie.

11. Il pensiero unico

A parte l'apologia della 180, la cosa che colpisce è l'analisi della situazione del settore, che nella relazione della 180 bis precede il testo del disegno di legge e che è in tutto sovrapponibile a quella della SIEP, a quella di psichiatria democratica, a quella dei responsabili del PD, a quella del Collegio Nazionale DSM quindi delle varie conferenze nazionali e a quella di tutti gli psichiatri del PD e che ho definito il "pensiero unico" della sinistra circa la salute mentale.

Il ragionamento che si fa con la 180 bis ha una sua logica: siccome le cose nel campo della salute mentale non vanno bene è necessario integrare a legge 180 invariante con stringenti indicazioni operative e organizzative, come quelle previste nell'ultimo progetto obiettivo, ma soprattutto garantirne i finanziamenti. Alla fine, a ben vedere, la vera idea della 180 bis è la riproposizione di una vecchia idea corporativa che non ha mai funzionato ed è quella della riserva finanziaria del 5%.

Infatti, è dal 2005 che è prevista, con una intesa Stato-regioni, la riserva del 5% di finanziamenti in rapporto alla fissazione dei LEA, abbinata agli obiettivi di razionalizzazione nell'impiego delle risorse destinate alla salute mentale con lo scopo di «perseguire il graduale contenimento della spesa relativa alle strutture residenziali ad alta protezione, pubbliche o private».

Fare i conti con la sostenibilità, però, significherebbe prima di tutto fare i conti con il proprio pensiero unico. Se proprio si volesse applicare questo ambiguo concetto di sostenibilità alla salute mentale ci si dovrebbe porre quanto meno il problema di come qualificare il sistema andando oltre il pensiero unico. Cioè di come combattere la regressività, riassorbire le aporie, rimuovere le contraddizioni, andare oltre le ideologie, in definitiva decidere cosa vuol dire fare salute mentale nel sistema sanitario dato.

Si tratta, se si accettasse il terreno della sostenibilità proposto anche con la 180 bis, non di contenere la spesa a salute mentale invariante o di avere più finanziamenti, ma di rendere la salute mentale più adeguata, più coerente con le complessità con le quali ha a che fare. La vera idea di sostenibilità è un'idea di adeguatezza, quindi prima di tutto è un'idea contro la regressività che per definizione è costosa. Ma soprattutto è una idea che mette in crisi il pensiero unico.

L'idea nuova è produrre salute mentale come benessere e ricchezza sociale, quindi anche come sicurezza, come convivenza, come relazioni sociali, ecc.

Se si accettasse l'idea che nel settore della salute mentale oltre ad avere problemi di disapplicazioni della legge 180 si hanno anche problemi a proposito di diritti progressivi di progressività del progetto quindi di evoluzione degli scopi allora il discorso cambierebbe.

Resto convinto che questa rigidità ideologia apologetica da parte del complesso del settore della salute mentale quella che nega l'esistenza delle contraddizioni delle aporie, delle disconferme sia il principale nemico della salute mentale.

12. Il ritorno dell'antipsichiatria

Oltre la proposta della 180 bis, nel 2021 fu reso pubblico un "Manifesto" firmato e proposto da alcuni importanti personaggi del settore, ma sostanzialmente promosso da ciò che resta di "psichiatria democratica" e che parla senza mezzi termini del rischio per la 180 di essere "controriformata". Il "Manifesto" sostiene una tesi molto forte: la legge 180 nonostante i servizi pubblici creati per applicarla "è sotto attacco". Addirittura, si parla di "crisi della salute mentale".

Dunque: la 180 in ragione di un mucchio di limiti, di nuovi bisogni sociali che bussano alla porta, ma anche dell'acuirsi di un alto grado di regressività culturale, epistemica, scientifica ha raggiunto o rischia di raggiungere un grado tale di aporeticità da far temere una contro riforma di sponda, causata non solo da innegabili problemi finanziari, ma anche dalle aporie che si stanno accumulando.

In questo manifesto si notano tre cose che riguardano i suoi estensori:

- sono anche coloro che hanno promosso la 180 bis;
- sono anche coloro che hanno organizzato al tempo del ministro Speranza (governo Draghi) l'ultima Conferenza nazionale sulla salute mentale;
- sono anche coloro che considerano la 180 una legge indefettibile.

Forse è in ragione di ciò che il Manifesto risponde al supposto rischio di controriforma della 180, richiamando in vita l'antipsichiatria, cioè difendendo l'indefettibilità della legge 180 e la sua ideologia di fondo. Quella del manifesto è una apologia chiaramente politica: si invita il popolo della salute mentale a difendere la 180 mobilitandosi contro quello che viene vissuto come un tentativo di restaurazione della precedente cultura manicomiale.

Il Manifesto, esattamente come mezzo secolo fa, ci propone inoltre la sua idea di cura: la stessa della pratica della liberazione, pur accettando tuttavia alcuni importanti compromessi con la psicologia, quindi accettando la realtà epistemica dei saperi psichici.

Il Manifesto difende certamente la legge 180, ma ricorrendo anche a nuovi argomenti epistemici come quelli che si rifanno alla psicologia e alla psicoterapia e che all'inizio della 180 non erano neanche ammessi.

Viene in questo modo riprodotta la stessa operazione fatta, mezzo secolo or sono, dal demiurgo nel 1978 cioè la riduzione dell'epistemologia a ideologia ovvero la fusione tra ideologia e scienza.

Nel Manifesto abbondano i riferimenti alla partecipazione, alla ribellione, al conflitto, alla democrazia, ma senza cogliere mai neanche di striscio l'insegnamento di Gramsci relativo alla trasformazione dell'ideologia in scienza.

In sintesi, il Manifesto scritto per opporsi al rischio di una possibile controriforma è interamente apologetico perché di fatto, mezzo secolo dopo l'antipsichiatria di Cooper e la pratica della liberazione di Freire, riattualizza tutti i temi dell'antipsichiatria.

L'obiettivo dichiarato del Manifesto è «arrivare alla convocazione di Stati Generali per la riforma della Salute Mentale». C'è un dubbio che sorge quasi subito: è possibile fare una riforma della salute mentale solo con l'apologia della 180? Cioè fare una riforma solo per ribadire l'indefettibilità della legge? La domanda successiva è inevitabile: se la legge 180 è in pericolo e ha tutte le aporie descritte e denunciate dal Manifesto è sufficiente resuscitare l'antipsichiatria e la pratica della liberazione per metterla in salvo dal rischio di una controriforma?

È evidente che il rischio di soccombere a una controriforma a causa di tante aporie e di tante contraddizioni, a condizioni non impedito, non può essere escluso. Ma se il rischio c'è, sono le soluzioni descritte per evitarlo che fanno pensare. Come si fa a evitare che qualcosa accada se a partire da psichiatria democratica dal Pd, ma anche dai servizi non si fa niente per evitarlo davvero?

Per avere una controriforma oggi non serve presentare una proposta di legge, oggi la controriforma è già in essere. È nei fatti. Oggi la salute mentale è già controriformata ed è contro riformata certamente a causa delle questioni finanziarie e della sua crescente privatizzazione, ma soprattutto è contro riformata a causa dell'apologia che fino ad ora non ha mai ammesso la defettibilità della 180 trasformandola in un totem.

La sensazione è che, nel Manifesto, vi sia confusione tra il concetto di "crisi" e il concetto di "controriforma": una crisi non è una controriforma, anche se può avere effetti contro-riformatori; mentre una controriforma è una precisa volontà politica, ma che oggi nel caso della salute mentale non sembra esistere. Nessuno oggi vuole cambiare la 180, neanche il governo in carica pur sapendo che la destra ha sempre visto la 180 come il fumo negli occhi. Oggi per contro-riformare la 180 non serve cambiare la legge, basta lasciarla così come è. È il famoso "contro-riformismo indiretto" di cui ho parlato prima. Il Manifesto certamente fa confusione tra "controriforma" e "crisi", ma il suo scopo non è togliere di mezzo il contro-riformismo indiretto che per me è il vero nemico, ma solo individuare per l'ennesima volta un nemico e quindi un avversario della 180 da combattere.

Oggi il vero contro-riformatore della 180 è la 180 stessa cioè la sua apologia e la sua presunta indefettibilità.

Del resto, individuare i nemici della 180 fuori dalla 180 è di nuovo un atto ideologico e un atto apologetico. Oggi dalla crisi della salute mentale non possiamo escludere chi la 180 l'ha fatta a modo suo e chi l'ha tenuta praticamente ostaggio della propria ideologia, ma anche dei propri limiti culturali.

La medicina è una scienza impareggiabile, ma gli psichiatri del PD, quelli di psichiatra democratica, quelli del collegio dei DSM non lo sanno. Non sanno che se davvero fosse impareggiabile l'antipsichiatria sarebbe in un solo momento destituita di ogni credibilità.

Essi continuano a credere romanticamente che la ragione come ci è stata consegnata dall'illuminismo sia una patacca.

E questo è davvero un bel problema.

13. Biforcazioni: andare avanti e tornare indietro

Spesso, sia per ragioni di complessità, quindi per i limiti che incontra il processo di riforma e per la difficoltà a inventare e a costruire le differenze, di cui parlava a suo tempo Deleuze⁸, tra il prima e il dopo, sia per le invarianze che permangono relativamente agli interessi legittimi, i processi riformatori che si prova a mettere in piedi, vanno storti.

Compresa la legge 180. Per non parlare di altri settori.

In genere se le ragioni della complessità sociale e quelle degli interessi colludono o si sovrappongono, in generale, il processo riformatore non solo ha una battuta di arresto ma alla fine (parlo proprio della salute mentale) si finisce sempre per avere un esito "catastrofico", ma nel senso, attenzione, proposto dalla teoria sulle catastrofi di R. Thom⁹.

Cioè si hanno delle "biforcazioni". In sanità, quindi anche nei servizi di salute mentale, si creano scenari diversi spesso tra loro in contraddizione. Divaricati. Invece di andare avanti, spesso si torna indietro. Invece di chiudere i manicomi, spesso si riaprono manicomi sotto mentite spoglie. Invece di integrare i malati di mente nel territorio spesso li teniamo chiusi, ma solo di giorno in quei servizi strani che chiamiamo residenze protette.

Se io fossi un matematico probabilmente userei la teoria della biforcazione per spiegare alcuni dei paradossi più comuni sia della sanità che della salute mentale: come mai con l'art. 32 abbiamo così tanto privato? Come mai nonostante la 180 abbiamo una esplosione di nuove forme di manicomialità? Come mai i Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (SPDC) assomigliano sempre di più ai reparti di un manicomio?

Come mai cittadini cioè i parenti dei malati di mente fanno associazioni di ogni tipo per aiutarli proprio nei confronti dei servizi pubblici vissuti non certo come ausili? Come mai migliaia e migliaia di famiglie nella salute mentale sono così poco contente dei servizi pubblici e delle privatizzazioni subdole che sono in atto al punto da desiderare perfino dei ripensamenti?

Se oggi con una Costituzione che dice che tutti i cittadini sono uguali perché hanno lo stesso diritto alla salute e il governo dice che è possibile proporre esattamente il contrario, cioè che i cittadini sono

⁸ G. DELEUZE, *Logica del senso*, Milano, 1975.

⁹ I. CAVICCHI, *La teoria della catastrofe*, in *Quotidiano sanità*, 15 maggio 2023, disponibile al seguente link: https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=113741.

diversi perché i loro pil regionali sono diversi, è perché in generale quel gioco difficile del riformismo progressivo da cui siamo partiti è andato male

Nel caso della 180 è mancato il pensiero riformatore che andasse oltre la demiurgia. Mancando questo pensiero riformatore progressivo sono venute fuori quelle che prima ho chiamato “biforcazioni” cioè i processi che si dividono: alcuni provano a continuare il loro percorsi altri tornano semplicemente indietro.

Io che non sono un matematico so però che per spiegare le biforcazioni, nel nostro caso, le grandi contraddizioni della sanità devo quanto meno cercare di capire come esse si sono verificate.

14. Incapacità e tradimenti

Ho dedicato come già detto un intero libro ai problemi pesanti della salute mentale estrapolando la questione su suggerimento del mio editore dal libro con il quale ho provato a comprendere tutte le principali biforcazioni nella sanità¹⁰.

Oggi, in sanità, è evidente che il processo di riforma iniziato in grande con la 833 e in piccolo con la 180 a un certo punto si è come interrotto, facendo seguire una regressione, nel senso spiegato da Lakatos¹¹, cioè nel senso di paradigmi che nascono demiurgicamente impavidi ma nel tempo ripiegano su loro stessi andando incontro alla loro fine. E questo perché la salute mentale è incapace di reggere il passo con il cambiamento della realtà. Cioè è incapace di rinnovarsi, di pensare nuove idee e nuove soluzioni. La “biforcazione” comincia sia a livello di sistema sanitario complessivo sia a livello del settore della salute mentale perché viene meno l’idea di progressività di cui abbiamo parlato nella premessa, cioè perché in primo luogo i servizi pubblici non corrispondono ai cambiamenti auspicati e in secondo luogo perché gli interessi che furono emarginati e ridimensionati nel 78 con la riforma 833 ma anche con la 180 si sono riorganizzati e sono tornati in pista e per giunta fiscalmente incentivati dallo Stato.

A queste difficoltà si devono aggiungere i tradimenti cioè delle vere e proprie “storie di alta infedeltà” agli ideali come quelle iconiche che ci ha raccontato la letteratura attraverso, ad esempio, Elena di Troia e madame Bovary.

Sono tradimenti le aziende (I.502) del tutto incompatibili con la salute in generale, ma in particolare, con la salute mentale. Sono tradimenti il welfare aziendale al quale la Cgil non vuole rinunciare, anche se ha promosso un referendum contro il *Jobs act*. Sono tradimenti l’assistenza sanitaria sostitutiva (L. n. 229) che oggi il PD non sa più come difendere.

Ma sono tradimenti anche le apologie ottuse del PD di psichiatria democratica che pensano che la legge 180 nonostante i suoi indubbi limiti debba restare indefettibile. Sono tradimenti le 180 bis. I “manifesti” che ancora oggi, senza nessun imbarazzo, ci ripropongono nel terzo millennio improbabili teorie antipsichiatriche e improbabili teoria di liberazione dei malati.

Se la salute come abbiamo detto all’inizio è un diritto progressivo allora è tradimento non progredire. Non progredire significa tornare indietro, cioè regredire.

¹⁰ I. CAVICCHI, *Sanità pubblica addio. Il cinismo delle incapacità*, Roma, 2023.

¹¹ I. LAKATOS, A. MUSGRAVE, *Critica e crescita della conoscenza*, Feltrinelli, 1976.

Questi tradimenti, in fin dei conti, nei confronti di un sano riformismo democratico alla fine sono dannosi nel loro complesso per la nostra civiltà perché, come direbbe Kant¹², essi sono immorali perché contrari a qualsiasi razionalità, a qualsiasi elementare principio di giustizia e a qualsiasi parametro di umanità.

15. La sinfonia incompiuta (epilogo)

In questi anni di travagliato riformismo e di contro-riformismo sanitario ho imparato alcune cose:

- di certo non è con l'invarianza che si risolvono i problemi delle riforme;
- apologia e riforma non vanno d'accordo;
- una riforma, per non rischiare di essere controriformata, ha bisogno di più riforma non meno;
- una riforma complessa come la 180 non è mai il punto di arrivo, ma è sempre il punto di partenza;
- il punto di arrivo di una riforma lunga sino ad ora nessuno ha provato a definirlo.

Oggi, se guardo alla sanità e in particolare alla salute mentale, vedo due cose:

- i riformatori di una volta sono diventati, anche se in modo tra loro molto diverso, dei contro-riformatori indiretti cioè gente che forse perché non ha idee per cambiare ha paura di cambiare e tollera praticamente tutto;
- i riformatori di oggi, proprio perché non hanno idee, preferiscono tornare indietro (quindi contro-riformare) più che andare avanti a riformare di più e meglio.

La tesi politica principale che ho sostenuto, spiegato e dimostrato nel mio ultimo libro, "Oltre la 180"¹³, al quale naturalmente rimando per gli approfondimenti è quella un po' schubertiana della "sinfonia incompiuta", la ben nota Sinfonia n. 8, cioè una legge, che tanti anni fa ha giustamente chiuso i manicomi, ma che dopo i primi passi, piano piano è finita sempre più nel fosso e che oggi non sembra più in grado di risalire.

L'idea della "riforma incompiuta" nasce semplicemente dal prendere coscienza sul piano storico che la salute mentale, per il solo fatto di restare ferma e di non riuscire ad andare avanti, è come se tornasse inesorabilmente indietro.

E la regressività è il suo grande problema, un problema rimosso da tutti, dal PD, da Psichiatria democratica, dal collegio nazionale dei DSM.

16. Una norma transitoria lunga (epilogo)

In chiusura di questo articolo vorrei riprendere la riflessione sulla norma transitoria fatta all'inizio, cioè sull'art. 64 scritto nella 833 relativo alla salute mentale.

È del tutto evidente che oggi, dopo quasi mezzo secolo dalla 180, la norma transitoria dell'art. 64 andrebbe completamente riscritta o quanto meno allungata.

Oggi non si tratta più di chiudere i manicomi, ma si tratta di impedirne la riapertura, quindi di opporci ad ogni regressione.

¹² I. KANT, *Critica alla ragion pura*, Milano, 1976.

¹³ I. CAVICCHI, *Oltre la 180*, cit.

Una regressione principalmente causata da un mancata progressività del processo riformatore rappresentato dalla 180.

La 180 non può essere considerata il punto di arrivo di un processo riformatore complesso come quello che riguarda la salute mentale, ma deve essere considerata un punto di partenza. Quindi basta con l'apologia, basta far prevalere l'ideologia sulle ragioni della scienza. Basta con le 180 bis, basta con i manifesti che ci ripropongono l'anti-psichiatria. A noi serve un'altra psichiatria adeguata al nostro tempo.

Oggi, i manicomi, quindi una certa scienza psichiatrica, chiusi convenzionalmente con la l. 180/833 sono una realtà sia nel privato che nel pubblico.

Oggi ci serve una norma "transitoria lunga" per andare oltre il *it et nunc* della 180 e progettare in progress un altro futuro.

Anche qui desidero ribadire il mio omaggio e la mia gratitudine al demiurgo, quindi a Basaglia, che mi ha insegnato cosa sia soprattutto il "coraggio riformatore" senza il quale probabilmente anche questo articolo non sarebbe stato possibile.

Desidero infine rivolgermi al PD, a psichiatria democratica, al collegio dei DSM, a tutti i servizi e dire loro che il rischio di rompere con le famiglie oggi è sempre più forte. È una alleanza alla quale se vogliamo andare avanti con le riforme non possiamo in alcun modo rinunciare. Ma è un'alleanza che bisogna rinnovare se non reinventare. Non ha senso parlare di liberare i malati di mente dalle istituzioni senza un accordo sociale forte con le famiglie.

La famiglia è una estensione del servizio pubblico, ma come tale va organizzata come se a sua volta fosse un "eccentrico" servizio sociale adeguatamente assistito.

Michel Foucault and Antipsychiatry: *Psychiatric Power in Perspective*

Emmanuel Chamorro, José Luís Ferraro*

ABSTRACT: This paper examines the connection between Michel Foucault and antipsychiatry, taking his 1973–1974 lectures *Psychiatric Power* as a starting point. Our analysis begins by observing how the problem of madness reemerges in Foucault’s work both because of its affinity to the currents critical of psychiatry and the transformations of the French intellectual field at the time. From this situated perspective, *Psychiatric Power* becomes particularly relevant because it allows us to connect the three fundamental problems of all Foucauldian work—knowledge, power, subjectivity—around the critical analysis of the modern political technologies.

KEYWORDS: Foucault; Psychiatry; Antipsychiatry; Psychiatric Power; Discipline

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The return of madness – 3. *Histoire de la folie* and its afterlives – 4. Discipline and psychiatry – 5. A genealogy of psychiatric power – 6. Between power and resistance: Foucault and antipsychiatry.

1. Introduction

It is well known that Michel Foucault was interested in psychology and psychiatry from his youth. Both his early works—the French edition of *Traum und Existenz*, which includes a longer introduction than Ludwig Binswanger’s own text, and *Maladie mentale et personnalité*—and the unpublished courses and manuscripts of the early 1950s bear witness to this.¹ In the context of his studies in psychology, Foucault collaborated in some psychiatric institutions such as the *Saint-Anne Hospital* or the *Centre National d’Orientation*, a center that operated as the general psychiatric hospital for French prisons. Such experiences constitute a fundamental milestone for understanding his later theoretical work and especially his first major work, *Histoire de la folie à l’âge classique*, published in 1961. More than a decade later, Foucault would return to the questions raised there from a new perspective. Thus, in the 1973–1974 and 1974–1975 courses—*Le pouvoir psychiatrique* and *Les anormaux*—he addressed the problem of madness, by his own admission, where he had left off, but starting from a new framework of analysis defined by the study of disciplinary power that he had been constructing since the end of the 1960s.

* Emmanuel Chamorro, postdoctoral researcher, Universidad Complutense de Madrid and Universidad de Sevilla, Spain. Mail: emmchamo@ucm.es. José Luís Ferraro, researcher, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul and National Council for Scientific and Technological Development, Brazil. Mail: jose.luis@pucrs.br. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ In this regard, it is worth mentioning the publication of some short texts of the time—such as “Un manuscrit de Michel Foucault sur la psychanalyse” translated by Elisabetta Basso—and the appearance in 2021 of *Binswanger et l’analyse existentielle* and *Phénoménologie et Psychologie*.

Three lines of research that Foucault had been developing since he joined the Collège de France were thus brought to fruition. On the one hand, that of the seminar parallel to the courses, which had dealt from different perspectives with the relations between the judicial apparatus and the will to know,² and which resulted in the publication of *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère...* in 1973, *Herculine Barbin dite Alexina B.* in 1978 and *Le désordre des familles* in 1982. And, on the other hand, those of the two projects announced in *L'ordre du discours*.³ The first of these, which unfolds in the twelve lessons of *Le pouvoir psychiatrique*, consists of analyzing the effects of power associated with medical, psychiatric, and sociological discourses within the penal system. The second project, which will be developed in *Les Anormaux*, aims to analyze the way in which the discourse of sexuality has been linked since the 16th century to the Christian technique of confession and is rearticulated, in the 19th century, around the knowledge and practices of medicine and psychiatry. This perspective allows Foucault to identify certain facets of modern power that the bellicose-disciplinary model developed in previous years seems unable to grasp satisfactorily and, in particular, the relevance of the therapeutic logic that covers the set of disciplinary apparatuses he had analyzed in previous courses. Thus, the diptych formed by *Le pouvoir psychiatrique* and *Les Anormaux* constitutes a bridge between the analysis of disciplinary power and that of biopolitics, and we can even find in them certain references that point to the development of the notions of governmentality and security.

2. The return of madness

As Francisco Vázquez García has pointed out, Foucault's reflections on madness constantly refer to the question "how does the existence of mental illness in a given society serve as a critique of that same society?"⁴ Thus, in *Maladie mentale et personnalité*—published in 1954—, Foucault starts from a humanist perspective influenced by Marxism that points to the possibility of a psychology "at once scientific and liberating".⁵ In 1961, when he published *Histoire de la folie à l'âge classique*, he would, on the other hand, underline the link between the birth of psychology and the Cartesian "Cogito", i.e. the division between reason and madness.⁶ Finally, despite the continuities, when in the mid-1970s he

² In the summary of his first course at the Collège de France, Foucault notes the following: "The general framework for this year's seminar was the study of penalty in nineteenth century France. It focused this year on the first developments of penal psychiatry in the Restoration period. The material used was to a large extent the text of medico-legal expert opinions given by Esquirol's contemporaries and disciples" (M. FOUCAULT, *Lectures on the Will to Know: Lectures at the Collège de France 1970-1971 and Oedipal Knowledge*, New York, 2013, 228). For its part, the 1972-1973 seminar had been entirely devoted to analysis of the case of Pierre Rivière (cf. M. FOUCAULT, *The Punitive Society: Lectures at the Collège de France 1972-1973*, New York, 2015, 263). The 1973-1974 seminar revolved around two questions: "The history of the hospital institution and of hospital architecture in the eighteenth century; and the study of medico-legal expertise in psychiatric questions since 1820" (M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, New York, 2006, 346).

³ M. FOUCAULT, *The order of discourse*, in R. YOUNG (ed.), *Untying the Text: A Post-Structuralist Reader*, Boston, 1981, 70-71.

⁴ F. VÁZQUEZ GARCÍA, *Foucault y los historiadores: análisis de una coexistencia intelectual*, Cádiz, 1987, 15. [All texts not quoted in English have been translated by the authors]

⁵ F. VÁZQUEZ GARCÍA, cit., 15.

⁶ F. VÁZQUEZ GARCÍA, cit., 15.

explored the birth of psychiatry once again, his concern would turn to the way in which psychiatry is articulated with a certain technology of power characterized as disciplinary.

This shift responds to the difficulties faced by the analysis itself, but also to the experiences that have emerged since the 1960s and which seek to problematize and politicize the psychiatric question. In this sense, antipsychiatry, psychosociology and other critical proposals constitute a fundamental pillar for understanding Foucauldian (re)elaboration of the problem of madness. And alongside them, a whole series of movements that destabilize traditional frameworks, enabling the politicization of previously forbidden spaces such as mental health, must be included. Thus, as Foucault himself explained in an interview published in 1975, it was only after 1968 that antipsychiatric studies and experiences could be linked to an analysis of power such as the one he was forging at the time:

We are trying to analyze power in a more subtle way than it has been done in the past. In general terms, I would say that the antipsychiatry of Laing and Cooper, between 1955 and 1960, represents the beginning of this critical and political analysis of the phenomena of power. I think that, up until 1970-1975, analyses of power, critical analyses, at the same time theoretical and practical, focused essentially on the notion of repression. Denouncing repressive power, making it visible, fighting against it. But, after the changes brought about by 1968, it's necessary to approach it from a different perspective; we wouldn't make any progress if we continued to pose the problem in these terms: we must pursue this theoretical and political analysis of power, but in a different way.⁷

In fact, even if Michel Foucault was not aware of the antipsychiatry movement at the time, it is not difficult to discover the affinity that connects *Histoire de la folie à l'âge classique* and the works of David Cooper, Ronald Laing, Franco Basaglia or Thomas Szasz.⁸ In Nikolas Rose's opinion, this is due to the convergence of two factors: on the one hand, the reconfiguration of psychiatry at the time, and on the other, the shared gesture of reconstructing the dialogue that the emergence of mental illness had broken off between psychiatry and its subjects.⁹

⁷ M. FOUCAULT, *Asiles. Sexualité. Prisons*, in *Dits et écrits: II 1970-1975*, Paris, 1994, 773-774.

⁸ In the aforementioned 1975 interview, Foucault explains this mutual ignorance: "When I wrote *Histoire de la folie à l'âge classique*, I didn't know the work of Laing and Cooper. And they didn't know my work. My book was published in France in 1960. Laing's and Cooper's first books must have appeared in 1958-1959, and it was Cooper who translated my book into English. These are contemporary works, but we didn't know each other." M. FOUCAULT, *Asiles. Sexualité. Prisons*, cit., 774.

⁹ cf. N. ROSE, *Foucault, Laing et le pouvoir psychiatrique*, in *Sociologie Et Sociétés*, 38(2), 2006. We can trace this Rose's thesis as early as the preface to the first French edition of *Histoire de la folie à l'âge Classique*—removed from further editions—in which Foucault states: "In the midst of the serene world of mental illness, modern man no longer communicates with the madman: on the one hand, there is the man of reason who delegates the physician in the direction of madness, thereby only authorizing a relationship through the abstract universality of illness; on the other, the man of madness who communicates with the other only by the intermediary of an equally abstract reason embodied in order, physical and moral constraint, the anonymous pressure of the group, and the requirements of conformity. As for a common language, there is none; or rather, there is no longer; the constitution of madness as mental illness, at the end of the eighteenth century, affords the evidence of a broken dialogue, posits the separation as already acquired, and thrusts into oblivion all those imperfect words, without a fixed syntax, and a little stammered, through which the exchange of madness and reason took place. The language of psychiatry, which is a monologue of reason on madness, was able to establish itself only on the basis of such a silence" (M. FOUCAULT, *First preface to Histoire de la folie à l'âge classique (1961)*, in *Pli: The Warwick Journal of Philosophy*, 13, 2002, 2).

If we consider this characterization, the analyses in *Histoire de la folie à l'âge classique* and the anti-psychiatrists would have emerged at a time when the medical field was undergoing a profound reorganization that implied a definitive break with asylum psychiatry and the emergence of another one focused on intervention, prevention and the extension of mental health, articulated around psychotherapies.¹⁰ This shift, which breaks with the logic of the asylum, was not intuited in his work of the 1960s, but it is directly reflected in Foucault's analyses of psychiatric power in the 1970s.

Finally, although Rose does not emphasize this, a third affinity between *Histoire de la folie à l'âge classique* and antipsychiatry could be noted in the proximity of both to the intellectual framework of "existential analysis" and "phenomenological psychiatry"¹¹—from which they would later move away. In any case, as we can see, the link between *Histoire de la folie à l'âge classique* and the antipsychiatry movement remains circumstantial—since it refers more to a shared context than to a mutual influence. A situation that would change ten years later when Foucault himself acknowledged his debt to antipsychiatry and identified it as a vector of "the insurrection of subjugated knowledges".¹² Thus, despite the methodological and conceptual distance that separates them, the genealogy of pathologization that we find in *Le pouvoir psychiatrique* and *Les Anormaux* shares a central feature with the antipsychiatric critique: the questioning of the relations of knowledge and power that confer on the psychiatrist the authority "to decide on the mental state of an individual".¹³

Laing and Cooper introduced a new way of relating to madness, which is no longer a psychiatric and medical one. The idea that madness is a disease is historically recent. The madman did not have the status of a patient until around the 18th century. And, when he did become a patient about this time, there was an appropriation of medical power over madness, and a series of phenomena were associated with it: essentially, behavioral abnormalities, sexual abnormalities, etc. What Laing, Cooper and Bettelheim did, what Szasz did, in his own way, was to cease approaching these phenomena of behavioral irregularities from a medical perspective. Being mad, for Laing and Cooper, is not a way of being ill. For psychiatry, this represented a very important break.¹⁴

In fact, the affinity between the two proposals is such that in *Le pouvoir psychiatrique* Foucault will use the term "antipsychiatry" to designate not only the current that arises around Laing, Cooper or Basaglia, but "everything that calls into question the role of the psychiatrist previously given responsibility

¹⁰ N. ROSE, cit., 115-116.

¹¹ In an interview in 1978, Foucault himself will give an account of this affinity: "My reading of what was called 'existential analysis' or 'phenomenological psychiatry' was important for me during the time I was working in psychiatric hospitals and while I was looking for something different from the traditional schemas of psychiatric observation, a counterweight to them. There's no doubt that those superb descriptions of madness as unique and incomparable fundamental experiences were important. And I believe that Roland Laing was impressed by all that as well; for a long time, he also took existential analysis as a reference (he in a more Sartrean and I in a more Heideggerian way). But we moved on to other things. Laing developed a colossal project connected with his work as a doctor; together with David Cooper, he was the real founder of antipsychiatry, whereas I only did a critical historical analysis. But existential analysis helped us to delimit and get a better grasp on what was heavy and oppressive in the gaze and the knowledge apparatus of academic psychiatry" (M. FOUCAULT, *Interview with Michel Foucault*, in J. FAUBION (ed.), *Essential Works of Foucault (1954-1984), Volume 3: Power*, New York, 2000, 257-258).

¹² M. FOUCAULT, "*Society Must Be Defended*": *Lectures at the Collège De France 1975-1976*, New York, 2003, 7.

¹³ M. FOUCAULT, *Le monde est un grand asile, Dits et écrits: II 1970-1975*, Paris, 1994, 433.

¹⁴ M. FOUCAULT, *Asiles. Sexualité. Prisons*, cit., 774.

for producing the truth of illness within the hospital space”.¹⁵ Thus, as we shall see, Charcot’s hysterics will be defined as “the true militants of antipsychiatry”.¹⁶ because their gesture questions the knowledge that legitimizes psychiatric power.

In this sense, our author sets as his critical objective the breaking of the circular ties that link subject, madness and power and, embracing the strongest—and, as we shall see, problematic—theses of the antipsychiatrists, he goes so far as to claim the possibility of “giving the individual the task and right of taking his madness to the limit, of taking it right to the end, in an experience to which others may contribute, but never in the name of a power conferred on them by their reason or normality”.¹⁷

3. *Histoire de la folie* and its afterlives

In an interview published in March 1972, Foucault had asserted that continuing *Histoire de la folie à l’âge classique* up to the present¹⁸ was pointless because he preferred that his research could be useful for concrete struggles—as he was doing with his genealogy of punitive mechanisms in relation to prison riots.¹⁹ Somehow, however, the displacements just mentioned and the analysis of disciplinary power itself seem to drag him into it, immediately revealing its political utility. The study of disciplines developed especially in *La société punitive* had shown that, although this power pervades economic relations and is essential to the development of the capitalist mode of production, economics cannot explain the complexity of its functioning. Thus, as a complement to this power which aims to maximize the utility of individuals in their coupling to industrial production, there appears another logic which refers rather to domestication, and which is based on the—non-economic—partition between the normal and the abnormal. It is precisely this vector that makes Foucault look again at the birth of psychiatry. In this sense, the experiences of the *Groupe d’information sur les asiles (GIA)* and antipsychiatry constitute two fundamental milestones for understanding the new perspective of analysis presented by Foucault in both *Le pouvoir psychiatrique* and *Les Anormaux*. The 1973-1974 course thus picks up where *Histoire de la folie à l’âge classique* had left off, with the latter, and especially its archival work, functioning as a background to the new genealogy of psychiatric power.²⁰ This return to the problems of *Histoire de la folie à l’âge classique* also has to do with what Robert Castel has identified as a second reading of the 1961 work—this time a political one—made possible by the events of May ‘68 and the transformation of the French intellectual field.²¹ In such circumstances, the politicization of mental suffering means that madness is represented in certain circles as the quintessence of capitalist domination, the concentrated form of a capture of desire that cuts across all social relations. It is, however,

¹⁵ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège De France 1973-1974*, cit., 342.

¹⁶ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 254.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 346.

¹⁸ As he confirmed in another interview with Colin Gordon and Paul Patton in 1978, however, in its original design, *Histoire de la folie à l’âge classique* had been conceived as the first chapter of a work that was to reach up to the present (cf. M. FOUCAULT, *Considerations on Marxism, Phenomenology and Power. Interview with Michel Foucault*, in *Foucault Studies*, 14, 113).

¹⁹ Cf. M. FOUCAULT, *The great confinement*, in K. THOMPSON and P. ZURN (eds.), *Intolerable: Writings from Michel Foucault and the Prisons Information Group (1970-1980)*, Minneapolis, 2021, 271-272.

²⁰ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 12.

²¹ R. CASTEL, *Les aventures de la pratique. Le Débat*, vol. 41, n° 4, 1986, 44.

an attribution that extends to many of the figures considered “marginal” at the time—immigrants, prisoners, prostitutes, homosexuals, the insane...—and which in Foucault’s milieu will be translated around the problem of prison, considered by him as the concentrated expression of disciplinary power.²² Even if it declined in different ways, this vocation to shed light on the “black boxes”²³ of our societies and to place the margins at the center of reflection and political action meant that the link between the *Groupe d’information sur les prisons (GIP)* and the *GIA* arose almost spontaneously.

However, Castel—who shared much of Foucault’s political trajectory—also points to a crucial difference between the struggle against prisons and against asylums, which in his opinion was a determining factor in Foucault’s not participating in the latter with the intensity with which he militated in the *GIP*, despite his affinity with its proposals and his concern for the issue. Castel’s explanation, beyond psychological or biographical considerations, points to a radically political question: the differences between the way in which the demands of the prisoners’ movement and those of the field of psychiatry are articulated. Foucault is involved in the *GIP*, Castel argues, because even at times when prisoners cannot be given a direct voice, the demands that have been collected from them are minimally mediated by the discursive and refer to the everyday life of those who experience the situations denounced. On the contrary, in Castel’s view, the demands of the struggles against psychiatry, perhaps due to the very complexity of the field in which they developed, were much less concrete and involved very different perspectives that were not always reconcilable: “Defense of patients’ interests, romantic exaltation of madness, denunciation of the class character of psychiatric practice, theoretical criticism of coercive institutions, search for a practice of alternative care, etc.”²⁴

All these circumstances meant that Michel Foucault’s return to *Histoire de la folie   l’ ge classique* in 1973 took place from a different perspective, which obliged him to underline certain shifts in the first lecture of the course. The most important of these, as the author himself points out, will consist in the fact that the object of analysis will not be the representation of madness—which had confined his work to the margins of the history of thought—but the dispositifs of power that traverse it. The aim, then, is to make visible the relations, the fields of power and knowledge that are implicated in the emergence and development of psychiatry in the 18th and 19th centuries, and which have made it function since then as a police science in which psychiatrists appear as “functionaries of social order”.²⁵ From this perspective, converging as we shall see with the antipsychiatric critique, what appears at the heart of psychiatry is no longer a discourse, but a power relation. Thus, as the course editor points out, it is no longer a question of denouncing the operation through which psychiatry would conceal the conditions of mental illness—reference to *Maladie mentale et personnalité*—, nor of analyzing why the madness/reason partition implied the confinement of the mad—reference to *Histoire de la folie   l’ ge Classique*—, but “history is used to bring to light obscure relations of continuity which connect

²² M. FOUCAULT, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, New York, 1995, 255.

²³ M. FOUCAULT, *GIP Manifesto*, in K. THOMPSON and P. ZURN (eds.), *Intolerable: Writings from Michel Foucault and the Prisons Information Group (1970-1980)*, Minneapolis, 2021, 64.

²⁴ R. CASTEL, *Les aventures de la pratique*, cit., 47.

²⁵ M. FOUCAULT, *Confinement, Psychiatry, Prison*, in *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings, 1977-1984*, New York, 1990, 180.

our present apparatuses to old bases linked to a given system of power, with the aim of isolating objectives of struggle”.²⁶

On the other hand, in addition to rejecting the perspective of representation, Foucault identifies several problems with his previous approaches to the question of madness. Firstly, he will contest the use of the notion of “violence” as a descriptor of psychiatric power relations. He points out that it was a mistake to place this concept at the center of his analysis, not because psychiatry responds to a humanist model, but because it cannot grasp the concreteness of the power it exercises. The term “violence”, in this model, would have made it possible to understand psychiatric practice in its bodily dimension, but it also introduced a dynamic of irregularity and chance that Foucault believes is not present in this form of exercising power. In this sense, he will now argue that psychiatry sets in motion a calculated and rational action on the subject that institutes a “microphysics of bodies”.²⁷

Secondly, Foucault also rejects the notion of “institution”—taken from Erving Goffman’s *Asylums*—because he understands that the analysis must go beyond what happens inside the asylums, since the relations of subjugation that psychiatry sets in motion go beyond such frameworks. Psychiatric power, and not the hospital, will be the focus of this approach because it is against this background of power relations that the institution emerges.

Finally, Foucault also breaks with the analysis centered on the family model—one of the conclusions of *Histoire de la folie à l’âge classique*—and the state apparatus. The family constitutes a fundamental element in the development of disciplinary power, but precisely because it embeds within it a dispositif of absolute, sovereign power, which allows the new controls to be extended capillary. However, throughout the two courses of 1974 and 1975, Foucault will not only renounce the idea that psychiatry reproduces the variegated family structure of modernity, but he will invert it by proposing that it actually appears as a consequence of the controls that psychiatry institutes around infantile sexuality. With respect to the notion of “state apparatus”—of a clearly Althusserian ascendancy and which constitutes one of the critical objectives of the analytic of power—Foucault will argue that it does not allow us to grasp the functioning of psychiatric power because “it is much too broad, much too abstract to designate these immediate, tiny, capillary powers that are exerted on the body, behavior, actions, and time of individuals”.²⁸

4. Discipline and psychiatry

Therefore, in 1973, with a knowledge of antipsychiatry and other critical currents and experiences, Foucault reintegrated, as already announced, the history of psychiatry within the framework of the study of disciplinary power. *Psychiatric Power* thus proposes an approach to the disciplines that continues the work of *La société punitive*, but from a new perspective no longer concerned with analyzing the way in which the punitive apparatus contributes to fixing subjects to production, but rather how psychiatry throughout the 19th century contributed to the development of a technology of domination

²⁶ J. LAGRANGE, *Course context*, in M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 350.

²⁷ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 14.

²⁸ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 16 [*].

based on the normal/abnormal distinction. This asylum power will intertwine with the different disciplinary institutions, fixing dysfunctional subjects within them and extending beyond their walls the sanctioning power of the partition it establishes. Thus, if the study of the connection between confinement and the productive apparatus revealed the way in which disciplines forged useful individuals, the genealogy of psychiatry allows us to understand how they also produce docile individuals—the two crucial dimensions of modern political technology according to the analysis deployed in *Surveiller et punir*.

Consequently, it is not so much a rupture as a new approach to a polyhedral reality, i.e. the deciphering of a dimension that disciplinary-punitive analysis could not account for. In this sense, even if it is true that the reference is displaced and neither the birth of the working class nor the new mode of production guides the research, psychiatric power does not appear as a reality independent of this process: “It seems to me that all these constraints that take man from the nursery and school and to the old folks home, by way of the barracks, all the while threatening him with prison or the psychiatric hospital — “Either you are going to the factory, or you will end up in prison, or in the lunatic asylum!” — these constraints point to the same system of power”.²⁹

On the other hand, the Foucauldian reconstruction focuses on the connection between madness and criminality, showing how the question “is this a madman or a criminal?” is introduced at a specific moment in the development of the modern penal system. This issue will work as a trigger for the colonization of the punitive apparatus by psychiatry. The starting point, then, of this shift in his research from the merely disciplinary is related to the fact that, for Foucault, psychiatrists imposed themselves on criminal practice around 1830 by introducing madness into every crime and criminal suspicion into every imbalance.³⁰ Consequently, at the heart of the disciplinary apparatus will appear a circular relationship between knowledge and domination in which psychiatric and disciplinary power feedback into each other permanently.

Once again, starting from its opposition to the dynamics of sovereign power, Foucault describes disciplinary technology as exhaustive, preventive, microphysical and isotopic. Around it is articulated a new logic of individuation that inverts the sovereign pyramid, as power is exercised in an anonymous and decentralized way. What is important, therefore, is the function and not the individual who performs

²⁹ M. FOUCAULT, *Prisons and Revolts in Prisons*, in K. THOMPSON and P. ZURN (eds.), *Intolerable: Writings from Michel Foucault and the Prisons Information Group (1970-1980)*, Minneapolis, 2021, 314.

³⁰ cf. M. FOUCAULT, *Table ronde sur l'expertise psychiatrique*, in M. FOUCAULT, *Dits et écrits : II 1970-1975*, Paris, 1994, 664-665. Foucault explicitly analyses the link between psychiatry and modern legal system in *Les Anormaux* although it is also an important topic in *Surveiller et punir*, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère...*, *Herculine Barbin Dite Alexina B.*, and other works of that time. They describe the way in which psychiatric logic is embedded within the punitive system, shifting the focus from the infraction of the code to the irregularity of the norm and transforming the law into a mechanism for normalizing behaviors and subjects. Thus, from the 19th century onward, psychiatry imposes its discourse on the law, shaping judicial processes and practices of social control. Consequently, psychiatry comes to be used not only to determine the degree of criminal responsibility but also to define the criminal itself, directly influencing the punitive apparatus. It is impossible to understand the birth of “criminal science” without considering the influence of medical-psychiatric knowledge on the judicial system, which is deployed through characters such as abnormal, criminal, dangerous individual, or monster. This analysis was subsequently developed by researchers close to Foucault and has inspired a whole field of studies on the intersection between psychiatry and law. cf. R. CASTEL. *L'Ordre psychiatrique : L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, 1977.

it—which is ultimately interchangeable. Consequently, the political task of those who confront it is not to free the subject from external bonds—as certain Freudian-Marxist readings would have it—but to analyze the mechanisms of power through which the subject has been subjugated: “Actually, right from the start, and in virtue of these mechanisms, the individual is a normal subject, a psychologically normal subject; and consequently desubjectification, denormalization, and depsychologization necessarily entail the destruction of the individual as such”.³¹ In this way, the genealogy of the discipline seeks a new understanding of this recent invention that is man from a different perspective than that of *Les mots et les choses*.

On the other hand, as has already been pointed out, Foucauldian genealogy continues to focus on the birth of capitalism as a fundamental piece in understanding the form of modern power. In this sense, elements such as the workhouse or the organization of workers’ towns reappear as central dispositifs in the history of disciplines. Here again we find a complex reading of the emergence of this technology of power which, as he had already argued in *La société punitive*, attempts to respond not only to the political but also to the economic and social challenges of the time.

However, despite its specificity, within the disciplinary model there is a sovereign institution which, as we have already noted, is indispensable for its development: the family. In Foucault’s opinion, this institution—which corresponds to the pyramidal form of the exercise of monarchical power—would have functioned as a hinge, appearing as “the instance of constraint that will permanently fix individuals to their disciplinary apparatuses”.³² The sovereign power of the family operates, then, as an addition to disciplinary coercion, reinforcing its capacity for subjugation. Thus, for example, it will play a fundamental role in the constitution of the workforce, so that both the public authorities and the employers themselves will make a strenuous—and not directly economic—effort to re-familiarize the working class.

However, in the mid-19th century, a new disciplinary universe appeared, consisting of institutions such as orphanages, foster homes or homes for juvenile delinquents, which represented an embryonic form of social assistance and would fulfil a function analogous to that of the family. It is precisely in this movement by which certain state or para-state institutions try to fill the vacuum caused by the crisis of the family that the “psi function” emerges. From this perspective, psychiatry, psychopathology, psychosociology, psychocriminology or psychoanalysis will form part of this complex dispositif that is trying to relieve the sovereign force of the family as a mechanism of subjection to the disciplinary apparatus. The thesis of *Le pouvoir psychiatrique* is that this psi function, which was born as a counterpart of the modern family—although it will permanently refer to it—will be extended as an instrument against indocility, until it becomes the common discourse of all disciplinary systems at the beginning of the 20th century.

5. A genealogy of psychiatric power

Psychiatric power thus relieves the sovereign force of the family in order to try to ensure, through other means, the framing of subjects in disciplinary dispositifs. So much so that the asylum dynamic

³¹ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 57.

³² M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 81.

will be presented as incompatible with its authority, so that the suspension of family ties and the construction of a new type of relationship within the institution will appear as a condition for the possibility of healing. In such a context, therapy is conceived, in the first place, as a process linked to the conditions of the asylum: “In the hospital it is the hospital itself that cures”.³³ And what invests the hospital with such curative power is the establishment of a certain relationship of power linked to permanent and anonymous surveillance, isolation and punishment that function as instruments of psychic orthopedics.

From this perspective, the fundamental aim of disciplinary systems in the 18th century would have been—as Foucault had argued at length in *La société punitive*—to organize the mass of workers in order to adjust them to the demands of production and control. However, this function of integration into the new economic and political organization is not unlimited and constantly generates anomalies, illegalities and irregularities. The originality of this approach lies in understanding how this excess, this marginal mass, can be organized to turn it into “a source of profit on the one hand, and of the reinforcement of power on the other”.³⁴ Thus, disciplinary technology will set in motion a whole range of practices around the management of illegalism with the aim of capturing that which it apparently expels.

Family, however, will return to the heart of the dispositifs of psychiatric power through an innovation linked to another form of profit: the appearance of private health care homes. As a result of their implementation, psychiatrists will be able to charge for the individuals hospitalized, establishing a whole series of new conditions in relation to the family and setting as a new objective of the cure the re-familiarization of the patient. Since the aim is to make the individual fit for family life again, their logics will be introduced into the asylum institution and, at the same time, disciplinary techniques will cross the family so that it “will begin to substitute for this sovereign function of the name the psychological function of the designation of abnormal individuals, of the abnormalization of individuals”.³⁵ Foucault detects, then, in the second half of the 19th century, and fundamentally around the problem of infantile sexuality, a transfer between the sovereign dispositif of the family—now disciplinarized—and disciplinary institutions such as the school, the hospital or the military quarters.

Foucault develops his genealogy of psychiatric power—a new history of the science of madness—from this technological analysis. Comfortable with questioning conventional schemes and explanations, he does not situate the founding moment of psychiatry in the removal of the chains that held the insane in *Bic tre* ordered by Pinel. This strange privilege falls on a more intimate scene that took place at the English court at the end of the 18th century. Thus, our author recovers, through Pinel himself, the account of Sir Francis Willis, physician to George III of England.³⁶ The British monarch, who had already shown signs of mental disorders before, fell into a deep state of alienation in 1788. To facilitate his cure, the royal family authorized Willis to treat him as he saw fit and he decided to isolate him in a palace far from the court. There, protected by two guards, he will be subjected to corrective treatment

³³ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 101.

³⁴ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 110. This will be the thesis that Foucault will develop around the relationship between prison and delinquency in *Discipline and Punish*.

³⁵ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 114.

³⁶ This was turned into a play and then into a film by Alan Bennett under the title *The Madness of George III*.

that begins—and this is what interests Foucault most—by making explicit an inversion of the power relationship, so that, in a first quasi-ritual encounter, the doctor informs the imprisoned monarch that “he is no longer sovereign, but that he must henceforth be obedient and submissive”.³⁷ For our author, this ceremony of dismissal represents the birth of psychiatric science.

In this way, monarchical power—decapitated by madness and deposed by the doctor—will be relieved not by another sovereign force, but by a kind of discrete, distributed and mute power that individualizes the body it seeks to subdue. A power that will no longer dismember or hang, but contain and straighten, and that transitions from the irregular and pyramidal macrophysics of sovereignty to the regular and anonymous microphysics of discipline.

Foucault points out that until the 18th century madness was tolerated because it was associated with an error that, in some way, affects all men: “it was part of all the chimeras of the world, and it was only confined when it was extreme or dangerous”.³⁸ In such circumstances, essentially two curative procedures will be established: recourse to nature—the isolation of artificial life—and its mirror image, the theatre, which institutes a game organized by the doctor in which reality and delirium are deliberately confused. This practice, still found in Pinel, was to be replaced from the beginning of the 19th century by that of the asylum, which no longer sought to cure the madman by satisfying his fantasy, but to subdue him until he himself accepted his error. The psychiatrist thus abandons the terrain of delirium to settle in that of pure reality, which must be imposed on the patient. Consequently, psychiatric power appears as “that supplement of power by which the real is imposed on madness in the name of a truth possessed once and for all by this power in the name of medical science, of psychiatry”.³⁹

This circular reference to truth and reality—as cause and effect of its power—imposes on psychiatry a permanent concern for its scientific status from which two types of discourse will emerge. On the one hand, a nosological discourse that defines madness as an illness and tries to establish, on that basis, a whole categorization and ordering of mental illnesses. On the other, an etiology centered on the search for its causes or organic correlates. However, Foucault affirms that the psychiatric practice of the time accompanies the emergence of these discourses that it somehow needs to legitimize itself but ignores them. Psychiatry uses them as a guarantee of truth, that is, of scientificity, but its practice is guided by a genuine concern for power. From this perspective, simulation constitutes the great challenge of psychiatry in the 19th century. Thus, from the Salpêtrière’s simulators in 1821 to Charcot’s hysterics as early as 1880, the phenomenon of deception appears as a form of collective resistance that pushes psychiatric power to its limits by requiring it to address the problem of truth, which it tries to avoid.

As mentioned above, once psychiatry abandons healing through the satisfaction of delirium, it will rely solely on the game of asylum coercions. Its aim, then, will not be to treat the illness but to re-establish the power relationship that the omnipotence of madness had called into question. Thus, reality imposes itself on delirium not through fabulation, but through power. Truth, reality, medical power and discipline thus appear as an inseparable whole in Foucault’s genealogy of psychiatry, which offers a history of confinement complementary to that of *Surveiller et punir*.

³⁷ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 20

³⁸ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, in *Cités, Voyages inédits dans la pensée contemporaine*, 2010, 113.

³⁹ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 133.

The practice of confinement was absolutely contradictory to the very notion of what madness was in the 18th century. The practice of confinement began in the 19th century, at a very precise moment, when madness was perceived less in terms of its relation to error, and more in terms of its relation to regular and normal behavior. This notion of normality, of normal behavior, was to be the theoretical correlative of the practice of confinement. At the beginning of the 19th century, madness was defined not as disturbed judgment, but as a disorder in the way of acting, in the way of wanting, in the way of having passions, of experiencing feelings, in the way of making decisions, etc.: madness would no longer be considered on the great axis of truth-error-conscience; it was to be situated on a completely different axis: that of passion-will-freedom.⁴⁰

The key to psychiatric power does not lie, however, in its link with confinement, but in the parallel movement of generalization through which it spreads from the asylum to other institutions on the basis of the distinction between the normal and the abnormal.⁴¹ As already mentioned, at the heart of this displacement is the psychiatrization of childhood which, over the decades, allows for the construction of a whole topology of abnormality based on an evolutionary scheme of human capacities whose differences will eventually be subsumed under the all-encompassing category of “alienation”. This is the culmination of the apparently contradictory process of theoretical distinction and therapeutic indifferenciation between the ailment of the madman, which refers to an absolute diagnosis, and that of the idiot, which responds to a differential diagnosis.

We are thus faced with a game that links adult alienation and infantile abnormality through which—Foucault concludes—“psychiatry becoming something infinitely more general and dangerous than the power that controls and corrects madness; it is becoming power over the abnormal, the power to define, control, and correct what is abnormal”.⁴² This link between psychiatric power and abnormality is the condition of possibility of its extension to the whole disciplinary field. Thus, from the moment they fit together, psychiatry will permeate the whole disciplinary organization and will be able to take charge of all the abnormalities that arise in the school, the military quarters or the family.

And it will do so by linking certain epistemic considerations and practices of power. Foucault thus intends to show that the history of psychiatry unfolds in the nineteenth century on the basis of a struggle between the “truth-thunderbolt” of the event and the “truth-sky” of scientific demonstration. In this context, the replacement of event-truth by demonstration-truth has to do with the expansion of the examination—the privileged instrument of disciplinary knowledge—and the unsuccessful attempt to abandon this wild and irregular truth constituted around the “medical crisis”.⁴³ Parallel to this process, the well-known thematization of madness in terms of dangerousness appears. Thus, at the moment

⁴⁰ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 114.

⁴¹ In a 1977 interview already mentioned, Foucault clarifies that it is not a project developed in phases: first a psychiatric power and then its social extension. On the contrary, psychiatry—and this conclusion is supported by the work of Robert Castel—is born with a social vocation: its function is the maintenance of the social order and psychiatrists are the functionaries of this order. cf. M. FOUCAULT, *Confinement, Psychiatry, Prison*, in *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings, 1977-1984*, cit., 180-181.

⁴² M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 221.

⁴³ The medical crisis is a mechanism by which the doctor himself provokes the appearance of the illness through the institution of a ritual that responds to certain norms. Such an action allows him to apprehend the illness, which occurs only in certain circumstances.

when psychiatry finds impossible to base its power on medical knowledge—due to its incapacity to institute differential diagnostic mechanisms similar to those of pathological medicine—it will try to do so by presenting itself as a defense mechanism of society.

To solve the problem created by the convergence of these two factors—the difficulty of establishing a medical-psychiatric truth and the thematization of madness as a social danger—psychiatry gave rise to a new form of medical crisis consisting not in reproducing its conditions, but in creating the illness. The psychiatrist no longer becomes the master of truth who plays at satisfying the madman's delirium to cure him, but the master of the reality of his madness. Thus, the logic of absolute diagnosis does not produce a crisis of truth, but a crisis of reality whose aim is to impose the existence of the illness: "The psychiatric hospital exists so that madness becomes real, whereas the hospital's function tout court is both knowing what the illness is and eliminating it".⁴⁴

On this idea that the psychiatric hospital is the factory of madness, the framework of what Foucault identifies as an "institutional critique" is built. A perspective from which, however, Foucault distances himself because he understands that madness does not depend so much on the institution as on the power relations that make it possible. From this perspective, the great problem of psychiatry throughout the 19th century would have consisted precisely in making madness emerge in an institutional-disciplinary context that tries to suppress symptoms. Foucault's approach thus goes beyond institutional denunciation to the processes of psychiatrization that take place outside the asylum. He can thus move from a critique of asylum power to a critique of psychiatric power, which is the central object of the course.

6. Between power and resistance: Foucault and antipsychiatry ⁴⁵

From these coordinates we can glimpse the reasons that lead the Poitiers scholar to define the epidemic of hysteria in the 19th century as a resistance movement. If the asylum had ensured that this dual psychiatric and disciplinary power took perfect form in dementia—madness without crisis—hysteria, on the other hand, inverted the equation, taking the recreation of the symptom to such an extreme that it made it impossible to identify madness. The hysterics, as already mentioned, appear then as the first militants of antipsychiatry because the magnificence of their symptoms allows them to evade the reality of their illness. This link between Charcot's hysterics and antipsychiatry is not accidental, nor should it be understood as a simple leftist wink but touches the very heart of the Foucauldian project of the time: the analysis of the relationship between power, knowledge and subjectivity within psychiatry.

⁴⁴ M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 252.

⁴⁵ In this reconstruction of Foucault's reading of antipsychiatry, we will rely in particular on two texts from 1973. The first of these is the lecture given on 9 May in Montreal, entitled *Histoire de la folie et antipsychiatrie*. This intervention, first published in 2010 by the journal *Cites*, corresponds to the work that Foucault presented at a meeting organized by Henri Ellenberg under the title "*Faut-il interner les psychiatres?*". The second text of reference is the summary of the course which accompanies the edition of *Psychiatric Power* and which, as is well known, Foucault prepared after its completion for the *Collège de France* yearbook. Much of this summary is an adaptation of the Montreal text, guided by the same critical aim but with some important modifications.

In the second half of the 19th century, we find the Pasteurian revolution which, based on the suspicion that it is the doctor himself who spreads illness among patients, provokes a whole transformation of the hospital space. Foucault's hypothesis is that the crisis of psychiatry begins with an analogous suspicion: that Charcot is not making the truth of illness appear but creating it artificially.⁴⁶

Both in the Montreal conference of 1973 and in the summary of *Psychiatric Power*, Foucault points out that a first form of "antipsychiatry"⁴⁷ emerged at this time, which responds precisely to this challenge and proposes the need for a "depsychiatrization" of mental medicine. Its aim would be to reduce to a minimum the doctor's surface of contact with the truth of madness to maximize his effect of power over the patient. Thus, appears the pretension of establishing a "psychiatry of zero production"⁴⁸ that tries to replace the Charcotian theatre with an aseptic psychiatrization that takes the form of psychosurgery or pharmacological psychiatry.

At the same time, between the end of the 19th and the beginning of the 20th century, a second form of antipsychiatry appeared, which functioned as the reverse of the first and whose objective was not to multiply the asylum power of the doctor, but his capacity to produce truth. In this way, psychiatry breaks with the asylum in order to avoid the distortions generated by medical over-power by inaugurating a type of relationship that will be qualified as contractual and which refers, of course, to psychoanalysis.⁴⁹ With the silencing of the psychiatrist that it implies, psychoanalysis would try to defuse the Charcotian threat: if there is deception, it is, in any case, self-deception on the part of the patient. Consequently, psychoanalysis breaks with asylum logic, but not with psychiatric power.⁵⁰

To these two forms of antipsychiatry Foucault will oppose, in the first place, the current that is usually identified as that term and to which the aforementioned authors—Laing, Coper, Szasz...—belong. This current will not question the truth of the diagnosis, but the authority of the doctor, breaking the psychiatric equation on the side of power, since it is understood that the doctor will stop producing the illness and its truth as soon as these are in the hands of the patient. Thus, antipsychiatry conceives madness as "the task that the patient has to accomplish, what he has to get through, the place he has to get to".⁵¹ In this way, Laing and Cooper's psychotherapy aims to ensure that the patient can reach

⁴⁶ Cf. M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 116.

⁴⁷ At the Montreal conference, he will offer a definition of the term that may be useful to follow the argument we are presenting: "I believe that there are, in fact, so many different kinds of antipsychiatry as possibilities to modify the power relationship that exists and that has been historically established between the psychiatrist, the patient and the production of madness in its truth". M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 118.

⁴⁸ M. FOUCAULT, *Course summary*, in *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 342; *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 11.

⁴⁹ In an interview on the work of Thomas Szasz Foucault will return to this question and point out that "without psychoanalysis, our criticism of psychiatry, even from a historical perspective, would not have been possible". M. FOUCAULT, *The Social Extension of the Norm*, in S. LOTRINGER (ed.), *Foucault Live: Collected Interviews, 1961-1984*, 198.

⁵⁰ cf. M. FOUCAULT, *Folie, une question de pouvoir*, in M. FOUCAULT, *Dits et écrits: II 1970-1975*, Paris, 1994, 661. Moreover, Foucault, following in the wake of Deleuze and Guattari's *Anti-Oedipus*, denounces in *Psychiatric Power* the powerlessness of psychoanalysis to critique disciplinary power because it would reproduce within itself the family structure that sustains it. From this perspective, psychoanalysis appears as "the most 'family discourse' of all psychological discourses" (M. FOUCAULT, *Psychiatric Power: Lectures at the Collège de France 1973-1974*, cit., 87).

⁵¹ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 120.

the bottom of his own madness in order to get out of it. It is not a matter of renouncing therapy, but of making it possible for the patient to be an active agent in it, for immersion in madness to be voluntary. His proposal is not simply to depsychiatrize madness, but to demedicalize it: “an antipsychiatry, consequently, in which the power relationship is reduced to zero”.⁵²

Foucault identifies this critical gesture with his own by pointing out that the fundamental feature of this form of antipsychiatry is that it places the question of power at the center of its analysis, going beyond mere institutional critique. In fact, in the Montreal conference, our author characterizes the rupture that antipsychiatry introduces not only with an institutional, epistemic or political transformation, but an ethnological, civilizational one.

The problem raised by this kind of demedicalization of madness, this organization of a test of madness in which medical power would be reduced to nothing, well, this demedicalization doesn't simply involve, I believe, an institutional reorganization of psychiatric institutions; it's certainly more than just an epistemological break, perhaps even more than a political revolution; it's a question that should be framed in terms of an ethnological rupture. It may not simply be our economic system, nor even our contemporary form of rationalism, but rather our entire immense social rationality as it has been historically threaded since the Greeks. This is perhaps why we are currently reluctant to validate, at the very heart of our society, an experience of madness that would be a truth test not controlled by the medical power.⁵³

In this Montreal conference, a last form of antipsychiatry appears which is not mentioned in the summary of the course and which, together with the previous one, would form part of this civilizing struggle. This is the current that Foucault identifies with the work of Basaglia in Italy and Guattari in France. What distinguishes them from the antipsychiatry of Laing or Cooper is that domination in the field of madness does not only refer to the relationship between doctor and patient but is itself invested by power relations that precede psychiatric practice itself. Madness is itself an effect of power, so that the suspension of hierarchical doctor-patient relations is not enough to address the problem of mental illness, which would require a radical social transformation that would be tasked with “the political destruction of all those power relationships, whether those that have made madness possible or those that are exercised against madness”.⁵⁴

This questioning seems to be based on an “anarchist” vision that would suggest that these power relations can at least be put in abeyance. An understanding of power relations around which a certain romantic image of madness is also constructed, which can distort the analysis. In fact, this is a problem that Foucauldian research is constantly confronted with because its successive objects of study are situated on the margins, in that grey zone of the social that can generate both emancipatory and reactionary forces.

However, this temptation, which could be traced in the Poitiers writer's praise of antipsychiatry, is carefully avoided both in the course of 1973-1974 and on other occasions.⁵⁵ So much so that the only

⁵² M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 121.

⁵³ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., pp. 121-122.

⁵⁴ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 122.

⁵⁵ In this sense, it is worth recalling Foucault's words in a 1976 interview on Szasz's work, in which he stresses the seriousness of the problem of mental suffering and distances himself from any romanticization of madness: “If madness is not a mental illness charted on a nosographic table, if madness has a specific reality that shouldn't

time madness is presented as a form of resistance or counter-power is, as we have seen, around Charcot's hysterics, and the analysis of this case is much more complex than the simple opposition between domination and resistance. In this sense, one of the most important issues in Foucault's political reading of hysteria is that it points to a phenomenon that will be fundamental to understanding the shifts in his thinking from the late 1970s onwards: freedom understood as the subject's capacity to reverse and transform the subjections provoked by power relations. From this perspective, hysterics would have demonstrated—as certain practices of the workers' movement or medieval counter-conduct did in other contexts—the capacity for agency and self-subjection of the dominated in the face of a horizon of power relations that can never be completely closed.

The aim of the Montreal conference is clarifying in this sense, for by situating antipsychiatry within the framework of a struggle that goes beyond the institutional, it envisages the possibility of a questioning that addresses the three fundamental dimensions of its critical project: knowledge, power, and subjectivity.

It is undoubtedly in this alternative [between the ethnological rupture of Laing and Cooper and that of the political work of Guattari and Basaglia] that not only the trends of anti-psychiatry are currently trapped, but all attempts, no matter what they may be, that we can and must carry out to change the forms of our subjectivity, i.e., ultimately and in the last instance, the conditions of our current existence.⁵⁶

In this way, *Le pouvoir psychiatrique* and, in general, Foucault's approach to the question of mental illness in the 1970s, shows the complexity of his analysis of power and the way in which it is unequivocally linked to questions of knowledge and the subject. The 1974 and 1975 courses thus represent a crucial moment for understanding his intellectual trajectory and the shift in focus from forms of subjection to technologies of subjectivation.

By attending to his links with antipsychiatry, we can perceive more clearly the political depth of Foucauldian analysis and the way in which he seeks to question not only the institution of asylum or the practices of confinement, but also the new strategies of "soft" control of individuals' behavior. A critical perspective especially interesting when we link it to his analysis of neoliberalism as a technology of

be pathologized or medicalized, then, what is it? Anti-psychiatry is now confronting this thing that must be coded, neither in terms of mental illness nor in terms of social normativity, but, nevertheless, remains a problem. Anti-psychiatry demolishes the medicalization of madness within the institution and the conscience of doctors. But from this very fact, the question of madness comes back to us after this long colonization by medicine and psychiatry. What can we make of it? Hasty leftist discourses which are lyrically anti-psychiatric, or meticulously historical are only imperfect ways of approaching this incandescent core. With the illusion, sometimes, that from there, the 'truth', our poor truths, may be able to light up with a devouring flame. It is illusory to believe that madness—or delinquency or crime—speak to us from a position of absolute exteriority. Nothing is more interior to our society, nothing is more within the effects of its power, than the affliction of a crazy person or the violence of a criminal. In other words, we are always on the inside. The margin is a myth. The word from beyond is a dream that we keep renewing. The 'crazies' are placed in an outside space of creativity or monstrosity. And nonetheless, they are caught in the network, they are shaped and function within the mechanisms of power". M. FOUCAULT, *The Social Extension of the Norm*, in S. LOTRINGER (ed.), *Foucault Live: Collected Interviews, 1961-1984*, 197-198.

⁵⁶ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie et antipsychiatrie*, cit., 122.

indirect government, offering insights into the functioning of some of the central strategies of domination in the contemporary world.

Focus on



Infermità mentale, persone fragili e strumenti privatistici: la necessità di un approccio multidimensionale

Giuseppe Recinto*

MENTAL ILLNESS, VULNERABLE INDIVIDUALS, AND PRIVATE LAW TOOLS: THE NEED FOR A MULTIDIMENSIONAL APPROACH

ABSTRACT: This work, addressing the critical issues that have emerged two decades after the introduction of the Italian legislation on supported decision-making, seeks to critically reassess the “paternalistic” approach traditionally characterizing protective measures for individuals wholly or partially lacking autonomy. In this context, and in light of the multidimensional perspective of the *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* – recently reflected in legislative reforms and in the jurisprudence of the Supreme Court and the European Court of Human Rights – the focus shifts to embracing the “uniqueness” of each individual in their complexity as the sole path to ensuring the effectiveness of protection.

KEYWORDS: Supported decision-making; guardianship; partial guardianship; human rights and mainstreaming; multidimensional perspective

ABSTRACT: Il lavoro, muovendo dalle criticità emerse a distanza di venti anni dalla introduzione in Italia della disciplina dell’amministrazione di sostegno, mira a sottoporre a revisione critica la visione “paternalistica” rispetto alla tutela delle persone fragili, che tradizionalmente caratterizza gli istituti di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia. In questa direzione, alla luce della prospettiva multidimensionale della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, che sembra avere trovato accoglimento negli ultimi interventi normativi in materia e nella più recente giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte europea dei diritti dell’uomo, si individua nella valorizzazione della “unicità” di ogni persona umana nella sua complessità l’unica via per assicurare l’effettività della protezione.

PAROLE CHIAVE: Amministrazione di sostegno; interdizione; inabilitazione; diritti umani e *mainstreaming*; prospettiva multidimensionale

SOMMARIO: 1. I venti anni dell’amministrazione di sostegno e il “rapporto” con gli altri istituti di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia: le criticità riscontrate – 2. La promozione delle persone con disabilità ed il rilievo del *mainstreaming* – 3. La visione “paternalistica” rispetto alle persone fragili rinvenibile in altri ambiti del diritto civile – 4. L’emersione della prospettiva multidimensionale della *Convenzione delle Nazioni*

* Professore ordinario di diritto civile, Università degli Studi di Napoli “Federico II”. Mail: giuseppe.recinto@unina.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

Unite sui diritti delle persone con disabilità nell'ambito degli ultimi interventi normativi in materia e nella più recente giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte europea dei diritti dell'uomo: la valorizzazione della "unicità" di ogni persona umana nella sua complessità quale unica via per assicurare l'effettività della protezione.

1. I venti anni dell'amministrazione di sostegno e il "rapporto" con gli altri istituti di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia: le criticità riscontrate

Quest'anno ricorrono i venti anni dall'introduzione nel nostro ordinamento giuridico dell'amministrazione di sostegno ad opera della legge 9 gennaio 2004, n. 6.

Quest'ultima, come è noto, ha rappresentato un intervento legislativo particolarmente atteso, mirando a superare l'eccessiva "rigidità" dell'interdizione e dell'inabilitazione nei riguardi delle persone – comprese quelle caratterizzate da infermità mentale o da disturbi psichici –, che, in considerazione della loro condizione, necessitano di "protezione"¹.

Il tutto nell'ottica di superare il tradizionale sistema codicistico in materia, poco attento alle istanze personali degli interessati, in quanto incentrato principalmente sulla loro tutela patrimoniale. Ed, infatti, la legge n. 6 del 2004 si prefiggeva, nel novellare il codice civile, «di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente», nonché di assegnare all'interdizione un carattere residuale, anche attenuandone, unitamente all'inabilitazione, taluni caratteri².

¹ Diffusamente, *ex multis*, P. CENDON, C. COMAND, *20 anni di Amministrazione di Sostegno*, Milano, 2024, *passim* ed ivi ult. rif. bibl., anche in relazione ai tratti distintivi tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione, nonché in merito al dibattito che ha accompagnato l'approvazione della legge 9 gennaio 2004, n. 6, *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*; cfr., inoltre, P. CENDON, *Amministrazione di sostegno – a) Profili generali*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, IV, Milano, 2014, 21 ss.; R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno – b) Disciplina normativa*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, IV, Milano, 2014, 31 ss.; M. TESCARO, voce «Amministrazione di sostegno», in *Digesto Disc. priv., sez. civ., Agg.*, I, Torino, IV ed., 2007, 5 ss.

² Cass., 12 luglio 2006, n. 13584, in www.dejure.it (ultima consultazione 21/09/2024), ove, tra l'altro, si osserva che il legislatore attraverso l'amministrazione di sostegno «ha inteso configurare uno strumento elastico, modellato a misura delle esigenze del caso concreto, che si distingue dalla interdizione non sotto il profilo quantitativo, ma sotto quello funzionale: ciò induce a non escludere che, in linea generale, in presenza di patologie particolarmente gravi, possa farsi ricorso sia all'uno che all'altro strumento di tutela, e che soltanto la specificità delle singole fattispecie, e delle esigenze da soddisfare di volta in volta, possano determinare la scelta tra i diversi istituti, con l'avvertenza che quello della interdizione ha comunque carattere residuale, intendendo il legislatore riservarlo, in considerazione della gravità degli effetti che da esso derivano, a quelle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura».

Si che l'introduzione dell'amministrazione di sostegno risponde alla necessità di assicurare al destinatario, che in ogni caso deve essere ascoltato³, un "vestito su misura"⁴ modellato sui suoi effettivi bisogni, potendo rivestire anche un carattere temporaneo.

Tuttavia, nonostante l'amministrazione di sostegno rappresenti oramai il rimedio privilegiato di protezione delle persone fragili – essendo attualmente circa 400.000 mila gli "amministrati" in Italia, a fronte di una riduzione crescente di "interdetti" ed "inabilitati"⁵ –, da più parti si evidenziano sempre maggiori criticità nell'applicazione dell'istituto in esame. Ed, invero, «le voci emergenti dalla più recente discussione dottrinale, pur con sfumature diverse, convergono in una comune valutazione di inadeguatezza dei correnti orientamenti ermeneutici, i quali, dilatando fortemente l'ambito di operatività degli strumenti di protezione legale, hanno amplificato la giurisdizionalizzazione del sostegno, con una vistosa eterogeneità dei fini che ha prodotto, da un lato, una poderosa estensione dell'area dell'incapacitazione, oltre i confini presidiati dalle tradizionali figure codicistiche; dall'altro, un'inevitabile standardizzazione dei provvedimenti giudiziali, lungi dal configurarsi come "vestiti su misura" in grado di adattarsi alle peculiarità del singolo caso concreto»⁶.

Ciò con la conseguenza che l'amministrazione di sostegno sembra avere "tradito" proprio quelle esigenze di flessibilità e specificità, rinvenibili soprattutto nella possibilità per l'"amministrato" di conservare la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno (art. 409 c.c.)⁷, posto che le limitazioni alla capacità sono dirette ad operare soltanto relativamente agli atti espressamente individuati dal giudice nel provvedimento di nomina dell'amministratore (art. 405, comma 5, nn. 3 e 4, c.c.).

2. La promozione delle persone con disabilità ed il rilievo del *mainstreaming*

Tali esiti, a parere di chi scrive, derivano dalla scarsa attenzione, tuttora, riservata al tema della promozione delle persone fragili, da intendersi quale principale strumento di inclusione e, conseguentemente, anche di protezione delle stesse.

L'art. 1 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* del 2006⁸, nella prospettiva del c.d. modello dei diritti umani⁹, si pone proprio lo scopo di «promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte

³ Al riguardo, da ultimo, Cass., ord. 19 gennaio 2023, n. 1667, in www.dejure.it (ultima consultazione 21/09/2024).

⁴ P. CENDON, *Vent'anni di amministrazione di sostegno. Avere cura dei più fragili: ieri, oggi, domani*, in www.giustiziainsieme.it, 9 gennaio 2024.

⁵ V., ancora, P. CENDON, *Vent'anni di amministrazione di sostegno. Avere cura dei più fragili: ieri, oggi, domani*, cit.

⁶ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli, 2023, 1047 ss.; cfr., per ult. rif. bibl., U. ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 694 ss.

⁷ Il beneficiario conserva in ogni caso anche la possibilità di compiere gli atti necessari a soddisfare i bisogni della propria vita quotidiana (art. 409 c.c.).

⁸ Ratificata dallo Stato italiano con la legge 3 marzo 2009, n. 18.

⁹ Diffusamente, al riguardo, S. FAVILLI, *Il ruolo della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ed il modello dei diritti umani*, in questa *Rivista*, 2024, 351 ss.

delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità». Non esiste, infatti, *welfare* migliore e più efficace di una società inclusiva, che sappia favorire la piena partecipazione alla vita sociale, economica, culturale e politica del Paese. L'inclusione delle persone con disabilità nelle comunità di appartenenza è “un segno di civiltà”, ma anche un fattore di resilienza. Lo è per le persone con disabilità, ma anche per la società tutta, perché una società inclusiva è senz'altro un luogo più rispettoso della personalità di tutti. Sì che occorre tenere conto che ogni risorsa impegnata per la disabilità non rappresenta una spesa, ma costituisce un investimento.

Tuttavia, una reale promozione delle persone fragili deve, innanzitutto, muovere da un serio consolidamento del *mainstreaming* della disabilità. Questo approccio, che è condiviso dalle associazioni operanti nel settore, nasce dal rilievo che in materia di disabilità non servono politiche distinte e speciali, quanto piuttosto politiche attente e inclusive.

Il riferito impegno verso una trasversalità delle politiche in materia di disabilità richiede, dunque, “uno sforzo comune”, volto ad assicurare anche una maggiore sinergia tra le amministrazioni coinvolte e un decentramento delle competenze, che, tuttavia, non si traduca in un *deficit* di politiche e servizi, tale da pregiudicare l'esigibilità di diritti fondamentali, ma che, al contrario, assicuri soluzioni di prossimità adeguate e proporzionate alle reali istanze degli interessati. Si pensi, ad esempio, al necessario coordinamento che deve sussistere proprio nell'ambito dell'amministrazione di sostegno tra servizi sanitari e sociali, da un lato, e giudice tutelare, dall'altro lato, al fine di dare rilevanza a situazioni di bisogno, che altrimenti rischierebbero di essere trascurate.

E', pertanto, necessario incentivare e sviluppare tutte le politiche, che, sotto diversi profili, concorrono alla promozione e all'inclusione delle persone con disabilità, prevenendo in ogni ambito (dalla istruzione al lavoro, dalla sanità all'abitare, dalla mobilità alla vita indipendente)¹⁰ i rischi di emarginazione. Alle persone con disabilità deve essere garantita l'effettività del loro diritto di “realizzarsi” attraverso un progetto di vita indipendente, in attuazione sia della clausola generale dello sviluppo della personalità di cui all'art. 2 cost., sia delle istanze di eguaglianza formale e sostanziale espresse dall'art. 3 cost.

3. La visione “paternalistica” rispetto alle persone fragili rinvenibile in altri ambiti del diritto civile

Al riguardo giova richiamare alcuni esempi, che sembrano chiaramente confermare che c'è davvero bisogno di un “cambio di passo”, che ci consenta di abbandonare la prevalente visione “paternalistica”, che sovente ha contraddistinto la nostra normativa civilistica in tema di disabilità.

Si consideri la scelta, seppure animata da apprezzabili intenti, di prevedere, nell'ambito dell'ultimo intervento riformatore in materia di famiglia¹¹, anche nel nuovo art. 337 *septies* c.c., come del resto in

¹⁰ Per questa impostazione con specifico riferimento al rapporto tra diritto alla salute delle persone con disabilità e tutela dell'ambiente, C. BERTOLDI, *Disabilità, tutela costituzionale e cambiamento climatico*, in questa *Rivista*, 2024, 111 ss.

¹¹ Il riferimento è alla legge 10 dicembre 2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, e al dlgs 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*: sui quali, *ex multis*, M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 231 ss.; ID., *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2019, 251

precedenza nell'art. 155 *quinquies* c.c., che ai «figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori».

Una equiparazione, questa, pericolosa, posto che le esigenze di un maggiorenne con una significativa disabilità possono totalmente discostarsi da quelle di un minore, che, seppure soggetto fragile, non presenta necessariamente le medesime problematiche, investendo la componente relazionale della persona – ad esempio, lavorativa, sociale, sentimentale –, in modo del tutto differente rispetto ad una persona di età minore. Tant'è che la giurisprudenza¹², su questa linea, ha opportunamente rilevato che, anche in presenza di figli maggiorenni con grave disabilità, deve necessariamente aversi riguardo alla effettiva condizione del figlio, escludendosi l'applicabilità agli stessi della disciplina dell'affidamento, nonostante, come visto, l'equivoco disposto dell'attuale art. 337 *septies* c.c. Ciò in quanto, seppure il richiamo di detta disposizione alle norme previste per i minori sembrerebbe “integrale”, esso deve pur sempre realizzarsi attraverso un modello interpretativo funzionale, che tenga conto delle finalità di questa previsione, ovvero una salvaguardia adeguata, anche sul piano delle relazioni familiari e personali, per il soggetto con disabilità.

Al contrario, proponendo una indistinta applicazione al figlio maggiorenne con grave disabilità della disciplina dell'affidamento in caso di crisi coniugale, da un lato, si estenderebbe allo stesso un istituto di protezione giuridica riservato ai minori, più limitativo rispetto ad altri previsti per gli adulti (come, per l'appunto, l'amministrazione di sostegno), e, dall'altro lato, nelle ipotesi in cui la grave disabilità dovesse presentare una incidenza meramente fisica, si rischierebbe di addivenire a soluzioni discriminatorie, considerato che il figlio maggiorenne senza disabilità avrebbe piena libertà di scelta quanto al rapporto con ciascuno dei genitori, mentre quello con grave disabilità verrebbe ad essere “espropriato” di tale libertà in ragione di una limitazione, che assolutamente non incide sulla sua capacità di volere e discernere.

Parimenti deve condividersi quella prospettiva secondo cui l'equiparazione delineata dall'art. 337 *septies* c.c. non opera neanche relativamente alla eventuale situazione economica del figlio, in quanto già vi supplisce la possibilità di prevedere un mantenimento in capo ai genitori in caso di un figlio maggiorenne che, senza colpa, versi in una condizione di non autosufficienza economica. Sì che, là dove proprio la disabilità del maggiore di età dovesse comprometterne o limitarne le capacità lavorative, di là dagli specifici strumenti volti, comunque, ad assicurargli una possibile integrazione lavorativa oppure un sostegno economico di tipo pensionistico-assistenziale, non può escludersi che tale profilo rilevi, all'esito di una valutazione di tutte le circostanze del caso, per prospettare anche un mantenimento da parte del genitore, ai sensi, tuttavia, del primo comma dell'art. 337 *septies* c.c.¹³

ss.; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 466 ss.; G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 11 ss.; ID., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1475 ss.

¹² Trib. Varese, 21 aprile 2011, in *Famiglia e diritto*, 2012, 175 ss., con nota di A. ARCERI, *La disciplina della l. n. 54/2006 in tema di figli maggiorenni portatori di handicap e le difficoltà applicative in giurisprudenza*; Trib. Treviso, 1 aprile 2016, in www.dejure.it (ultima consultazione 21/09/2024).

¹³ In argomento, di recente, Cass., ord. 27 febbraio 2024, n. 5177, in www.dejure.it (ultima consultazione 21/09/2024).

Pertanto il parametro per effettuare tali verifiche non può essere la generica equiparazione “figlio con grave disabilità = figlio minore”, come surrettiziamente sembra suggerire il secondo comma dell’art. 337 *septies* c.c., quanto piuttosto la specificità di quel determinato figlio maggiore di età con la sua disabilità, il suo vissuto, le sue concrete problematiche, fisiche e psicologiche, ma anche le sue aspirazioni, i suoi desideri, i suoi progetti. Invero, se, come già osservato¹⁴, il passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale impone di abbandonare ogni approccio astratto per privilegiare, viceversa, una visione attenta alle peculiarità di ogni singolo rapporto “genitore/figlio”, la presenza di una disabilità in un figlio maggiorenne, come, del resto minorenni, in attuazione degli artt. 2 e 3 cost. e conformemente alle prevalenti indicazioni sovranazionali in materia, richiede di tutelare quella persona in relazione alla sua effettiva condizione.

Del resto, un approccio dogmatico rispetto alla protezione delle persone con disabilità, simile a quello delineato dall’art. 337 *septies*, era già stato adottato dal nostro legislatore in precedenza, come, ad esempio, nel caso della possibilità riconosciuta ai c.dd. *single* di procedere ad una adozione in casi particolari di una persona con disabilità orfana di entrambi i genitori, che prospetta una disciplina residuale per chi in qualche modo non risponde ad un astratto *standard* di genitore (*single*) e di figlio (con disabilità), che, davvero, confligge con quelle esigenze di eguaglianza formale e sostanziale racchiuse nell’art. 3 cost. Ed, infatti, sarebbe stato sicuramente più apprezzabile al tempo della introduzione di questa modifica alla disciplina delle adozioni ammettere in queste ipotesi la possibilità di consentire anche una adozione piena, accompagnata, tuttavia, dalla previsione di specifiche misure di supporto e di sostegno alla genitorialità per gli aspiranti genitori, riconoscendosi in questo modo davvero alla persona con disabilità una protezione adeguata alla sua personale condizione e rispettosa del dettame costituzionale, in un’ottica promotrice della persona umana.

In questa direzione, talune perplessità sembra suscitare anche la legge 22 giugno 2016, n. 112, *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*, c.d. legge sul *Dopo di noi*, che, seppure opportunamente si riferisce ai figli con disabilità sia minorenni che maggiorenni e si pone la finalità di tenere conto della volontà delle persone con disabilità e dei familiari coinvolti, nonché di «favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l’autonomia delle persone con disabilità», privilegiando, quindi, una prospettiva della condizione della persona con disabilità non limitata soltanto alla componente patologica, ma caratterizzata anche dal fondamentale profilo relazionale, tuttavia, sembra concentrarsi prevalentemente sulle disabilità gravi, con il rischio, come già accaduto in passato, della emersione di “zone grigie” – di cui, per l’appunto, l’amministrazione di sostegno dovrebbe occuparsi – entro le quali si collocano situazioni, seppure dolorose e complesse, che rischiano di risultare prive di protezione, pur essendo assolutamente meritevoli di tutela alla luce di una valutazione non astratta, ma attenta alle caratteristiche della persona interessata.

Allo stesso modo desta qualche dubbio l’art. 21 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ove al comma 1 è stato previsto che «Le autorizzazioni per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell’amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari, possono essere rilasciate, previa richiesta scritta delle parti, personalmente o per il tramite di procuratore legale, dal notaio rogante». Ciò in quanto, pur essendo la misura finalizzata alla deflazione del carico dei tribunali in materia,

¹⁴ G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 136.

tuttavia, sussiste il concreto rischio che non venga svolta la necessaria istruttoria nell'interesse dei destinatari, tenuto conto che, ai sensi del comma 2 dell'art. 21, al notaio è riconosciuta soltanto una possibilità di chiedere informazioni o di avvalersi di consulenti allo scopo di verificare la convenienza dell'atto per il beneficiario¹⁵, mentre, come detto, l'esigenza sempre più avvertita è quella di individuare in tutti i contesti le soluzioni più adeguate ai reali bisogni delle persone meritevoli di protezione¹⁶.

La descritta tendenza a non valorizzare le specificità di ogni singolo caso concreto è rinvenibile anche rispetto alla tutela di altri soggetti da ritenere, comunque, fragili, seppure – come già evidenziato – in una diversa accezione, ovvero le persone di minore età, tenuto conto che – quantunque la tradizionale regola dicotomica “capacità/incapacità” trovi il suo fondamento nell'esigenza di proteggerli soprattutto da atti pregiudizievole per il loro patrimonio – a lungo è prevalso l'orientamento volto a considerarla operante anche relativamente agli atti attinenti alla loro sfera personale¹⁷.

Tuttavia, deve rilevarsi che a seguito di una progressiva rilettura in chiave costituzionale delle norme codicistiche ad opera sia della giurisprudenza che della dottrina, si è osservato che, mentre per le situazioni patrimoniali è «giustificato isolare il momento della mera titolarità del diritto (c.d. godimento) da quello dell'attuazione (c.d. esercizio), lo stesso non accade per le situazioni esistenziali. Se taluni diritti più di altri sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana, non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di questi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo, dal momento che impedire al minore di compiere l'attività, che è manifestazione dei fondamentali attributi della persona, significa non solamente negargli la capacità quanto privarlo della stessa soggettività»¹⁸.

La riferita impostazione ha trovato, del resto, riscontro anche in ambito sovranazionale ed, in particolare modo, nella *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 1989¹⁹ e nella *Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori* del 1996²⁰. In tal senso basti richiamare, da un lato, l'art. 12

¹⁵ In questa direzione si è espresso anche il Consiglio Superiore della Magistratura nella delibera del 21 settembre 2022 relativa alla *Richiesta del Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, di parere sul testo del decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 28 luglio 2022, concernente: “Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa alle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata”*. Su tali aspetti non è intervenuto il d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164, che contiene alcune disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

¹⁶ Osserva, in proposito, A. DI SAPIO, *L'art. 21 del d.lgs. 149/2022 e la responsabilità civile del notaio in relazione al rilascio dell'autorizzazione di volontaria giurisdizione*, in www.judicium.it ([ultima consultazione 08/12/2024](#)) che «al notaio è deferita una verifica di legittimità e di merito, perché l'autorizzazione valuta primariamente l'opportunità. È un aspetto stimolante, ma delicato», sì che sarebbe auspicabile che al notaio venga riconosciuta anche la possibilità di «accedere a tutte le informazioni disponibili, compreso il fascicolo processuale-personale. Il notaio dev'essere nelle condizioni di poter rendere un buon servizio e dunque dev'essere in grado di valutare personalmente e a tutto tondo l'operazione programmata». Per la letteratura notarile in argomento, v. G. SANTARCANGELO, *Riforma della volontaria giurisdizione*, Milano, 2022, spec. 38 ss.

¹⁷ Cfr. G. RECINTO, F. DELL'AVERSANA, *I rapporti personali dei minori*, in F. ROSSI (a cura di), *Capacità e incapacità*, Napoli, 2018, 29 ss.

¹⁸ Testualmente, per tutti, P. STANZIONE, *Capacità e minore di età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 249 ss.

¹⁹ Ratificata dallo Stato italiano con la legge 27 maggio 1991, n. 176.

²⁰ Ratificata dallo Stato italiano con la legge 20 marzo 2003, n. 77.

della *Convenzione di New York* del 1989, ove è affermato che «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa [...]. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale»; e dall'altro lato, l'art. 3 della *Convenzione di Strasburgo* del 1996, secondo cui, nei «procedimenti [...] dinanzi a un'autorità giudiziaria», al minore, «considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento», vanno riconosciuti i diritti a ricevere ogni informazione pertinente, ad essere consultato e ad esprimere la propria opinione, nonché ad essere informato delle eventuali conseguenze che «tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione».

Inoltre, il collegamento tra istanze del minore, partecipazione ai procedimenti che lo riguardano e manifestazione delle sue opinioni e della sua volontà è rinvenibile anche nell'art. 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in cui è stabilito che «I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

Del resto, il diritto dei minori a potere manifestare le proprie opinioni e/o volontà, soprattutto rispetto agli atti attinenti alla loro sfera personale, sembra trovare fondamento anche nella nostra Carta costituzionale, ove all'art. 2 è sancito il riconoscimento dei «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Tant'è che, oramai, il comma 3 dell'art. 315 *bis* c.c. ha riconosciuto la portata generale del diritto all'ascolto del minore, sottraendolo ad un rilievo che per lungo tempo era stato soltanto settoriale²¹.

Si che, in questa direzione, anche grazie ad una giurisprudenza minorile concretamente attuativa di un dettato costituzionale, che, tra l'altro, all'art. 31 eleva la protezione dell'infanzia e della gioventù a valore essenziale dell'ordinamento, si è giunti a ritenere che l'esercizio dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento può anche essere svincolato dal raggiungimento della maggiore età²². In particolare una parte delle letterature ha evidenziato, nell'ottica della sempre più avvertita considerazione del minore stesso quale persona, che rispetto a tali situazioni occorre verificare di volta in volta l'effettivo grado di maturazione del minore, ovvero la sua reale capacità di discernimento rispetto al singolo e determinato atto da compiere²³. Il tutto con significativi riflessi anche in relazione alla tutela delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, come confermato proprio dalla disciplina

²¹ Diffusamente, in proposito, G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 26.

²² Per indicazioni, v., ancora, G. RECINTO, F. DELL'AVERSANA, *op. cit.*, 29 ss.

²³ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982, *passim*; M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, 103 ss.

dell'amministrazione di sostegno, in virtù della quale il beneficiario conserva, di regola, la possibilità di compiere gli atti personali e personalissimi²⁴.

Pertanto il richiamo nell'art. 315 *bis* c.c. alla capacità di discernimento dei minori, che abbiano meno di dodici anni, al fine di verificare l'opportunità o meno di procedere alla loro audizione, soprattutto nell'ambito delle scelte inerenti la loro sfera personale, è sicuramente apprezzabile. Tuttavia, tale riferimento alla capacità di discernimento risulta svincolato dalla necessità di doverla verificare in relazione all'effettivo livello di comprensione e di valutazione del minore stesso ed alle altre circostanze del caso concreto²⁵. Ed, infatti, una parte della giurisprudenza in talune occasioni ha messo in relazione la capacità di discernimento e il rilievo da assegnare all'opinione del minore con la sua età anagrafica, ipotizzando che «maggiore sarà l'età e con essa maggiore il grado di maturazione e di sviluppo psico-fisico del minore, maggiore rilevanza avranno, nella decisione giudiziale, il suo parere ed i suoi desideri»²⁶, con la conseguenza di sospingere l'elasticità della capacità di discernimento verso le rigidità tipiche della capacità di agire, così come è avvenuto, per l'appunto, per l'amministrazione di sostegno oramai caratterizzata, come detto, dalla tendenza a una standardizzazione dei provvedimenti, simile a quella rinvenibile per l'interdizione e l'inabilitazione.

4. L'emersione della prospettiva multidimensionale della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* nell'ambito degli ultimi interventi normativi in materia e nella più recente giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte europea dei diritti dell'uomo: la valorizzazione della "unicità" di ogni persona umana nella sua complessità quale unica via per assicurare l'effettività della protezione

Allora, se davvero si vuole superare il rischio che i nuovi modelli concettuali vengano sempre più attratti «nell'alveo delle antiche categorie»²⁷, l'unica prospettiva perseguibile, come già si è tentato di dimostrare²⁸, è quella di considerare, sempre nel solco delle indicazioni della *Convenzione delle Nazioni*

²⁴ Cfr., in questa prospettiva, *ex multis*, Cass., 11 maggio 2017, n. 11536, in www.dejure.it (ultima consultazione 21/09/2024), secondo cui al beneficiario di amministrazione di sostegno non si estende il divieto di contrarre matrimonio previsto per l'interdetto dall'art. 85 c.c., salvo che il giudice tutelare non lo disponga esplicitamente con apposita clausola ai sensi dell'art. 411, quarto comma, c.c.; C. Cost., 7 marzo 2019, n. 114 in www.dejure.it (ultima consultazione 21/09/2024), per la quale «il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la sua capacità di donare, salvo che il giudice tutelare, anche d'ufficio, ritenga di limitarla – nel provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno o in occasione di una sua successiva revisione – tramite l'estensione, con esplicita clausola ai sensi dell'art. 411, quarto comma, primo periodo, cod. civ., del divieto previsto per l'interdetto e l'inabilitato dall'art. 774, primo comma, primo periodo, cod. civ.».

²⁵ V., in tal senso, G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Diritto di famiglia e delle persone.*, 2012, 1306; ed, anche, C. PERLINGIERI, *Sub art. 2*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, vol. I, Napoli, 2010, 262 ss.

²⁶ Così, per tutte, Trib. Milano, ord. 12 agosto 2014, in *Famiglia e diritto*, 2015, 705, con nota di A. ARCERI, *Diritto alla bigenitorialità e trasferimento di residenza – I criteri di decisione del conflitto in una sentenza del tribunale di Milano*; su questa linea, anche Trib. Milano, 15 febbraio 2010, in *Famiglia e diritto*, 2011, 401 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*.

²⁷ G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 31

²⁸ G. RECINTO, *Per una tutela "complessiva" e "multidimensionale" delle persone con disabilità*, in Aa.Vv., *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022, 21 ss.; cfr., inoltre, G. RECINTO, F. DELL'AVERSANA,

*Unite sui diritti delle persone con disabilità*²⁹, le persone fragili, e quindi anche quella caratterizzate da infermità mentale o da disturbi psichici, nella loro complessità e in una visione multidimensionale, attenta, non solo ai bisogni materiali, ma anche a quelli esistenziali, relazionali, affettivi, formativi, culturali e di contesto, in modo da garantire ad ognuno la concreta possibilità di sviluppare un percorso di vita indipendente.

Indicazioni, queste, che emergono chiaramente nel d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, *Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3, 4 e 5 della legge 23 marzo 2023, n. 33*, ove, nel prospettarsi il ricorso «alla valutazione multidimensionale unificata» (cfr. art. 1 e 27), si fa riferimento «alla complessità dei bisogni della persona, anche considerando le specifiche condizioni sociali, familiari e ambientali» (art. 2, comma 1, lett. 1).

Inoltre, in questa direzione sembra muoversi, da ultimo, anche il d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, *Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato*, che all'art. 2, comma 1, lett. m, definisce la «valutazione multidimensionale» come il «procedimento volto a delineare con la persona con disabilità il suo profilo di funzionamento all'interno dei suoi contesti di vita, anche rispetto agli ostacoli e ai facilitatori in essi presenti, e a definire, anche in base ai suoi desideri e alle sue aspettative e preferenze, gli obiettivi a cui deve essere diretto il progetto di vita».

E su questa linea – proprio in tema di amministrazione di sostegno – si è orientata, di recente, anche la Suprema Corte³⁰ che, dalla premessa che «la flessibilità è [...] il tratto distintivo di questa misura di protezione, che non ha una disciplina legale predeterminata in ogni suo aspetto, posto che la normativa lascia ampi spazi di regolamentazione e di adattamento della misura al caso concreto (il c.d. vestito su misura)», è giunta ad affermare che «il giudice tutelare è tenuto a valutare e a tenere in considerazione le esigenze espresse dal beneficiario, ancorché affetto da malattia psichiatrica o disabilità, muovendo dal principio che la libera autodeterminazione del soggetto deve essere rispettata nei limiti del possibile, nei limiti cioè in cui essa non arrechi pregiudizio alla persona stessa; in questa valutazione deve guardarsi non già a quella che è la migliore soluzione per la amministrazione dei beni ma quella che è la migliore soluzione per il benessere della persona», con conseguenza che il giudice, «oltre a decidere l'an della misura, deve anche definire e perimetrare i compiti e i poteri dell'amministratore, in termini direttamente proporzionati all'incidenza degli accertati deficit sulla capacità del beneficiario di provvedere ai suoi interessi, di modo che la misura risulti specifica e funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità». Da qui anche la centralità dell'ascolto del beneficiario dell'amministrazione di sostegno – così come è avvenuto nell'ottica personalistica rispetto alla tutela delle persone minori di età³¹ –, che per i giudici di legittimità³²

F. CESARANO, *I beni e le attività culturali come strumento di inclusione per le persone con disabilità*, in AA.VV., *Note sulla disabilità*, Napoli, 2022, 161 ss.

²⁹ Ritiene che la *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* necessiti ancora di una effettiva attuazione nel nostro ordinamento, A. CORDIANO, *Disabilità e intersezionalità, rileggendo la convenzione di New York sui diritti delle persone disabili*, in *Famiglia e diritto*, 2024, spec. 295 ss.

³⁰ Cass., ord. 27 maggio 2024, n. 14689, in www.dejure.it (ultima consultazione 21/09/2024).

³¹ V., in proposito, G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 26 ss.

³² Cass., ord. 19 gennaio 2023, n. 1667, cit.

«rappresenta un adempimento essenziale della procedura in esame, non solo perché rispettoso della dignità della persona che vi sia sottoposta in ragione di una qualche disabilità, ma anche perché funzionale alla realizzazione dello scopo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, che è quello di accertare la ricorrenza dei relativi presupposti in maniera specifica e circostanziata, sia rispetto alle concrete – e attuali – condizioni di menomazione fisica o psichica del beneficiario, sia rispetto alla loro incidenza sulla capacità del medesimo di provvedere ai propri interessi personali e patrimoniali, al fine di perimetrare i poteri gestori dell'amministratore in termini direttamente proporzionati ad entrambi i menzionati elementi, dovendo la misura risultare funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona. E' dunque evidente che a tali fini va accertata la volontà del beneficiario, le cui dichiarazioni, opposizioni o preferenze devono essere scrupolosamente registrate e valutate dal giudice».

Una impostazione, questa, che emerge anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³³, che, relativamente ad una persona anziana sottoposta ad amministrazione di sostegno e ricoverata contro la sua volontà presso una Residenza Sanitaria Assistenziale in regime di isolamento sociale, ha riscontrato una violazione del diritto alla vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU, tenuto conto che «qualsiasi misura di protezione adottata nei confronti di una persona in grado di esprimere la propria volontà deve rispecchiare il più possibile tale volontà». Dunque, ancora una volta una prospettiva che guarda alle persone fragili nella loro complessità, fatta anche e necessariamente delle loro istanze, delle loro opinioni, dei loro desideri, delle loro relazioni e dei loro contesti di riferimento.

Pertanto, in conclusione, a parere di chi scrive, più che di una ennesima riforma³⁴ degli istituti a protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, abbiamo bisogno di rendere effettivi i rimedi attualmente vigenti, scegliendo definitivamente l'unica via percorribile, ovvero quella di valorizzare, in una ottica multidimensionale e secondo il c.d. modello dei diritti umani, la persona umana nella sua complessità, superando così la logica scivolosa della "diversità", che evoca il confronto con astratti e presunti modelli di valutazione dell'altro, per approdare, invece, all'affermazione dell'"unicità" di ogni persona, comprese quelle fragili, garantendo così una effettiva protezione che tenga conto della effettiva persona³⁵.

³³ Cedu, sent. 6 luglio 2023, ric. n. 46412/21, *Calvi e C.G. c. Italia*, consultabile sul sito della C. Edu: www.echr.coe.int (ultima consultazione 21/09/2024); per un commento a questa decisione, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2024, 873 ss., il quale, nel discorre al riguardo di «un vero e proprio abuso dell'amministrazione di sostegno», rileva che la «necessaria rispondenza delle misure di protezione alla clausola generale del c.d. "interesse preferito" impone di sancire la metamorfosi del paradigma della sostituzione nell'attività giuridica, fondato esclusivamente su meccanismi di natura rappresentativa, per il tramite della partecipazione del soggetto in condizioni di debolezza, associato ai processi decisionali mediante adeguate garanzie procedurali 43, che permettano di tener conto – in una visuale autenticamente distante da standard uniformi e indistinti – non soltanto di «bisogni» e «richieste» (artt. 407, comma 2° e 410, comma 1° cod. civ.), ma anche di desideri e preferenze tali da esprimere l'idoneità residua del soggetto da proteggere».

³⁴ La invoca, ad esempio, P. CENDON, *Vent'anni di amministrazione di sostegno. Avere cura dei più fragili: ieri, oggi, cit.*, ad avviso del quale andrebbero abrogate le discipline dell'interdizione e dell'inabilitazione.

³⁵ In questo senso, v., ancora, G. RECINTO, *Per una tutela "complessiva" e "multidimensionale" delle persone con disabilità*, cit., 21 ss.

La legge Basaglia nel contesto della realizzazione giurisdizionale dei diritti della persona

*Raffaele Manfrellotti**

BASAGLIA LAW IN THE CONTEXT OF THE JUDICIAL REALISATION OF PERSONAL RIGHTS

ABSTRACT: The article analyzes Law No. 180/1978, highlighting its role in balancing individual self-determination and public function. It examines judicial and constitutional aspects, with a particular focus on compulsory medical treatments and the limits on the exercise of political rights. The study reveals how public functions have evolved as safeguards for collective interests, moving beyond traditional approaches. Critical reflections emerge on the boundaries between individual freedom and social responsibility. The Basaglia Law is reaffirmed as a turning point in the affirmation of human dignity in law.

KEYWORDS: Self-determination of the person; will, public function; mental illness; right to vote

ABSTRACT: L'articolo analizza la legge n. 180/1978, mettendone in luce il ruolo nel bilanciamento tra autodeterminazione individuale e funzione pubblica. Vengono esaminati i profili giurisdizionali e costituzionali, con particolare attenzione ai trattamenti sanitari obbligatori e ai limiti nell'esercizio dei diritti politici. La ricerca evidenzia come la funzione pubblica si sia evoluta quale garanzia dell'interesse collettivo, superando approcci tradizionali. Emergono riflessioni critiche sui confini tra libertà individuale e responsabilità sociale. La legge Basaglia si conferma un momento di svolta nell'affermazione della dignità umana nel diritto.

PAROLE CHIAVE: Autodeterminazione; volontà, funzione pubblica; vizio di mente; diritto di voto

SOMMARIO: 1. L'autodeterminazione tra "mitologia" e funzione pubblica – 2. La prospettiva della "legge Basaglia": alcuni lineamenti descrittivi – 3. La tutela giurisdizionale e il recupero dell'interesse generale – 4. La funzione pubblica nella l. n. 180 del 1978: la giurisprudenza costituzionale – 5. Limiti all'autodeterminazione della persona ed esercizio di diritti politici.

* *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: raffaele.manfrellotti@unina.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Autodeterminazione tra “mitologia” e funzione pubblica

La presente occasione offre lo spunto per tornare a riflettere, a distanza di 15 anni, su temi legati all'autodeterminazione in rapporto alla l. n. 180 del 1978¹.

Costituisce una affermazione alquanto diffusa nel dibattito attuale in materia di prestazioni sanitarie che la libertà di autodeterminazione della persona in stato di infermità si offrirebbe come limite ineludibile all'esercizio di funzioni pubbliche². L'avvento della pandemia da Covid-19 e l'uso di strumenti eccezionali per consentirne la gestione – si pensi, in particolare, all'introduzione di un sostanziale obbligo generale di vaccinazione³ – ha riportato all'attenzione della dottrina costituzionalistica un secondo profilo d'interesse, correlato alla possibilità di ricostruire limiti normativi che possano opporsi all'autodeterminazione del singolo individuo e, detto in altri termini, anche alla sua eventuale cedevolezza di fronte all'interesse pubblico.

Quanto alla presunta e postulata superiorità assiologica del principio di autodeterminazione, anche in assenza di una sua individuazione sotto il profilo costituzionale⁴, può osservarsi come tale asserzione appaia influenzata da una risalente e diffusa ricostruzione della struttura dei diritti soggettivi – in particolare delle libertà – la quale, sulla base delle suggestioni teoriche derivanti dagli studi romanistici⁵, ha esaltato il ruolo privilegiato della volontà del titolare della posizione giuridica⁶, configurando l'autodeterminazione come una sua stessa caratteristica essenziale⁷. In quanto rapporto, la posizione soggettiva avrebbe, difatti, sempre ad oggetto la pretesa da parte del suo titolare ad una prestazione positiva o negativa rivolta verso un diverso soggetto – senza valutazione della natura pubblica ovvero privata – che non può far altro che adoperarsi per consentire al cd. soggetto attivo il soddisfacimento del suo interesse⁸.

¹ R. MANFRELOTTI, *Autodeterminazione e funzione pubblica: la legge n. 180 del 1978 nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in on. di V. Atripaldi*, II, Napoli, 2010, 949 ss.

² Sulla consistenza dell'autodeterminazione come concetto-limite, *amplius*, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubb.*, 2008, 109 ss.

³ In tal senso C. CAPOLUPO, *Uso e abuso dell'articolo 32 della Costituzione: a margine dell'introduzione dell'obbligo vaccinale*, in C. CAPOLUPO, R. MANFRELOTTI (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio*, Napoli, 2022, 13 ss., la quale postula la natura di trattamento sanitario obbligato di quelle misure, introdotte per decreto legge durante la stagione dell'emergenza, che hanno coattivamente imposto alla popolazione di vaccinarsi.

⁴ In tal senso, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2, 2009, 258 ss., secondo cui «quella che si definisce comunemente come autodeterminazione [...] è suscettibile di assumere valenza giuridica solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che le è loro proprio».

⁵ Si veda, ad esempio, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1929, 170 secondo cui «il diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall'ordine giuridico».

⁶ In argomento P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, 69 ss. e S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. soc.*, 1989, 187 ss. Per una ricostruzione delle tesi dottrinarie che fanno leva sul "dogma della volontà", M. COMPORTE, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli, 1972, 720 ss.

⁷ In questi termini, G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1953, 17 ss.

⁸ Su quest'ultimo punto e sulle possibili eccezioni a tale fisiologica dialettica plurisoggettiva delle posizioni giuridiche soggettive, *ex plurimis*, C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982.

Questa concezione “solipsistica” dei diritti soggettivi, incentrata sulla rigidità della tesi liberale del “dogma volontaristico”, tuttavia, sembra non tenere in debita considerazione il pregnante significato “sociale” della posizione soggettiva riconosciuta, ossia dei peculiari effetti, in termini di pretese, che essa concretamente dispiega nei riguardi degli altri consociati e dell’intero Ordinamento. Guardando alle indubbie conseguenze “sociali” del riconoscimento di un diritto non può apparire casuale che una autorevole dottrina si sia spinta fino al punto di negare cittadinanza costituzionale a qualunque distinzione tra diritti soggettivi e diritti sociali in considerazione del fatto che, per la sua stessa strutturazione intrinseca, in tanto una posizione soggettiva possiede un significato giuridico, in quanto essa è inserita in un contesto sociale obbligato a rispettare tale posizione ma che, al contempo, la limita⁹.

A prescindere da qualsivoglia distinzione morfologica risulta chiaro come i diritti restituiscano e costituiscano le forme di partecipazione dei cittadini alla vita politica della comunità, arricchendola attraverso lo sviluppo della propria personalità – sviluppo costituzionalmente garantito come disposto dall’art. 2 Cost. in un Ordinamento che pone se stesso al servizio della persona¹⁰ – e partecipando, in ragione della propria esperienza esistenziale, in maniera consapevole alla vita (in senso lato, politica) dell’intera collettività¹¹.

Ciascun diritto (costituzionale) della persona appare, in tal senso, imprescindibilmente contrassegnato da una valenza sociale, e dunque da un interesse generale (variamente graduato) a che il diritto stesso sia esercitato: non appare in questa prospettiva un caso che, proprio a proposito della salute, la Costituzione all’articolo 32 faccia utilizzo di una vera e propria endiadi ai sensi della quale essa è da qualificarsi come «fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività». Il significato e l’immanenza della natura sociale di un diritto è, difatti, così profondo che l’obbligo di prestazione sovente è giuridicamente necessario e vincolato, anche a prescindere dall’eventuale volontà del titolare di rinunciare al diritto medesimo: l’obbligo giuridico dello Stato o degli altri soggetti pubblici e anche degli *omnes* di rispettare una posizione soggettiva determinata, in altri termini, può ritenersi “tendenzialmente” svincolato anche dalla volontà del titolare poiché è l’ordinamento oggettivamente considerato che ne impone *in re ipsa* il rispetto, salvo comunque l’attribuzione al titolare medesimo del potere di disporre del diritto stesso – elemento quest’ultimo centrale, ad esempio nella costruzione dell’articolo 50 del codice penale e dell’ivi prevista scriminante¹² – quando da ciò non consegua una lesione della dignità e, soprattutto, quando la rinuncia ad esso sia necessaria per realizzare una posizione soggettiva considerata più meritevole di tutela¹³.

⁹ In tal senso, F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, 22 ss. e P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. RIDOLA, Roma, 1993, 42 ss., *passim*. Sul punto, si confrontino anche le considerazioni di A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002, 25 ss.

¹⁰ In tal senso, *ex multis*, C. MORTATI, *La Costituente*, Roma, 1945, 32 ss.

¹¹ In termini affini P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà*, in *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, 2004, 26.

¹² Sulla delicata funzione dell’articolo 50 c.p. come norma di bilanciamento tra interessi divergenti, *amplius*, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Milano, 2003.

¹³ Si pensi sul punto, come esempio rappresentativo, al diritto al cambio della propria identità sessuale tramite interventi chirurgici di adeguamento i quali, per un verso, determinano una permanente alterazione della propria integrità fisica, dall’altro, realizzano la soddisfazione dell’interesse soggettivo della persona che vuol adeguare il corpo all’identità sessuale che essa percepisce come propria. Proprio su quest’ultimo argomento deve registrarsi come la recentissima sentenza n. 143/2024 del giudice costituzionale abbia nuovamente ampliato la sfera

Quest'ultima acquisizione, in verità, non rappresenta una conquista della scienza giuridica più recente, trovando essa fondamento negli albori del costituzionalismo alla "epoca dei lumi" ove si distingueva una «libertà filosofica» consistente nel potere di autodeterminarsi – ossia di esercitare liberamente la propria volontà – da una «libertà politica» consistente nella previa sicurezza dei cittadini e il cui perseguimento sarebbe stato obbligatorio per lo Stato, secondo la dottrina in esame, anche indipendentemente dalla volontà dei titolari di siffatta libertà¹⁴.

Da questo assunto consegue come anche la diversa impostazione teorica secondo cui l'autorità pubblica deve necessariamente arrestarsi di fronte all'autodeterminazione dei singoli risulti presentare i medesimi profili di rigidità (ponendola in tal modo al di fuori del diritto positivo) individuabili nella tesi dottrinarica che, accentuando il profilo dei limiti all'autodeterminazione, è giunta a sostenere l'inesistenza stessa della nozione di diritto soggettivo¹⁵.

Specialmente (ma non certamente in senso esclusivo) nell'ambito sanitario, la funzione pubblica è tenuta a garantire determinate prestazioni quando ciò risulti essere funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, affermazione quest'ultima dimostrata dalla legittimità, pacificamente ammessa proprio a partire dalla stessa lettera della Costituzione, dell'imposizione di alcuni trattamenti sanitari, a giusto titolo denominati obbligatori¹⁶. Gli atti normativi che interessano l'esercizio di diritti sensibili per il loro legame con la vita umana (massimamente quelli trovanti nell'art. 32 Cost. il loro riconoscimento positivo più immediato) devono, pertanto, a pena di loro illegittimità, bilanciare il "peso" del principio di autodeterminazione dei singoli alla disposizione tendenzialmente libera del proprio diritto con "il peso" che possiedono gli interessi pubblici connessi alla posizione soggettiva considerata¹⁷.

Osservando gli effetti della contrapposizione tra le istanze dell'autodeterminazione del singolo con le ragioni fondanti l'esercizio delle funzioni pubbliche di tutela degli interessi pubblici, l'esame della legge n. 180 del 1978 (cd. "legge Basaglia") appare particolarmente stimolante dal punto di vista scientifico. In tale storico atto legislativo il legislatore è stato, difatti, chiamato ad equilibrare le istanze dell'autodeterminazione con quelle della funzione pubblica in ambito sanitario, dando disciplina al fenomeno delle malattie mentali le quale, in forme che non sono pienamente comprensibili, alterano in forme più o meno evidenti i presupposti stessi che permettono alla persona di esprimere la propria volontà

operativa dell'autodeterminazione del singolo al cambio del proprio sesso di nascita. In tale pronuncia, invero, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione ex art. 54 della l. n. 69 del 2009), nella parte in cui essa prescrive l'autorizzazione del tribunale al trattamento medico-chirurgico – soggetto a cui in maniera «del tutto ragionevole è affidabile il vaglio ultimo sull'effettiva appropriatezza dell'intervento chirurgico», nell'ambito di una valutazione complessiva, «che non si limita al solo aspetto medico, ma determina rilevanti conseguenze sociali» – anche qualora le modificazioni dei caratteri sessuali già intervenute siano ritenute dallo stesso tribunale sufficienti per l'accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso.

¹⁴ In tal senso, MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. a cura di B. BOFFITO SERRA, Milano, 2004, XII, 2, 341 ss.

¹⁵ Il riferimento è a L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, in Id., *Le trasformazioni dello Stato*, a cura di A. BARBERA, C. TARALLI. M. PANARARI, Torino, 2003, 93 ss.

¹⁶ Su cui, ampiamente, le considerazioni di L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, in part. 141 ss.

¹⁷ Offre una rappresentazione chiara di questa interrelazione esistenziale tra gli aspetti fisiologici e quelli prettamente psicologici la definizione data dall'OMS ai sensi della quale «La salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non semplicemente l'assenza di malattia o infermità».

di autodeterminarsi¹⁸.

2. La prospettiva della “legge Basaglia”: alcuni lineamenti descrittivi

Già da una primissima lettura appare evidente come la legge n. 180 del 1978¹⁹ abbia tratto la propria ispirazione ideologica da un diverso approccio alla questione del rapporto tra malattia del singolo e società²⁰, superando l’originaria concezione dell’infermo mentale come presumibile fattore di pericolo per la collettività e recuperando una più corretta dimensione “personalista” della salute del singolo come portatore di una propria ineliminabile dignità²¹.

In questa nuova prospettiva che pone al proprio centro la lettera dell’articolo 32 che rimanda alla medesima nozione di “dignità” di cui all’articolo 3 Cost. e all’ivi individuabile principio fondamentale, il sistema legislativo della legge Basaglia, ancorando le proprie disposizioni alla salute del singolo e non solo alla salvaguardia della pubblica sicurezza statuisce, anzitutto, che il ricorso a trattamenti sanitari obbligatori deve sempre essere rispettoso dell’autodeterminazione di chi vi è sottoposto²².

¹⁸ Si consideri preliminarmente, in riferimento all’imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, la presenza di un evidente intreccio tra diritto alla salute e libertà personale in cui, stante la disposizione di cui all’articolo 13 Cost., trova spazio la primigenia garanzia dell’*habeas corpus*. Sul punto, G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, secondo cui «L’articolo 13 tutela, dunque, la libertà personale di ogni uomo, ricacciando le costrizioni, i condizionamenti sia fisici e spirituali e ponendo per tale via il presupposto perché l’uomo possa espandere la sua personalità. Nelle prime costituzioni questo principio era stato inteso in modo piuttosto ristretto».

¹⁹ È d’uopo precisare sul punto che la legge 13 maggio 1978, n. 180, concernente “*Norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori*”, è stata assorbita nella riforma del Servizio Sanitario Nazionale ad opera della l. 23 dicembre 1978, n. 833 nella quale le originarie coordinate normative circa la disciplina dell’infermità mentale hanno trovato una opera di pedissequa traslazione.

²⁰ Si consideri al riguardo che l’antecedente normativo della legge Basaglia era dato dalla l. n. 36 del 1904, recante “*Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati*”, atto che ispirato da una sovra-rappresentazione del peso assiologico della tutela della sicurezza pubblica, rendeva possibile l’internamento a condizioni agevolate e in strutture speciali (cd. “manicomi”) degli individui considerati distanti dal paradigma della “normalità sociale”. In questi termini, ad esempio, P. IANNI, *Cenni storici: dalla legge Giolitti alla legge Basaglia. Intervento al Convegno “40 anni dopo: riflessioni sulla legge 13 maggio 1978, n. 180”*, in *Nomos*, 2, 2017, 4 ss. che ne ha sottolineato altresì un uso prettamente sanzionatorio in epoca fascista per gli oppositori politici al regime.

²¹ In tal senso, P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, 111 ss.

²² In senso generale, possono distinguersi all’interno della macrocategoria dei trattamenti sanitari imposti ex art. 32 Cost. i cd. trattamenti sanitari obbligatori e quelli coattivi. Nella prima categoria possono essere fatti rientrare tutti quei trattamenti che si impongono alla generalità della popolazione come le vaccinazioni obbligatorie. Appartengono alla seconda categoria quei trattamenti, come quelli in esame, che sono imposti con la forza nei confronti di un soggetto determinato, rientrando in essi ad esempio, il ricovero coatto presso una struttura ospedaliera o il prelievo ematico forzato sul non consenziente. Sul punto, *amplius*, L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 29 ss. Sui trattamenti sanitari si veda, tra gli altri, P. VERONESI, *L’eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2021; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale: Profili problematici del diritto all’autodeterminazione*, Padova, 2000; A. A. NEGRONI, *Sul Concetto Di “Trattamento Sanitario Obbligatorio”*, in *Rivista AIC*, 4, 2017; R. D’ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, 1981, 529 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 557 ss.; F.

In particolare, il bilanciamento tra la dignità dell'infermo mentale, il tipo di trattamento sanitario a cui quest'ultimo può essere sottoposto e l'interesse pubblico alla sicurezza trova il proprio perno portante nella discrezionalità politica relativa al giudizio di pericolosità sociale del malato, subordinato al parere tecnico del medico – dunque di un soggetto dotato di elevate competenze tecnico-scientifiche – teso ad accertare l'oggettiva gravità della malattia. Ferma restando la riserva di legge (primaria garanzia del diritto soggettivo), difatti, i trattamenti sanitari obbligatori nell'attuale disciplina normativa inaugurata dalla legge Basaglia sono generalmente disposti dal sindaco «nella sua qualità di autorità sanitaria locale», solo previo parere motivato di un medico (art. 1, co. VI)²³.

Si tratta, dunque, di una specifica discrezionalità tecnica in cui la decisione del soggetto pubblico risulta ancorata esclusivamente a parametri oggettivi e non a valutazioni di opportunità. La funzione pubblica descritta dalla legge si configura, invero, come un'attività vincolata da parametri oggettivi in egual misura che dalle norme legislative (e costituzionali) le quali descrivono la funzione stessa, conseguendone che il principio essenziale espresso dalla disposizione in esame è quello per cui il criterio fondamentale

MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, 303 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 2462 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 21 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 21 ss.; R. ROMBOLI, *Art. 5*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Delle persone fisiche*, Bologna Roma, 1988, 335 ss.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3209 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, 42 ss. Cfr. anche B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 215 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999; E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5961 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 666 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2ª edizione, Padova, 2008, 321 ss.; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14, 2019; M. CAREDDA, *Trattamenti sanitari obbligatori e contenzione meccanica in psichiatria. Una comparazione fra Paesi Europei*, in *Diritti fondamentali.it*, 2, 2019. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 25/2023, ha affrontato il tema della riserva di legge assoluta in materia di trattamenti sanitari coercitivi, richiamando i principi fondamentali dell'art. 32 della Costituzione italiana. La Corte ha dichiarato incostituzionale una disposizione del Codice dell'ordinamento militare (art. 206-bis), che attribuiva alla sanità militare la facoltà di imporre profilassi vaccinali al personale senza un'indicazione chiara e specifica delle patologie da prevenire, eludendo così la riserva di legge. La Corte ha sottolineato che, in materia di trattamenti sanitari obbligatori, si applica una riserva di legge relativa rinforzata, che richiede che la normativa primaria stabilisca in modo dettagliato i contenuti essenziali della disciplina. Questo include l'indicazione esplicita del trattamento sanitario obbligatorio e delle patologie mirate. Tuttavia, quando si tratta di trattamenti sanitari coercitivi, come quelli che incidono direttamente sulla libertà personale, la riserva di legge diventa assoluta. Nel caso in esame, la disposizione censurata delegava eccessivamente all'amministrazione militare, consentendole di decidere autonomamente i vaccini obbligatori e le situazioni in cui somministrarli, senza un ancoraggio preciso alla legge primaria. La Corte ha giudicato questo approccio incompatibile con il principio costituzionale secondo cui le limitazioni ai diritti fondamentali devono essere determinate dalla legge e non lasciate alla discrezionalità amministrativa.

²³ Il giudice di legittimità, nella recente sentenza n. 509/2023 della prima sezione, pone ben in rilievo come il trattamento obbligatorio, eseguito in forma coatta contro la volontà del sottoposto, ha natura residuale e straordinaria che può trovare applicazione «solo dopo aver ricercato, con ogni iniziativa possibile, il consenso del paziente ad un intervento volontario», essendo esso «finalizzato alla tutela della salute mentale del paziente che non deve essere considerata una misura di difesa sociale».

che presiede alle prestazioni sanitarie è l'autodeterminazione del malato, a meno che non vi sia una situazione, accertata nella sua presunta oggettività secondo parametri tecnici, tale da rendere necessaria l'erogazione di trattamenti sanitari anche contro la volontà dell'individuo.

La legge, ad ulteriore tutela del paziente, prevede tra l'altro una graduazione dei trattamenti a seconda della loro invasività, circoscrivendo le misure che prevedono la degenza ospedaliera forzata (particolarmente invasive perché incidenti, principalmente, sulla libertà personale del soggetto affetto da malattia mentale) ai casi di urgenza (determinata in ragione della gravità dell'alterazione psichica), e nella sola ipotesi in cui i trattamenti sanitari obbligatori non siano accettati dal malato. In questa residuale ipotesi che la legge Basaglia costruisce, la proposta di trattamento da parte del medico deve essere preceduta, prima del suo recepimento da parte del sindaco, dalla convalida da parte del diverso medico dell'ospedale in cui il trattamento dovrebbe essere erogato, essendo altresì previsto – come massima garanzia del singolo – l'intervento dell'autorità giudiziaria che, entro 48 ore dal provvedimento dispone il trattamento, "assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti" (art. 3, co. I e II). Sebbene l'impianto sia chiaramente ispirato dalla disciplina costituzionale delle limitazioni della libertà personale in caso d'urgenza²⁴, la richiamata sovrapposizione sembra tuttavia limitata alla mera superficie²⁵ poiché, al di là della terminologia poco precisa – appare esservi un evidente abuso del termine "convalida" definendo tale anche un atto che, a stretto rigore, convalida non può davvero definirsi²⁶ – è escluso qualunque intervento dell'autorità giudiziaria, limitandosi la previsione all'acquisizione di un essenziale duplice parere medico. Tale previsione è, comunque, indicativa della circostanza che il legislatore del 1978 ha inteso ridurre al massimo la discrezionalità dell'autorità politica, lasciando alla tecnica margini di intervento considerevolmente ampi, quasi che il difetto stesso di autodeterminazione del malato – che se non affetto da un vizio mentale potrebbe legittimamente rifiutare il trattamento impostogli *ab externo* – possa essere compensato dall'oggettività dei dati scientifici.

Si tratta, tuttavia, a parere di chi scrive, di una visione a dir poco ingenua o, comunque, poco

²⁴ Pone attentamente in rilievo la convergenza tra libertà personale e salute come libertà negativa, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2012, 456 ss.

²⁵ In senso affine, *ex plurimis*, G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, 51 e C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689. Ritengono riconducibili i trattamenti sanitari coattivi, in quanto limitativi della libertà personale, alla disciplina dell'art. 13 Cost.: A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 296 ss.; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 888 ss.; A. CERRI, *Libertà, II) Libertà personale – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, 9; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 10; A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *I trattamenti obbligatori*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, 117-118. Sostengono la riconducibilità dei trattamenti sanitari coattivi all'esclusiva disciplina dell'art. 32 Cost.: D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Bologna Roma, 1976, 167 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 560; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 53 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, 96 ss. Anche la Corte costituzionale si è espressa in merito al rapporto tra art. 13 e 32 Cost. in alcune sentenze, nn. 74 del 20 giugno 1968; 29 del 22 marzo 1973; 223 del 15 luglio 1976; 39 del 4 gennaio 1977 e 160 del 21 luglio 1982.

²⁶ Il parere del medico *ex art. 2* sarebbe più correttamente da identificarsi come mero atto tecnico endoprocedimentale, non costituendo esso stesso il provvedimento pregiudizievole della posizione costituzionale del paziente sottoposto al trattamento sanitario.

rispondente alla realtà effettiva delle cose e della questione.

Si tenga difatti conto che la medicina non è una scienza esatta a differenza delle cd. “scienze dure” poiché, al pari delle scienze umane, è anch’essa divisa tra le diverse opinioni in merito ai singoli problemi e alle relative modalità di intervento; ciò appare particolarmente vero a proposito di alcune malattie, soprattutto quelle attinenti alla psiche umana, che risultano difficilmente misurabili nella loro gravità e rispetto alle quali le eventuali cure sono, in massima parte, ad un livello appena superiore a quello della sperimentazione²⁷.

La disciplina che si è descritta carica così il medico di una responsabilità decisionale che istituzionalmente non gli appartiene, chiamandolo a disporre non soltanto le modalità e la durata del trattamento²⁸, ma persino l’an della degenza ospedaliera, che, come si è detto, è una fattispecie che è atta ad incidere sulla libertà personale di cui all’art. 13 Cost. in misura forse maggiore che non sul diritto alla salute (la degenza potrebbe, invero, avere anche mere finalità di studio della patologia, senza essere immediatamente finalizzata ad alcun trattamento se non, forse, nelle ipotesi più gravi, alla mera sedazione del paziente). E questo, si badi, in riferimento ad ipotesi che la legge stessa definisce urgenti.

²⁷ Si consideri al riguardo che, sotto un profilo epistemologico, la medicina è generalmente considerata una disciplina ibrida che si colloca tra le scienze dure e le scienze morbide. Ha componenti che sono caratteristicamente parte delle scienze dure, come la biochimica, la farmacologia e la fisiologia, che si basano su rigorosi metodi scientifici e sperimentali. Tuttavia, la pratica clinica della medicina implica anche aspetti delle scienze sociali, come la psicologia, la sociologia e l’etica medica, che richiedono un approccio più interpretativo e qualitativo. Pertanto, mentre alcune parti della medicina possono essere viste come “scienze dure” per il loro rigore scientifico e metodologico, altre parti si avvicinano più alle “scienze morbide” a causa della complessità e variabilità dei fattori umani coinvolti e per l’impossibilità di conoscere effettivamente l’oggetto della propria osservazione. Sul punto, R. MUNSON, *Why medicine cannot be a science?*, in *Journal of medicine and philosophy*, 6, 1981, 183-208. Anche Giorgio Cosmacini riflette sulla natura della medicina come disciplina anfibia, situata tra le scienze “dure” (come la fisica, la biologia e la chimica) e le scienze umane. Egli sottolinea che la medicina non è una scienza in senso stretto, ma una pratica basata su conoscenze scientifiche, il cui oggetto è un soggetto: l’essere umano. Questo duplice aspetto rende la medicina una forma di sapere che coniuga tecnica e umanità. L’Autore evidenzia che la medicina è informata da principi scientifici, ma che la sua applicazione richiede un adattamento al vissuto individuale del paziente. In tal senso, considera la medicina un’antropologia medica, dove la dimensione globale dell’essere umano (culturale, sociale, psicologica e fisica) assume un ruolo centrale. Questa complessità la distingue dalle scienze esatte, rendendola un’arte che integra conoscenze generali con l’empatia e il rapporto interpersonale tra medico e paziente. Secondo Cosmacini, il recupero di questa dimensione umanistica è cruciale per evitare una visione esclusivamente tecnica della medicina. Tale visione è particolarmente rilevante nella critica a interventi sanitari limitativi della libertà personale, dove la pretesa di oggettività scientifica deve essere bilanciata con una comprensione della soggettività e dignità del paziente. Queste riflessioni supportano la necessità di un approccio più argomentato che integri la prospettiva critica sull’impianto della legge n. 180/1978, facendo emergere la complessità del rapporto tra sapere scientifico e scienze umane. In merito si veda G. COSMACINI, *La medicina non è una scienza. Breve storia delle sue scienze di base*, Cortina editore, 2008.

²⁸ L’art. 3, co. IV e V della legge dispone, difatti, che ove il trattamento si prolunghi oltre il settimo giorno, o, al contrario, nell’ipotesi in cui il trattamento non si renda più necessario, il medico responsabile del trattamento psichiatrico formula una proposta a tal fine al sindaco, che a sua volta provvede ad informare il giudice. La disposizione nulla dispone in ordine ai poteri dell’autorità giurisdizionale, ma non parrebbe dubbio, avuto riguardo ai principi generali dell’ordinamento ed al complessivo impianto della legge, che essa possa disporre la cessazione del trattamento nell’ipotesi di cui al comma IV o il mantenimento del paziente in ospedale nell’ipotesi di cui al comma V. Si avrebbero, invece, maggiori perplessità ad ammettere che il giudice tutelare possa disporre la continuazione del trattamento, trattandosi di una decisione che nel sistema della legge Basaglia sembrerebbe riservata al medico.

In tali casi, il giudizio relativo all'*an* dell'intervento non parrebbe, dunque, potersi prescindere da valutazioni relative alla pubblica sicurezza, le quali attengono non al medico, ma alle autorità per questo preposte dall'ordinamento e secondo le garanzie costituzionali che circondano tali valutazioni. In altri termini, la disciplina di cui all'art. 2 della l. n. 180/1978 sembra smarrire la dimensione della tutela della sicurezza pubblica, pure presente, come accennato, nella disciplina del diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 Cost. C'è, in somma, nella legge, una sorta di "timore di decidere" in senso contrario all'autodeterminazione del paziente, anche quando la condizione di malattia mentale di quest'ultimo ne pregiudichi la libera volontà, prevedendo come *condicio juris* dell'intervento pubblico il parere tecnico del medico sulla base dell'erroneo presupposto che la tecnica sia sinonimo di oggettività.

L'opportunità di tale scelta legislativa sul piano giuridico risulta ancor più dubbia alla luce dell'errore logico in cui essa cade, ossia la convinzione che la decisione medica sia "scientifica" e, pertanto, oggettiva al pari di un'equazione matematica. La realtà delle cose è, invece, diametralmente diversa, poiché «nella valutazione complessiva della decisione clinica in atto e nella scelta della strategia terapeutica da perseguire devono essere inseriti fattori extra-clinici quali abitudini di vita, usanze, stato socio-economico, acculturazione del paziente e la capacità da parte di questi di recepire il rispetto dell'*iter* terapeutico, nonché i rischi connessi alla sua applicazione»²⁹. Ciò deriva dalla natura stessa dell'organismo umano, che è un sistema aperto e, come tale, in continua relazione con il mondo (non soltanto materialmente inteso)³⁰. Ne consegue che l'ammalato non può essere «reificato ed inserito in una casistica e [...] valutato in percentuali mediante diagrammi statisticamente significativi»³¹, perché il trattamento medico richiede la specificità che discende dall'unicità del paziente di volta in volta considerato.

Ciò fa della medicina un'arte, non una scienza come erroneamente presuppone l'impostazione ideologica che qui si critica.

Alla considerazione precedente deve aggiungersi la circostanza che il processo della patologia non è mai uguale a se stesso, comportando ciò che la stessa decisione medica risulti essere, in realtà, la risultante di una pluralità di decisioni prese in un determinato intervallo di tempo in funzione del decorso della malattia³². Queste considerazioni, come sembra evidente, tolgono alla decisione medica una elevata quota della qualità della "obiettività" che si pretende essa abbia, impedendo di accettarne la funzione "supplente" nei riguardi dell'autorità di pubblica sicurezza per quanto concerne la scelta di intraprendere o meno determinate azioni nell'interesse del malato e della collettività tutta.

3. La tutela giurisdizionale e il recupero dell'interesse generale

Il sistema della legge n. 180 del 1978 – per come essa è innestata nella legge istitutiva del Sistema sanitario nazionale – recupera, in qualche misura, la tutela dell'interesse generale per quanto concerne la disciplina delle tutele giurisdizionali avverso i provvedimenti che dispongono i trattamenti sanitari

²⁹ L. CUCCURULLO, *La "decisione" nel campo medico*, in *I quaderni dell'I.p.e.*, n. 11. *Il processo decisionale*, a cura di E. MARIANI, Napoli, 2000, 49.

³⁰ L. CUCCURULLO, *Natura – organismo umano – persona umana*, in *Contesti e validità del discorso scientifico*, a cura di L. CUCCURULLO – E. MARIANI, Roma, 2005, 215 ss.

³¹ Ancora L. CUCCURULLO, *Natura – organismo umano – persona umana*, cit., 215.

³² L. CUCCURULLO, *La "decisione" nel campo medico*, cit., 48 ss. In senso affine, M. MORELLO, *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia*, San Marino, 2008.

obbligatori e coattivamente eseguiti; e lo recupera in una dimensione che, valutata da una diversa angolazione, appare, forse, persino eccessiva anche rispetto ad altre misure limitative della libertà personale della persona.

Ai sensi dell'art. 4, infatti, «chiunque» può chiedere al sindaco un provvedimento di revoca o di modifica avverso tali provvedimenti, disponendo il successivo art. 5 che contro di essi è ammesso il ricorso da parte di «chiunque ne abbia interesse», purché tali provvedimenti abbiano concluso il proprio procedimento e siano, quindi, stati oggetto di convalida da parte dell'autorità giudiziaria e, segnatamente, del giudice tutelare.

La disposizione in questione stimola la riflessione scientifica, innanzi tutto, in ordine alla natura dell'interesse ad agire che fonda la legittimazione al ricorso avverso i provvedimenti convalidati. Non sembrerebbe dubbio, infatti, che il legislatore non abbia inteso dar luogo ad un'azione collettiva, radicando la *legitimitas ad causam* in capo a soggetti titolari di un interesse specifico e differenziato da quello della collettività, tale da giustificare la reazione processuale³³.

Questa conclusione, comprensibile nella prospettiva del bilanciamento tra pubblico e privato che coinvolge le prestazioni sanitarie, e massimamente quelle relative alla fattispecie in esame, pone tuttavia dei dubbi di armonizzazione con la citata disciplina di cui all'art. 4 della legge che istituisce, come si è visto, una generale facoltà di richiesta in capo alla collettività di chiedere la riforma del provvedimento che dispone il trattamento. Invero, qualora tale richiesta non venisse accolta, il principio di azionabilità delle posizioni soggettive ex art. 24 Cost. legittima il richiedente ad impugnare il provvedimento negativo (o il silenzio) del sindaco, esplicando la pronuncia relativa al provvedimento di riforma necessariamente i propri effetti (confermativi ovvero cassatori) principalmente sull'atto riformando³⁴.

³³ Come osservato nella recente Cassazione civile, sez. I, sent. n. 4000 del 2024, l'art. 35, co. 8, della l. n. 833 del 1978 – che riprende la disposizione letterale dell'art. 4 della legge Basaglia – impone la sussistenza ai fini dell'ammissibilità del ricorso di un interesse attuale e concreto da parte del soggetto che può proporre opposizione contro il provvedimento di convalida – facendo così salvo il divieto generale di cui al combinato disposto degli artt. 81 e 100 c.p.c. – essendo perciò legittimato non il «*quisque de populo*» ma solo quei soggetti che «in ragione di uno stretto e personale rapporto che lega direttamente al paziente, hanno da far valere l'interesse di quest'ultimo al controllo dell'avvenuta corretta applicazione della misura», dovendosi di converso escludere «che un simile interesse qualificato sussista in capo ad associazioni che intendano far valere un diritto proprio a impugnare il trattamento sanitario obbligatorio eseguito coattivamente perché lesivo del loro statuto, in quanto la compromissione di un simile interesse esula dall'oggetto del giudizio di opposizione alla convalida». Si precisa al riguardo che, trattandosi di un diritto soggettivo pieno, la giurisdizione in materia appartiene in senso pieno ed esclusivo al giudice ordinario.

³⁴ Si consideri al riguardo che il provvedimento del sindaco che rigetti ovvero dichiari inammissibile o improcedibile la richiesta di revoca o modifica del provvedimento convalidato e inflittivo del trattamento sanitario obbligatorio, è reclamabile dinanzi al tribunale, ai sensi dell'art. 35, comma 8, l. 23 dicembre 1978 n. 833, incidendo sulla libertà personale del soggetto ad esso sottoposto in misura analoga a quanto avviene con le ordinanze impositive di misure cautelari. In secondo luogo, il decreto emesso dal tribunale sul reclamo proposto dall'interessato avverso il decreto di convalida, adottato dal giudice tutelare, in ordine al provvedimento con cui il sindaco abbia disposto un trattamento sanitario obbligatorio è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., non essendo previsto altro mezzo d'impugnazione dal menzionato articolo 35, trattandosi di un provvedimento che, in quanto annoverabile tra quelli restrittivi della libertà personale, ha carattere decisorio, incidendo sul diritto soggettivo dell'interessato. Al giudice di legittimità è attribuito un più penetrante potere di controllo in ordine alla motivazione dell'indicato provvedimento emesso dal tribunale nel procedimento di convalida, rendendo sindacabile l'accertamento di fatto in esso contenuto non già sotto il profilo della

Il modello dell'art. 4 sembrerebbe, dunque, costruire un'originale azione collettiva sottoposta alla *condicio juris* del previo ricorso amministrativo in opposizione rivolto all'autorità che ha emanato il provvedimento.

Ne consegue che il riferimento ad uno specifico interesse (privato) ad agire contenuto nell'art. 5 della legge si svuota, in parte, di contenuto dal momento che chiunque faccia richiesta al sindaco di riformare il provvedimento acquista siffatta legittimazione ad agire.

Il modello risultante risulta dunque estremamente aperto verso la società civile, prevedendo un potenziale controllo diffuso di legittimità dell'azione amministrativa consentendo, di fatto, l'impugnazione dei provvedimenti che dispongono trattamenti sanitari obbligatori da parte di «chiunque». La legge prevede, inoltre, che il sindaco possa proporre ricorso nel termine i trenta giorni avverso la mancata convalida da parte del giudice del provvedimento che dispone il trattamento (art. 5, co. II). Si tratta di una previsione che solleva più di un dubbio in ordine alla sua razionalità, nella parte in cui circoscrive tale legittimazione al sindaco³⁵.

La premessa logica del discorso che si va ad intraprendere è che il trattamento sanitario obbligatorio non è, al netto della comune “coazione fisica del sottoposto”, assimilabile ad una pena o, comunque, ad una *deminutio* della dignità della persona: si tratta di una misura che, come si è detto, è finalizzata in egual misura, a pena di sua illegittimità, alla tutela del suo destinatario e dell'interesse della collettività³⁶.

Non vi è, dunque, in linea di principio alcuna ragione per cui la sua erogazione debba essere circondata dallo sfavore che tradizionalmente permea la disciplina delle funzioni punitive³⁷.

Nel sistema configurato dall'art. 5, l'autorità amministrativa è l'unica istanza chiamata a valutare l'opportunità di un riesame della pronunzia del giudice in ordine alla richiesta di trattamento. Resta fuori l'interesse della collettività che si era ritenuto di coinvolgere nella reazione al provvedimento del sindaco attraverso l'azione collettiva *sui generis* di cui si è detto, così come è completamente trascurato l'interesse privato pure coinvolto dalla vicenda storica su cui va ad incidere la decisione del giudice, rappresentato ad esempio dai familiari stretti del soggetto destinatario del trattamento. E se l'interesse della collettività può forse ritenersi adeguatamente rappresentato dalla figura del sindaco – pur con la rilevante differenza di disciplina rispetto all'ipotesi inversa di cui si è detto *supra* – l'interesse privato al trattamento è, invece, privo di qualsivoglia rappresentanza.

Sembra quasi, in tale prospettiva, che la legge ritenga tale interesse soddisfatto *in re ipsa* dal diniego di convalida, non sfiorando neppure l'illuministica mente del legislatore l'idea per cui potrebbe esservi chi auspica l'erogazione di un trattamento obbligatorio al punto da impugnare l'atto pubblico che non

mera esplicitazione delle condizioni prescritte per l'assoggettamento al trattamento sanitario obbligatorio, ma sotto il profilo della correttezza logico-giuridica dell'*iter* argomentativo seguito dal giudice di merito.

³⁵ Parimenti irrazionale, considerata la gravità del provvedimento che ha ad oggetto una possibile misura limitativa della libertà personale di un soggetto, appare la norma nella parte in cui prevede che «nel processo davanti al tribunale le parti possono stare in giudizio senza ministero di difensore e farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto in calce al ricorso o in atto separato».

³⁶ Come ben sintetizzato da A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova, 2016, 60, sarebbe irrimediabilmente illegittima una disciplina che preveda l'imposizione di un trattamento sanitario diretto «esclusivamente alla salvaguardia e al miglioramento della salute del singolo», senza postulare un comprovato pericolo per la salute degli altri consociati».

³⁷ Sul punto, A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, Milano, 285 ss.

lo prevede. Invero, dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 della legge risulta, in conclusione, una disciplina processuale fortemente tesa alla salvaguardia dell'interesse pubblico, che lascia alla collettività stessa o ai suoi rappresentanti la facoltà di incidere sul provvedimento. Viene invece ad essere smarrita la dimensione più "intima" della vicenda, essendo il soggetto privato e le persone a lui più vicine depredate di qualunque garanzia dell'autodeterminazione in ordine al trattamento, talché la legge viene ad equiparare, sostanzialmente, ad una misura repressiva senza prevedervi le medesime garanzie.

4. La funzione pubblica nella l. n. 180 del 1978: la giurisprudenza costituzionale

Avendo riassunto per linee generali la struttura polimorfa della c.d. legge Basaglia, può ora procedersi all'esame della ricostruzione pretoria delle funzioni pubbliche che hanno in tale atto, inglobato nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, il proprio fondamento.

Le conclusioni cui si è giunti nel paragrafo che precede risultano confortate sin dalla prima giurisprudenza costituzionale sugli aspetti contenutistici di siffatta legge quanto meno relativamente ad un profilo: quello della distinzione ontologica tra i trattamenti sanitari obbligatori e la funzione punitiva dello Stato, e dunque – ma questa è una conclusione cui la Corte esplicitamente non perviene – sull'irragionevolezza di talune similitudini statuite dal legislatore tra i trattamenti in esame e le misure di prevenzione restrittive della libertà personale, teleologicamente volte a tutelare la collettività³⁸.

La legge n. 180 del 1978 ebbe rilievo davanti alla Corte, per la prima volta³⁹, quale termine di raffronto rispetto alla norma del codice di procedura penale previgente il cui articolo 88 obbligava il giudice a sospendere il procedimento penale e ordinare il ricovero in ospedale psichiatrico in caso di infermità mentale sopravvenuta. Il giudice remittente censurava tale disposizione rilevando come l'erogazione di quella che riteneva una misura di prevenzione (il ricovero coatto) non fosse assistita dalle garanzie ordinariamente previste per tali misure. Il Giudice delle leggi si pronunciò per l'infondatezza della questione, rilevando la differente funzione tra le misure di prevenzione (ossia la salvaguardia della pubblica sicurezza minacciata dalla presunta pericolosità sociale del soggetto) e il provvedimento *ex art. 88* del previgente c.p.p., avente invece finalità di «cura e di custodia dell'infermo di mente».

A tale provvedimento secondo il giudice delle leggi risultava, dunque, estranea qualunque funzione di prevenzione speciale, «e tanto meno – contrariamente a quanto assume il giudice *a quo* – può esserle attribuita natura sanzionatoria». La Corte rilevava bensì una disparità di trattamento tra la disciplina di cui all'art. 88 e il procedimento di soggezione a trattamenti sanitari obbligatori descritto dalla legge n. 180 del 1978, ma riteneva tale disparità compatibile con il principio di uguaglianza in ragione della qualità di imputato dell'infermo, e dunque della specifica funzione pubblica di cura del singolo e di

³⁸ Occorre rilevare sul punto che le due figure, già ad un primo rilievo, trovano disciplina in due diverse disposizioni costituzionali: i trattamenti sanitari obbligatorio/coattivi hanno nell'articolo 32 il proprio riferimento e nell'ivi individuata endiadi della salute come diritto soggettivo e interesse della collettività. Le pene trovano invece all'articolo 27 Cost. la propria coordinata testuale principale che impone come finalità della pena la rieducazione del reo, prescrivendo al riguardo che essa non può in alcun modo consistere in trattamenti lesivi della dignità del condannato.

³⁹ Corte cost., 8 luglio 1982, n. 141.

salvaguardia dell'interesse generale quale descritta nella duplice prospettiva dell'art. 32 Cost⁴⁰.

La Corte ebbe occasione di tornare sulla natura delle prestazioni sanitarie obbligatorie per gli infermi di mente qualche anno dopo⁴¹, ribadendo la mutata concezione da parte del legislatore quanto al trattamento degli infermi mentali «trasformato da problema di pubblica sicurezza a problema essenzialmente sanitario o di reinserimento sociale del paziente».

Sicché, a fronte della richiesta da parte della Provincia autonoma di Bolzano di declaratoria di illegittimità costituzionale della legge n. 180 del 1978 per violazione dell'art. 20 dello Statuto regionale del Trentino – Alto Adige, che attribuiva al Presidente della Giunta Provinciale le competenze in materia di pubblica sicurezza sui malati di mente, la Corte affermava la legittimità della qualificazione legislativa di talune fattispecie quali modi regolazione del diritto alla salute (riservata allo Stato) e non di garanzia dell'ordine pubblico (di competenza regionale).

La pronuncia in esame è di particolare interesse perché in essa è presente *in nuce* la natura trasversale della funzione regolativa del diritto alla salute, riservata allo Stato quando anche intersecantesi con attribuzioni regionali di natura diversa. Si tratta di un percorso argomentativo che sopravviverà, come è noto, alla riforma del Titolo V della Costituzione e che condurrà all'elaborazione della teoria delle "materie trasversali", affermata proprio a proposito delle prestazioni sanitarie obbligatorie indirizzate agli infermi di mente.

Con una celeberrima pronuncia⁴², infatti, la Corte ha ritenuto la determinazione delle prestazioni relative a diritti civili e sociali e, in particolare, al diritto alla salute una "competenza" del legislatore statale più che una materia in senso stretto, capace di sovrapporsi anche ad ambiti di competenza formalmente attribuiti alla potestà legislativa regionale.

⁴⁰ In senso affine si è espresso il Giudice delle leggi con la successiva sentenza n. 253/2003 con cui veniva dichiarata l'illegittimità dell'articolo 222 c.p. nella parte in cui non consentiva al giudice di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario una diversa misura di sicurezza maggiormente idonea a tutelare oltre che l'ordine pubblico anche la salute dell'infermo mentale. Come ben posto in rilievo da M. CALAMO SPECCHIA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di disabili e trattamenti sanitari obbligatori (TSO)*, in *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité Approche de droit comparé*, Toulon, 2021, 335, la sentenza in esame mostra come in un ordinamento ispirato all'integralità del principio personalista che informa anche la peculiare materia sanitaria, le misure di sicurezza nei confronti di soggetti colpiti da malattia mentale «si giustificano solo quando rispondano contemporaneamente a due diverse, ma collegate e non scindibili finalità: la cura e la tutela dell'infermo e la sua pericolosità sociale, essendo inammissibile un sistema che rispondesse solo ad una delle due».

⁴¹ Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 211. Tale pronuncia era stata preceduta dalla sent. n. 516 del 1987, originata da un'ordinanza di rimessione con cui il Pretore di Bracciano aveva censurato la legge n. 180 del 1978 per non avere essa preveduto la durata massima del ricovero, "dimenticandosi" del comma IV dell'art. 3 della legge che fissa espressamente tale termine in sette giorni (protraibili). La questione – seccamente dichiarata manifestamente infondata dalla Corte – si segnala perché il motivo della presunta illegittimità della legge sarebbe stato dato, ad avviso del giudice, non dalla disparità di trattamento rispetto alla disciplina delle misure di prevenzione, ma rispetto a quella degli altri trattamenti terapeutici, per i quali è richiesta la fissazione del minimo periodo di prognosi.

⁴² Corte cost., 19 giugno 2002, n. 282. In realtà, la pronuncia era stata "preannunciata" dall'ord. n. 228 del 2002, con cui il Governo aveva impugnato una delibera legislativa del Piemonte per motivazioni analoghe a quelle che lo avrebbero spinto qualche mese dopo al ricorso avverso la legge della Regione Marche che ha originato la sent. n. 282. L'ordinanza citata dichiarò, tuttavia, il ricorso improcedibile per esser venuto meno il controllo preventivo di legittimità sulle leggi regionali a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001.

In questa sede la pronuncia del 2002 rileva per l'importanza che essa attribuisce alla legge n. 180 del 1978. In effetti, già nei motivi di ricorso l'Avvocatura dello Stato aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale indicando quale parametro l'art. 117, co. III Cost., nella parte in cui attrae la tutela della salute nella potestà legislativa concorrente, e indicando altresì quale parametro di legittimità interposto la stessa legge Basaglia.

Il riferimento al parametro interposto è, tuttavia, abbandonato nella motivazione della sentenza, che anzi rileva l'assenza di norme legislative che rilevino nella fattispecie al vaglio della Corte, e ritiene necessario il riferimento diretto al testo della Carta.

Il punto è che la legge n. 180 del 1978, pur destituita dal suo ruolo di parametro di costituzionalità interposto, mantiene tuttavia una posizione di "eminenza grigia" all'interno del ragionamento della Corte, che sembra risentire in misura non irrilevante dell'ispirazione tecnocratica che, come si è visto, costituisce la *ratio* del provvedimento legislativo. Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti,

«salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. [...] Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite»⁴³.

Consegue da ciò, secondo il ragionamento esplicito dal giudice delle leggi, che la legge regionale impugnata è dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto essa «non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente a scopo cautelativo» e perciò ispirata al principio di precauzione⁴⁴.

Ora, non sconvolge tanto che la Corte abbia dichiarato in tale pronuncia in maniera così netta e precisa il tramonto della centralità decisionale del Parlamento, assimilato, nel passo della pronuncia che si è apposta citato per esteso, ad una sorta di organo amministrativo capace di pronunziarsi solo dopo aver

⁴³ L'asserzione teorica presente nella menzionata pronuncia secondo cui «un intervento in tali ambiti non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati» è ripresa anche nella recente Corte cost., 15 febbraio 2023, n. 15 avente ad oggetto l'introduzione dell'obbligo vaccinale imposto come misura di contenimento del Covid-19.

⁴⁴ Si precisa sul punto che tale principio come elemento strutturale della funzione pubblica trova un proprio riferimento testuale nel diritto sovranazionale e, segnatamente, nell'Art.191, §2, TFUE, che, originariamente limitato alla materia ambientale, ha poi trovato una estesa applicazione per effetto della Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, in base alla quale la portata del principio di precauzione è «molto più ampia ed esso trova applicazione a tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante, possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità». In argomento, *amplius*, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, in part. 72 ss.

portato a termine la fase istruttoria del procedimento. Invero, si è già avuto modo di osservare che tale ruolo è connaturato alla costruzione, da parte del Costituente, della legislazione come funzione, ossia come attività vincolata tesa alla realizzazione di interessi che non sono nella disponibilità del titolare della funzione medesima⁴⁵. Ciò che invece lascia perplessi è l'assenza di qualsivoglia indicazione in merito al parametro normativo che dovrebbe vincolare la funzione: la Corte – almeno secondo quanto si intende dalla lettura testuale della sentenza – gioca tutta la partita sul piano “metagiuridico”, per cui l'art. 32 della Costituzione non porrebbe vincoli di merito al legislatore, ma si limiterebbe quasi esclusivamente a “de-costituzionalizzare” tali vincoli imponendogli il rispetto di procedure tese ad acquisire il parere (sostanzialmente vincolante) di “infallibili” organi tecnici nazionali o internazionali⁴⁶. L'atteggiamento quasi fideistico nella scienza e nelle sue certezze, lo stesso che si è visto ispirare in larga misura alla legge Basaglia, sembra evidente⁴⁷.

5. Una domanda a cui la Corte non ha risposto: limiti all'autodeterminazione della persona ed esercizio di diritti politici

Vi è un'ultima suggestione a cui induce la lettura della giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 180 del 1978, che è forse il profilo più interessante per le implicazioni sistematiche a cui la questione dà

⁴⁵ Per qualche ulteriore approfondimento, R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, 90 ss.

⁴⁶ In generale, su questo aspetto della giurisprudenza costituzionale, l'approfondita analisi di F. MEOLA, *La regolamentazione giuridica delle biotecnologie: la dimensione dei rapporti tra tecnica e diritto nel contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. Dir. pubbl. eur.*, 2005, 121 ss.

⁴⁷ Una parziale ripresa del ruolo della legge e del legislatore sembra palesarsi nella recente sentenza n. 22 del 2022 con cui la Corte costituzionale ha vagliato la legittimità degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 in tema di applicazione della misura di sicurezza dell'assegnazione di un infermo mentale ad una «Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza» (cd. REMS). In un *obiter dictum* di detta pronuncia, il giudice delle leggi ha difatti evidenziato come «allorché un dato trattamento sia configurato dalla legge non soltanto come obbligatorio – con eventuale previsione di sanzioni a carico di chi non si sottoponga spontaneamente ad esso –, ma anche come coattivo – potendo il suo destinatario essere costretto con la forza a sottoporvisi, sia pure entro il limite segnato dal rispetto della persona umana –, le garanzie dell'art. 32, secondo comma, Cost. debbono sommarsi a quelle dell'art. 13 Cost., che tutela in via generale la libertà personale, posta in causa in ogni caso di coercizione che abbia ad oggetto il corpo della persona (sentenza n. 238 del 1996). Con conseguente necessità che la legge preveda anche i “modi”, oltre che i “casi”, in cui un simile trattamento – che lo stesso art. 32, secondo comma, Cost. esige d'altronde sia “determinato”, e dunque descritto e disciplinato dalla legge – può essere eseguito contro la volontà del paziente». Nella sentenza n. 25/2023, la Corte costituzionale si concentra sui principi costituzionali che regolano i trattamenti sanitari obbligatori (TSO), riaffermando la necessità del rispetto di una riserva di legge rinforzata, prevista dall'art. 32 della Costituzione. Nel caso esaminato, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206-bis del Codice dell'ordinamento militare, che consentiva alla sanità militare di imporre vaccini obbligatori senza una chiara predeterminazione legislativa dei trattamenti e delle patologie target. Questo approccio è stato ritenuto in contrasto con la riserva di legge rinforzata, poiché delegava a fonti sub-legislative o amministrative la scelta su questioni fondamentali come i casi e i modi di attuazione delle misure obbligatorie. La Corte ha anche richiamato la distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e coercitivi: i primi possono implicare un margine di discrezionalità amministrativa per l'attuazione pratica, purché dettagliati dalla legge; i secondi, invece, richiedono un controllo più stringente, trattandosi di misure che incidono profondamente sulla libertà personale e sulla dignità dell'individuo. La sentenza rafforza il principio per cui i TSO devono rispettare rigorosamente i vincoli costituzionali, garantendo un equilibrio tra la tutela della salute pubblica e la protezione dei diritti fondamentali degli individui.

luogo. La Corte con la risalente sentenza n. 303 del 1987 si è trovata a decidere sulla legittimità dell'abrogazione⁴⁸ da parte dell'art. 11 della legge Basaglia della restrizione del diritto di elettorato attivo e passivo agli infermi di mente imposta dagli artt. 2, n. 1 e 3 del d.P.R. n. 223 del 1967⁴⁹. In particolare, secondo la ricostruzione offerta dal giudice remittente tale forma di limitazione sarebbe da ritenersi non solo legittima, ma altresì costituzionalmente necessaria, sia in ragione della lettera dell'art. 48 che ammette – senza, in verità, imporle – limitazioni all'esercizio del diritto di voto in caso di incapacità, sia alla luce dell'art. 49, che avrebbe posto il principio implicito «in base al quale non può essere consentito che cittadini totalmente incapaci d'intendere e di volere concorrano a formare la politica nazionale e siano, correlativamente, titolari di doveri civici».

Questa interessante questione è stata, tuttavia, lasciata nell'incertezza dal Giudice delle leggi che, senza neppure approfondire l'esame di una spinosa questione in un *obiter dictum*, aveva seccamente dichiarato inammissibile la questione per difetto di rilevanza in ragione della circostanza che, anche qualora fosse stato negato l'elettorato attivo ad alcuni cittadini in stato di incapacità, i risultati delle elezioni il cui giudizio di impugnazione aveva originato la questione di costituzionalità non sarebbero stati posti in discussione in ragione dell'elevato margine di vittoria che aveva ottenuto la lista vittoriosa⁵⁰.

Al di là del suo esito processuale, la questione merita tuttavia una riflessione più approfondita perché costituisce un punto di vista privilegiato al fine di vagliare i confini tra la libertà di autodeterminazione e l'esercizio di pubbliche funzioni.

Come si è accennato in premessa, il riconoscimento da parte dell'ordinamento costituzionale di talune posizioni giuridiche soggettive determina il sorgere di correlativi obblighi in merito alle modalità attraverso cui esse possono essere fruite dai rispettivi titolari. La dimensione delle situazioni giuridiche tutelate non è il mero diritto, ma la coppia diritto – obbligo, perché il riconoscimento di un diritto comporta, appunto, l'obbligo (o, per usare una terminologia cara agli studiosi di diritto civile, l'onere⁵¹) di esercitarlo conformemente a determinati obiettivi di respiro sociale, che rendono il diritto stesso meritevole di tutela in quanto lo sottraggono all'egoismo solipsistico proiettandolo in una prospettiva sociale.

La ricostruzione che si è sommariamente descritta trova un'espressa conferma costituzionale nella disciplina dei diritti politici e, in generale, del voto: il quale è espressamente identificato secondo le due coordinate del diritto e del dovere civico. L'elemento del dovere insito nel voto richiama la nota

⁴⁸ Abrogazione oggetto di veementi critiche da parte di autorevole dottrina. In tal senso T. MARTINES, *Art. 56-58*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1984, 64, il quale, invero, giudicava l'art. 11 legge Basaglia una disposizione «sospetta di illegittimità costituzionale».

⁴⁹ Si tenga conto sul punto che l'art. 48 Cost. prevede la limitazione dell'esercizio del diritto di voto in tre ipotesi, ovvero sia per effetto di sentenza penale irrevocabile, nei casi di indegnità morale indicati dalla legge e – per quanto d'interesse – “per incapacità civile”. Come rilevato da attenta dottrina, in tal senso F. DALLA BALLA, *Come vota il civilmente incapace? Un caso concreto, due soluzioni apparenti, una proposta interpretativa*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2014, 14, tale ultima locuzione «dizione normativamente inesistente», riempita di contenuto dallo stesso Costituente con l'approvazione della l. n. 1085/1947 in materia di elettorato attivo e successivamente trasposta nel summenzionato D.P.R. ove si precisava che «non sono elettori gli interdetti e gli inabilitati per infermità di mente».

⁵⁰ Corte cost., 22 maggio 1987, n. 303.

⁵¹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (rist.), 74 ss.

ricostruzione⁵² funzionalista del voto, tale che il suo esercizio costituisce adempimento di una funzione pubblica da parte del cittadino. Ma quando anche non si aderisse a tale impostazione, è certo (per espressa previsione costituzionale) che esiste in capo al cittadino stesso il dovere di partecipare attraverso il voto alla vita politica della Repubblica: non a caso si è parlato della “ambivalenza”, tutt’oggi insuperata, tra il voto come diritto e il voto come funzione⁵³.

Se, dunque, il voto è un dovere, componente essenziale dello stesso è l’obbligo di esercitarlo in maniera utile rispetto allo scopo costituzionale – o, se si preferisce, alla funzione – per cui esso è riconosciuto. Lo scopo del voto è la concorrenza alla partecipazione all’indirizzo politico teso all’attuazione del programma costituzionale, e dunque la cura di interessi, qualificati come meritevoli di tutela dalla Carta, che vanno oltre il singolo inquadrandosi secondo una dimensione generale. L’esercizio utile del voto presuppone, dunque, che il titolare sia in grado di identificare ciò che è bene per se stesso e per la società nel suo complesso, e di esprimere la propria preferenza per la forza politica che, a suo avviso, interpreta meglio siffatto concetto di utilità generale. In altri termini, la cura degli interessi propri e della collettività presuppone che il titolare del voto abbia la maturità psichica e la capacità di determinare tali interessi e di valutarne la percezione da parte delle forze politiche.

Si tratta, come sembra evidente, di un’attività particolarmente delicata, che presuppone un’elevata capacità di discernimento e una forte coscienza politica e sociale: il cittadino deve, innanzi tutto, conoscere bene il significato dell’operazione che compie nell’urna elettorale affinché la sua scelta sia funzionale all’obiettivo posto dalla Costituzione. Ne deriva che è una concezione populista, nonché radicalmente antidemocratica perché in contrasto con la struttura stessa dei diritti legati alla partecipazione alla funzione pubblica, l’impostazione che dissolve il suffragio universale nella titolarità dei diritti politici in capo a qualunque cittadino italiano, a prescindere da qualunque considerazione in merito all’effettiva idoneità ad esercitarli⁵⁴.

Il dovere di esercitare il voto conformemente ad uno scopo assunto come meritevole di tutela da parte dell’ordinamento ammette e, anzi, in qualche misura impone limitazioni nei riguardi dei soggetti che non sono in grado di raggiungere tale scopo, in quanto privi della maturità psichica e degli strumenti per giungere all’elaborazione di un cosciente, ancorché opinabile, concetto di bene comune: non si intende dire che sia possibile giungere ad un’idea oggettiva ed inconfutabile di interesse pubblico, che varia in funzione della sensibilità politica di ciascuno, ma solo che tale concetto deve essere il frutto di un processo di riflessione cosciente e, per quanto possibile, preparata da parte di chi, dopo aver riflettuto, fa poi valere il risultato del suo ragionamento nella cabina elettorale.

Ne consegue che l’esercizio del voto è condizionato all’idoneità a riflettere con cognizione di causa in ordine ai problemi che la Repubblica deve fronteggiare; dovrebbe, altresì, conseguirne che il voto non può essere esercitato da chi non possiede tale capacità di riflessione, come del resto non viene

⁵² Formulata per la prima volta, come è noto, da G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, tr. it., Milano, 1912, 151 ss.

⁵³ E. GROSSO, *Art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, I, Torino 2006, 966.

⁵⁴ Non a caso la centralità dell’elemento “informativo” che precede e consente nelle società pluraliste una democratica espressione del voto da parte del singolo ha trovato spazio nella giurisprudenza costituzionale. Si pensi al noto caso del riconoscimento dell’ampliamento della sfera di attribuzione del Comitato promotore a partire dalla sentenza n. 161 del 1995.

esercitato dai cittadini italiani che non hanno raggiunto – secondo una convenzione basata su elementi quantomeno retrogradi – un’età sufficientemente matura per elaborare un pensiero compiuto di interesse generale. È del resto, convinzione condivisa che il requisito della maggiore età posto dall’art. 48 per l’esercizio del voto sottintende un collegamento tra esso e la capacità di agire⁵⁵.

Non sembrerebbero, dunque, sussistere dubbi in ordine alla circostanza che dal voto debbono essere esclusi i soggetti la cui capacità di riflessione è offuscata da malattie mentali di tali proporzioni da renderli, come suol dirsi, “incapaci di intendere e di volere”. In verità, tale percorso argomentativo suggerirebbe di prevedere requisiti ulteriori per l’esercizio del voto, legati ad esempio al raggiungimento della maturità culturale conseguente al compimento della scuola dell’obbligo (ciò che, ancora nel XXI secolo, non sempre accade); si tratta però di un approfondimento che esula dalla prospettiva del presente lavoro.

In conclusione, il voto non può risolversi nella mera autodeterminazione di chi lo esercita: l’esercizio di questo diritto – dovere presuppone l’espressione del consenso elettorale in modo utile, tale da funzionalizzarlo alla soluzione dei problemi che il votante assume come i più urgenti da parte delle forze politiche percepite come più capaci. La maturità psicologica e culturale connessa a tale funzione del voto impedisce una concezione senza limiti del suffragio universale, tale da estenderlo anche a chi non è in grado di esprimere un voto cosciente. L’universalità del suffragio risiede nella titolarità del voto in capo a tutti coloro che sono nelle condizioni oggettive di esercitarlo utilmente, non nell’ipocrita e populista riconoscimento di tale funzione verso soggetti palesemente inidonei ad esprimersi in ordine all’interesse pubblico: l’esercizio del voto è cosa diversa dal capriccio e dall’arbitrio del votante.

L’abrogazione della limitazione dei diritti politici prevista per gli infermi di mente⁵⁶ si lega, a parere di chi scrive, ad una concezione falsa dei diritti costituzionali, fondata sulla centralizzazione assiologica dell’autodeterminazione esclusiva del titolare anche quando egli è oggettivamente incapace di autodeterminarsi, con ciò violando, tra l’altro, la qualificazione costituzionale del voto come dovere non meno che come diritto. Si tratta, peraltro, di una concezione ampiamente smentita in riferimento ad altre posizioni soggettive costituzionali, quali quelle legate alla salute, per le quali è pacificamente ammessa la limitazione dell’autodeterminazione dei titolari in condizioni di incapacità⁵⁷.

Questa concezione ha svilito lo stesso significato sotteso alle operazioni elettorali, relegandole quasi ad un “affare privato” del singolo elettore (ontologicamente più simile al tifo sportivo che alla partecipazione alla funzione pubblica) e contribuendo, ad avviso di chi scrive, in maniera determinante a favorire l’astensionismo dalle urne. Il primo passo per restituire al voto la propria dignità e la propria importanza costituzionale sta, probabilmente, nella sua esclusiva attribuzione a chi ha la capacità psichica, la maturità culturale e l’interesse civico alla sua espressione.

⁵⁵ E. GROSSO, *Art. 48*, cit., 968 ss.

⁵⁶ Peraltro, come si evince dai lavori preparatori della legge Basaglia, operata in vista di un nuovo intervento legislativo sul punto che, tuttavia, non è mai giunto, permanendo ancora attualmente l’effetto abrogativo di una norma che ha lasciato un palese vuoto normativo.

⁵⁷ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., 203 ss.

La persona al centro. Lavoro e salute mentale nell'età del tecno-capitalismo

*Carmen Di Carluccio**

THE PERSON AT THE CENTER. WORK AND MENTAL HEALTH IN THE AGE OF TECHNO-CAPITALISM
ABSTRACT: The essay analyzes the topic of psychosocial risks in light of evolving technologies that increasingly permeate the spaces and times of life and work, blurring their boundaries and harming the intangible dimensions of the individual. In response to the significant changes taking place in techno-capitalist society, the essay advocates for a rethinking of the relationships between individuals, work and health, emphasizing a person-centered approach. This perspective recognizes the essential and driving value of human resources for the development of businesses and the entire production system.

KEYWORDS: Work; mental health; psychosocial risks; alienation; sustainable and anthropocentric work

ABSTRACT: Il saggio analizza il tema dei rischi psicosociali alla luce dell'evoluzione delle tecnologie che sempre più pervadono spazi e tempi di vita e di lavoro fino a farne smarrire i confini, con ricadute lesive dei profili immateriali della persona. A fronte dei significativi cambiamenti che si registrano nella società tecno-capitalista si suggerisce un ripensamento dei rapporti tra persona, lavoro e salute, in una direzione volta a porre la *persona* al centro, tenendo conto del valore determinante e propulsivo che la risorsa umana riveste, pure per lo sviluppo dell'impresa e dell'intero sistema produttivo.

PAROLE CHIAVE: Lavoro; salute mentale; rischi psicosociali; alienazione; lavoro sostenibile e antropocentrico

SOMMARIO: 1. Lavoro e salute mentale diseguale – 2. I rischi psicosociali al tempo del lavoro che cambia – 3. La moderna alienazione e la nuova frontiera della gamification – 4. Prevenzione e gestione dei rischi psicosociali sul lavoro – 5. Promuovere la salute mentale per un lavoro sostenibile e antropocentrico.

* *Associata di Diritto del Lavoro, Università della Campania Luigi Vanvitelli. Mail: carmendicarluccio@yahoo.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Lavoro e salute mentale diseguale

Le problematiche di salute mentale hanno un'incidenza sempre maggiore nella società moderna, tanto da indurre a prospettare come prossima l'età della "sragione"¹. Le patologie mentali costituiscono la preminente causa di disabilità nella regione europea dell'OMS e si configurano tra i primi coefficienti del carico complessivo di malattia, dopo le disfunzioni cardiovascolari e i tumori, anche nei paesi economicamente più sviluppati². I dati evidenziano sia un aumento dei disturbi correlati a eventi traumatici e fattori stressanti sia un incremento delle condizioni psichiatriche tra la popolazione in età lavorativa³. L'indagine *OSH Pulse. Occupational safety and health in post-pandemic workplaces*, promossa dall'Agenzia Europea per la salute e sicurezza sul lavoro (Eu-Osha), attesta che il 27 % dei lavoratori è affetto da *stress*, ansia o depressione causati o aggravati dal lavoro⁴, problematiche combinate frequentemente a criticità sul piano della salute fisica, in ragione della correlazione sistematica e causale rinvenibile tra le stesse⁵. La letteratura scientifica rimarca l'esistenza di un legame tra i fattori di matrice psicologica e sociale e il rischio di malattie cardiache e *ictus*: per un verso, i meccanismi di *stress* possono produrre effetti diretti sul sistema cardiovascolare, per l'altro, lo *stress* lavoro correlato può tradursi in stili di vita poco salutari (uso eccessivo di alcol, fumo, consumo smisurato di grassi e zuccheri, assenza di esercizio fisico), con conseguenze pregiudizievoli (anche) per la salute cardiovascolare⁶. I principali fattori di rischio che, con la mediazione dello *stress*, influiscono negativamente sull'apparato circolatorio sono stati individuati nella tensione lavorativa (basso controllo sul lavoro, elevate richieste lavorative), nello squilibrio tra gli sforzi profusi nel lavoro e le ricompense ricevute; negli orari di lavoro troppo lunghi, nell'insicurezza lavorativa, nella violenza, nelle discriminazioni e, più in generale, nella conflittualità sul posto di lavoro⁷. In particolare, è stato stimato che l'esposizione a tali fattori determina un carico

¹ Così titola il report *Mental illness. The age of unreason*, in *The Economist*, 11 luglio 2015 (in https://www.economist.com/sites/default/files/20150711_mental_illness.pdf), che riprende uno studio dell'Harvard School of Public Health e del World Economic Forum sulla diffusione in Europa delle problematiche di salute mentale.

² Cfr. il *Global Burden of Disease Study 2021*, in *The Lancet*, 403, 2024, 1951 ss.

³ La depressione è la principale causa di incapacità lavorativa. Sul punto v. il rapporto OCSE su salute mentale e lavoro: *Fitter Minds, Fitter Jobs. From Awareness to Change in Integrated Mental Health, Skills and Work Policies*, 2021, spec. 9 ss.

⁴ L'indagine è stata svolta nella primavera del 2022 su campione rappresentativo di oltre 27.000 lavoratori dipendenti sparsi in tutti gli Stati membri dell'UE, più Islanda e Norvegia: il report è disponibile in <https://osha.europa.eu/en/publications/osh-pulse-occupational-safety-and-health-post-pandemic-workplaces>.

⁵ H. SULTAN-TAIEB, T. VILLENEUVE, J.F. CHASTANG, I. NIEDHAMMER, *Burden of cardiovascular diseases and depression attributable to psychosocial work exposures in 28 European countries*, in *European Journal of Public Health*, 32(4), 2022, 586 ss.; I. NIEDHAMMER, H. SULTAN-TAIEB, A. PARENT-THIRION, J.F. CHASTANG, *Update of the fractions of cardiovascular diseases and mental disorders attributable to psychosocial work factors in Europe*, in *International Archives of Occupational Environmental Health*, 95(1), 2022, 233 ss.; AA. VV., *Chronic Stress Promotes Cancer Development*, in *Frontiers in Oncology*, 10, 1492, 2020, 1 ss.

⁶ M. KIVIMÄKI, A. BARTOLOMUCCI, I. KAWACHI, *The multiple roles of life stress in metabolic disorders*, in *Nature Reviews Endocrinology*, 2022; AA. VV., *Mental stress and its effects on vascular health*, in *Mayo Clinic Proceedings*, 97(5), 2022, 951 ss.

⁷ V., da ultimo, il paper dell'Eu-Osha, *The links between exposure to work-related psychosocial risk factors and cardiovascular disease*, 2023, in https://osha.europa.eu/sites/default/files/Links-exposure-work-related-psychosocial-risks-at-work-and-cardiovascular-diseases_EN.pdf. Cfr. altresì il report predisposto all'esito della ricerca

complessivo di malattie cardiache coronariche pari a 173.629 casi di DALYs (*Disability Adjusted Life Years* ovvero numero di anni di vita potenziali persi a causa della cattiva salute, della disabilità o di un decesso prematuro) per gli uomini e 39.238 per le donne, 5.092 decessi per gli uomini e 1.098 per le donne; nonché un carico complessivo di depressione pari a 355.665 casi di DALYs per gli uomini e 305.347 per le donne, 3.931 decessi per gli uomini e 912 per le donne⁸.

Siffatte cifre, già di per sé allarmanti, destano ancor più preoccupazione se si circoscrive lo sguardo ai lavoratori con un *low socioeconomic status*. Una recente ricerca dell'Eu-Osha per la prima volta indaga l'esposizione ai rischi psicosociali e gli effetti avversi sulla salute mentale con specifico riguardo a questo composito gruppo di prestatori di lavoro⁹. Lo *status* socioeconomico e sociodemografico è stato scandagliato attraverso diversi indicatori, come reddito e livelli di istruzione, e in relazione alle occupazioni manuali o poco qualificate, soprattutto in alcuni settori professionali e industriali con criticità aggiuntive. Ci si riferisce, ad esempio, agli ambiti della *gig economy*, connotati dall'uso di formule negoziali flessibili e precarie o, ancora, ai settori che comportano necessariamente un'interazione più o meno stabile con utenti/pazienti/clienti, rispetto a cui è stato segnalato come fattore di rischio fortemente ricorrente la violenza verbale e/o fisica, insieme alle disfunzioni organizzative. I risultati sono stati esaminati associando alla difficile condizione socioeconomica ulteriori condizioni di vulnerabilità: si è, infatti, tenuto conto del genere (evidenziandosi, da un lato, il paradigma culturale ancora esistente del "capofamiglia" per gli uomini, dall'altro, la segregazione di genere nel mercato del lavoro per le donne), dell'età (con una maggiore esposizione dei più giovani) e dello *status* di migrante. Quest'ultimo rende i lavoratori particolarmente fragili ed esposti a rischi per la loro salute a causa dell'occupazione in lavori precari, poco qualificati, fisicamente molto faticosi, pericolosi, con scarse opportunità di recupero in ipotesi di eventi avversi e un elevato tasso di discriminazioni¹⁰.

Lo studio è molto interessante perché conferma la persistenza di una relazione diretta tra andamento del mercato del lavoro, diseguaglianze economiche e sociali e tassi di crescita della malattia mentale¹¹. Tale legame continua a governare i processi di produzione sociale del fenomeno dell'alienazione mentale, indicando un rapporto proporzionale tra recessione economica, minaccia o condizione di disoccupazione e patologia o disagio psichico, con ricadute molto evidenti nel caso di disoccupazione a

promossa dell'European Trade Union Institute (ETUI): H. SULTAN-TAIEB, T. VILLENEUVE, J.F. CHASTANG, I. NIEDHAMMER, *The fractions and burden of cardiovascular diseases and depression attributable to psychosocial work exposures in the European Union*, agosto 2023, in <https://www.etui.org>.

⁸ H. SULTAN-TAIEB, T. VILLENEUVE, J.F. CHASTANG, I. NIEDHAMMER, *op. ult. cit.*, spec. 31 ss.

⁹ Eu-Osha, *Psychosocial risk exposure and mental health outcomes of European workers with low socioeconomic status. Literature Review*, dicembre 2023, in https://osha.europa.eu/sites/default/files/documents/Psychosocial_risks_low_socioeconomic_status_report_en.pdf.

¹⁰ C. DI CARLUCCIO, *Migrazioni e diseguaglianze di salute: alla ricerca di un lavoro dignitoso tra paradossi regolativi e trappole occupazionali*, in *BioLaw Journal*, 4, 2023, 101 ss.; AA. VV., *Prevalence of psychosocial risks among immigrants in France and associations with mental health: Findings from the national French Working Conditions Survey*, in *International Archives of Occupational and Environmental Health*, 95(5), 2021, 1017 ss.; F.D. DIAZ-BRETONES, A. JAIN, S. LEKA, P.A. GARCIA-LÓPEZ, *Psychosocial working conditions and well-being of migrant workers in Spain*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(7), 2547, 2020.

¹¹ Su questo nesso, con riguardo alle dinamiche della società contemporanea e, prima ancora, all'esperienza ottocentesca di gestione della malattia mentale nei manicomi v. C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione manicomiale*, Napoli, 2022, spec. cap. I, par. 4 e cap. VI, par. 1.

lungo termine o di redditi da lavoro bassi e discontinui¹². L'impatto di questa correlazione è significativo anche in considerazione del fatto che le diseguaglianze economiche e sociali, tramandandosi di generazione in generazione, generano, con il tempo, il radicamento delle disuguaglianze di salute mentale e incidono pesantemente sulle capacità degli individui e, quindi, sulla concreta possibilità di esercizio dei diritti¹³.

La pandemia da SARS-CoV-2 ha acuito le criticità esistenti, con riguardo tanto alla popolazione generale quanto a quella lavorativa¹⁴. Il dato non stupisce. Come emerge in alcuni lavori antecedenti agli eventi pandemici contemporanei, le ricadute di una malattia o di un *virus* diffusi su scala mondiale non si registrano solo sul fronte medico-sanitario, ma anche su quello psicosociale ed economico, enfatizzando le fragilità delle strutture sociali e l'inadeguatezza delle stesse e dei sistemi sanitari nel gestire gli aspetti psicologici ed emotivi (individuali e collettivi) che accompagnano un evento pandemico. Di guisa che si genera una sorta di "epidemia psicosociale", affiancata a quella virale, che investe le persone e le comunità¹⁵. Dunque, la pandemia porta con sé una reazione a catena nella "disregolazione" della salute psichica¹⁶, atteggiandosi al contempo come "una malattia della disuguaglianza" dai risvolti enormemente pregiudizievole a danno delle persone socialmente ed economicamente più svantaggiate (donne, soggetti di giovane età o di età avanzata, soggetti affetti da patologie psichiatriche o immunologiche preesistenti, immigrati, disoccupati, ecc.)¹⁷. I dati raccolti dalla psicologia epidemica a

¹² V., *ex multis*, AA. VV., *Poverty, depression, and anxiety: Casual evidence and mechanisms*, in *Science*, 370, 2020; J.P. MACKENBACH, *Health Inequalities: Persistence and change in European welfare states*, Oxford, 2019; J. CAMPION, D. BHUGRA, S. BAILEY, M. MARMOT, *Inequality and mental disorders: opportunities for action*, in *The Lancet*, 382(9888), 2013, 183 ss.; il report dell'Institute of Health Equity, *The impact of the economic downturn and policy changes on health inequalities in London*, 2012.

¹³ Sull'esercizio dei diritti nella prospettiva del c.d. *capability approach* v. S. MOCELLIN, *Il lavoro nel framework del capability approach: l'interpretazione di A. Sen*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2023, 1 ss.; A. SEN, *From income inequality to economic inequality*, in *Southern Economic Journal*, 64, 1997, 383 ss. e M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007. Per un esame in chiave lavoristica v. B. CARUSO, *Capability e diritto del lavoro: non solo teoria. Dialogando con Riccardo del Punta*, in *WP CSDLE.It*, 179, 2024; R. DEL PUNTA, *Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?*, in B. LANGILLE (edited by), *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford, 2019, 82 ss.; ID., *Labour Law and the Capability Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 32, 2016, 383 ss.; S. DEAKIN, A. SUPLOT (edited by), *Capacitas*, Hart, 2009; B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, 1 ss., spec. 10.

¹⁴ WHO, *Mental Health and COVID-19: Early evidence of the pandemic's impact*, Scientific brief, 2 marzo 2022.

¹⁵ Su questi profili v. gli studi di Strong, fondatore dello studio sociologico delle malattie infettive epidemiche: P. STRONG, *Epidemic Psychology: a model*, in *Sociology of Health & Illness*, 12 (3), 1990, 250 ss.; nonché H. BRUNNING (a cura di), *Psychoanalytic reflections on a changing world*, Karnac Books, 2012.

¹⁶ V. B. PFEFFERBAUM, C.S. NORTH, *Mental Health and the Covid-19 Pandemic*, in *The New England Journal of Medicine*, 6, 2020, 510 ss.

¹⁷ Le diseguaglianze di salute mentale derivano dalle diseguaglianze socioeconomiche ma, al contempo, in un perverso circolo vizioso, sono aggravate dalle condizioni di vulnerabilità che incidono, in misura diseguale, su una molteplicità di fattori: sul punto v. AA. VV., *La pandemia della disuguaglianza*, Oxfam Italia, gennaio 2022; M. RUFFINO (a cura di), *Disuguaglianza e pandemia nel quadro degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, Scuola Nazionale dell'Amministrazione, 29 gennaio 2021; M. MARRA, G. COSTA, *Un health inequalities impact assessment (HIIA) della pandemia di COVID-19 e delle politiche di distanziamento sociale*, in *E&P Repository*, 14 aprile 2020; G. COSTA, P. SCHIZZEROTTO, *Se la pandemia accentua le diseguaglianze di salute*, in *lavoce.info*, 7 aprile 2020.

ridosso dell'emergenza da covid-19 e più di recente¹⁸ rafforzano questo effetto incrementale, con un impatto differenziato sulle persone che hanno contratto la malattia rispetto ai coetanei sani, a causa dell'operare di meccanismi biologici e socioeconomici, come cambiamenti nell'occupazione, problemi finanziari, isolamento sociale, alterazioni nella dieta e nell'attività fisica¹⁹.

2. I rischi psicosociali al tempo del lavoro che cambia

Il peso che il lavoro occupa nella richiamata dinamica delle diseguaglianze di salute è venuto via via crescendo per effetto delle profonde trasformazioni che stanno attraversando il mercato, i processi produttivi e i modelli di organizzazione del lavoro, spingendoli verso forme sempre più flessibili e fluide. Le condizioni che governano il rapporto di lavoro, conformandone la dimensione qualitativa e quantitativa costituiscono fattori di "rischio psicosociale"²⁰ impattanti sulla salute (anche) psichica delle persone.

Quanto alla dimensione quantitativa della prestazione, assumono rilievo aspetti come carichi di lavoro eccessivi o, al contrario, forzata inattività-svuotamento di mansioni, ritmi di lavoro intensi, durata e flessibilità oraria smisurate. Sono, invece, legati alla dimensione qualitativa mansioni poco qualificate o dequalificanti, lavori monotoni e ripetitivi, bassa retribuzione, ridotta o smisurata autonomia decisionale, controlli esasperati e invasivi, subordinazione a processi decisionali automatizzati, carenze infrastrutturali, ambienti caotici, scarsa illuminazione. E, ancora, ci sono fattori di rischio attinenti più strettamente ai profili relazionali, si pensi a stili di *leadership* non trasparenti e inclusivi, a un inadeguato riconoscimento dei risultati lavorativi ottenuti, alle difficoltà di relazionarsi con superiori, colleghi e subalterni o a vere e proprie ipotesi di molestie e/o violenza.

L'ambiente psicosociale agisce sulla salute dei lavoratori mediante l'esposizione a *stress*²¹, una condizione fisiologica che si tramuta in patologica quando vissuta in maniera intensa e prolungata nel tempo, provocando l'esaurimento o il superamento delle risorse personali utili a fronteggiarla²². In particolare, il meccanismo di adattamento alle sollecitazioni provenienti dall'ambiente esterno e/o interno diviene disfunzionale quando l'inadeguata intensità degli stimoli (sovrà o sotto stimolazione), l'eccessiva durata degli stessi ovvero le caratteristiche personali del lavoratore determinano un superamento delle possibilità di compensazione e generano *distress* o *stress* negativo.

Il mutamento delle caratteristiche tradizionali dell'ambiente di lavoro, nonché il conseguente disequilibrio che si determina tra tempi di vita e di lavoro, può incidere in misura considerevole rispetto ai

¹⁸ Eu-Osha, *Mental health at work after the COVID-19 pandemic. What European figures reveal*, 2024.

¹⁹ Così Y. XIE, E. XU, Z. AL-ALY, *Risks of mental health outcomes in people with covid-19: cohort study*, in *British of Medical Journal*, 376, 2022.

²⁰ I rischi psicosociali sono generati dall'«interazione tra contenuto del lavoro, gestione, organizzazione del lavoro, condizioni ambientali e organizzative e tra competenze ed esigenze dei lavoratori dipendenti»: così la definizione dell'ILO, *Psychosocial factors at work. Recognition and control. Report of the Joint ILO/WHO Committee on Occupational Health*, 56, 1986. Cfr. altresì Eu-Osha-Eurofound, *Research on work-related stress*, Luxemburg, 2000, 12; Eurofound, *Psychosocial Risk*, 10 maggio 2021.

²¹ Il concetto di *stress* fu introdotto per la prima volta da H. SELYE, *The Stress of Life*, McGraw-Hill, 1956.

²² Cfr. S. LEKA, T. COX, *The Future of Psychosocial Risk Management and the Promotion of Well-Being at Work in the European Region: A PRIMA Time for Action*, in S. LEKA, T. COX, I-WHO (edited by), *The European Framework for Psychosocial Risk Management*, Nottingham, 2008, 174-184.

profili qui accennati²³: lo sviluppo massivo della tecnica ha reimpostato le coordinate di tempo e di luogo, così come talune modalità di organizzazione e gestione delle attività lavorative, incidendo sulla qualità del lavoro e creando o favorendo condizioni – oggettive – per il proliferare di un crescente disagio legato al lavoro e a nuove fragilità sul/del lavoro²⁴.

Com'è noto, la dicotomia tempo di lavoro *versus* tempo di vita è messa in discussione dalle trasformazioni intervenute tanto nel mercato quanto nel rapporto di lavoro: il tempo produttivo è sempre più esteso e pervasivo rispetto al tempo di vita²⁵. Allo stesso modo con l'emersione delle nuove tecnologie e della digitalizzazione, l'ambiente di lavoro sta smarrendo progressivamente i connotati del luogo esclusivamente fisico²⁶, avviandosi verso un processo di dematerializzazione e scomposizione²⁷. Non si lavora più necessariamente nella fabbrica fisica o seduti dietro una scrivania, tra le quattro mura di un ufficio: la prestazione può esser resa ovunque²⁸, anche in ambiti non pensati per accogliere lavoro o non deputati esclusivamente alla sua esecuzione, in ambienti mobili e persino virtuali, come conferma

²³ Sul tema *ex multis* v. C. DI CARLUCCIO, *I rischi psicosociali al tempo della digitalizzazione del lavoro*, in C. DI CARLUCCIO, A. FESTA (a cura di), *Il lavoro tra transizione ecologica e digitale. Esperienze europee a confronto*, Napoli, 2024, 135 ss.; M.D. FERRARA, *Dalla misurazione alla percezione del tempo di lavoro: riflessioni in tema di time management e valutazione dei nuovi rischi psico-sociali al tempo della digitalizzazione del lavoro*, in G. CALVELLINI, A. LOFFREDO (a cura di), *Il tempo di lavoro tra scelta e imposizione*, Napoli, 2023, 87 ss.; D. GAROFALO, *L'evoluzione della normativa italiana in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, anche alla luce delle più recenti trasformazioni digitali*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 4, 2023, 844 ss.; V. PASQUARELLA, *(Iper)digitalizzazione del lavoro e tecnostress lavoro-correlato: la necessità di un approccio multidisciplinare*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1, 2022, 50 ss.; E. SIGNORINI, *I new way of work: rischi psicosociali, il burn-out e il lavoro*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2022, 674 ss.

²⁴ *Ex multis* cfr. i documenti Eu-Osha più recenti: *Digital technologies at work and psychosocial risks: evidence and implications for occupational safety and health*, 2024; *Managing psychosocial risks in European micro and small enterprises: Qualitative evidence from the Third European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER 2019)*, 2022; *Digital platform work and occupational safety and health: overview of regulation, policies, practices and research*, 2022; *The future of working in a virtual environment and occupational safety and health*, 2021; *Prospettive in merito ai rischi nuovi ed emergenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro correlati alla digitalizzazione nel periodo fino al 2025*, 2020.

²⁵ Sulla «polisemia del tempo» che pone il diritto del lavoro dinanzi alla doppia sfida di proteggere il tempo di vita dall'invasività del tempo produttivo e, al contempo, di fornire riconoscimento, anche economico, a quest'ultimo v. F. MARTELLONI, *Metamorfosi del lavoro e polisemia del tempo: riconoscerlo, proteggerlo, remunerarlo*, in *Archivio Giuridico*, 2, 2019, 249 ss.

²⁶ I concetti di organizzazione e di luogo di lavoro si sono «progressivamente modificati sino a diventare fluidi»: M. TIRABOSCHI, *Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2022, I, 148. Sul concetto polimorfo di organizzazione v., per tutti, P. PASCUCI, *Il Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro: spunti di riflessione (a fronte dei cambiamenti in atto) e proposte di modifica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il sistema prevenzionistico e le tutele assicurative alla prova della IV Rivoluzione industriale*, Vol. I, Bergamo, 2021, 499 ss.

²⁷ Su questo processo v., per tutti, M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori. Il rapporto individuale di lavoro* e M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, in *Le dimensioni spazio temporali dei lavori. Atti Giornate di Studio AIDLASS Campobasso 25-26 maggio 2023*, Piacenza, 2024, rispettivamente 13 ss. e 151 ss.

²⁸ E. ALES, *Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto*, in *Diritti Lavori Mercati*, 1, 2021, 55: «l'ovunque divent(a) il luogo di lavoro». Sul tema da ultimo C. LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso, dematerializzazione degli spazi, salute e sicurezza*, in *Labour & Law Issues*, 1, 2023.

la nuova frontiera del metaverso²⁹. Questo processo di relativizzazione influenza le dinamiche del tempo di lavoro ed è, a sua volta, influenzato dalle stesse, per cui in ogni luogo rischia di propagarsi il tempo del lavoro e in ogni tempo rischia di innestarsi lo spazio di lavoro.

La possibilità di *working anytime and anywhere*³⁰ ha esacerbato la cultura del superlavoro (*overworking*³¹), già diffusa nei luoghi di lavoro tradizionali, e ha alimentato la propagazione di forme di dipendenza patologica dal lavoro, simili alla dipendenza da sostanze³². Ci si riferisce, in particolare, al c.d. *workaholism*, termine coniato negli anni Settanta da Oates che, nell'assimilare la dipendenza da lavoro alla dipendenza da alcool, ha ricavato l'analogia fonetica accostando la parola *work* con *alcoholism*, letteralmente "ubriacatura da lavoro"³³. Tale dipendenza patologica – in parte "incoraggiata" dalla società e dal mondo aziendale (non a caso definita *well-dressed addiction*³⁴) – si manifesta attraverso richieste autoimposte e un'incapacità di regolare le proprie abitudini lavorative, fino ad annullare il tempo di non lavoro e sperimentare comportamenti e stili di vita malsani. Il lavoratore, per un verso, è spinto a lavorare compulsivamente, spesso a causa dell'identificazione totalizzante con l'organizzazione³⁵, sottraendo una quantità notevole di tempo agli altri ambiti della vita, e, per l'altro, è indotto ad assumere un comportamento ripetitivo, inflessibile e perfezionista, proprio del "malato da lavoro", che si autoimpone ritmi di lavoro eccessivi ed è incapace di delegare compiti o responsabilità agli altri³⁶. Le organizzazioni che promuovono l'*overworking* favoriscono indirettamente tendenze comportamentali *workaholistic*, soprattutto nei riguardi dei lavoratori che presentano tratti personali come perfezionismo, alta autoefficacia e coscienziosità, desiderio di realizzazione individuale e motivazione al successo³⁷.

²⁹ M. BALL, *The Metaverse: And How It Will Revolutionize Everything*, New York, 2022. In ambito lavoristico, tra i più recenti, v. M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2023; A. DONINI, M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *Prime riflessioni sul lavoro nel metaverso*, in *Labour & Law Issues*, 8(2), 2022; M. MARTONE, *Prime riflessioni su lavoro e metaverso*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2022, 1131 ss.; M. PERUZZI, "Almeno tu nel metaverso". *Il diritto del lavoro e la sfida dei nuovi spazi digitali*, in *Labour & Law Issues*, 8(2), 2022, 64 ss. Per un esame delle questioni che la sfida del metaverso pone per il giuslavorista con specifico riguardo ai profili di salute e sicurezza sia consentito un rinvio a C. DI CARLUCCIO, *Quando a stressarsi è l'avatar. Tecnologie immersive e nuove sfide per la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2024, 1 ss.

³⁰ Cfr. lo studio Eurofound, ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017; M. BROLLO, *Verso il lavoro "anytime, anywhere"?*, in AA. VV., G. Santoro-Passarelli. *Giurista della contemporaneità. Liber Amicorum*, Torino, 2018, 917 ss.

³¹ Cfr. S. MARIAPPANADAR, I. AUST, *The Dark Side of Overwork: An Empirical Evidence of Social Harm of Work from a Sustainable HRM Perspective*, in *International Studies of Management & Organization*, 47, 2017, 372 ss.; AA. VV., *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, New forms of employment series*, 2020, spec. 21.

³² A. CASTIELLO D' ANTONIO, *Malati di lavoro, cos'è e come si manifesta il Workaholism*, Roma, 2009.

³³ W.E. OATES, *Confessions of a workaholic. The facts about work addiction*, New York, 1971.

³⁴ Così B.E. ROBINSON, *The Workaholic Family: A Clinical Perspective*, in *American Journal of Family Therapy*, 26(1), 1998, 65 ss.

³⁵ Y. LOSCALZO, M. GIANNINI, *Workaholism: cosa c'è di nuovo?*, in *Giornale Italiano di Ricerca e Applicazioni*, 8(3), 2015, 29 ss.

³⁶ A. CASTIELLO D' ANTONIO, *op. cit.*, *passim*.

³⁷ S. AKUTSU, F. KATSUMURA, S. YAMAMOTO, *The Antecedents and Consequences of Workaholism: Findings From the Modern Japanese Labor Market*, in *Frontiers in Psychology*, 15 marzo 2022.

Un recente studio ha evidenziato un rapporto rilevante, specialmente nel lavoro a distanza, tra il *workaholism* e un'ulteriore "patologia" del lavoro di recente emersione, il *technostress*. Tale concetto è stato introdotto negli anni '80 ma il suo contenuto sta cambiando notevolmente³⁸: il problema di base non è più (solo) l'ignoranza delle tecnologie informatiche, ma la loro preponderanza e lo straordinario carico di lavoro imposto ai dipendenti che si percepiscono incapaci di stare al passo con le stesse, divenendo vittima di aspettative sempre più crescenti riguardo la propria disponibilità, la velocità nello svolgere la prestazione, il carico di lavoro e le proprie competenze tecniche.

Il livello di *technostress* è più elevato nella condizione in cui è presente il *workaholism* e, rispetto a tale relazione, ha un effetto rafforzativo una *leadership* autoritaria che centralizza il processo decisionale ed esercita un potere di controllo incessante e invasivo³⁹.

Oltre ad alimentare i fenomeni menzionati, la possibilità di lavorare ovunque e in qualsiasi fascia oraria rende sempre più confusi i confini tra lavoro e vita al di là del lavoro⁴⁰, paradossalmente sacrificando proprio le esigenze di conciliazione, presentate come contraltare alla flessibilità, come nel caso dello *smart working*⁴¹. Ciò con un pregiudizio marcato per le lavoratrici⁴².

Inoltre, tale *modus operandi* può incoraggiare situazioni di mancanza di empatia e di comprensione da parte dei datori, limitata partecipazione dei lavoratori ai processi decisionali, assenza di coesione dei gruppi di lavoro, inadeguato riconoscimento dei risultati ottenuti nel lavoro.

L'isolamento sociale del lavoratore che svolge, in tutto o in parte, l'attività a distanza, il mancato contatto o la non frequente interazione con i colleghi di lavoro, con il datore e con i superiori gerarchici minano l'identità stessa del lavoro e pregiudicano la dimensione collettiva del rapporto. Le relazioni mediate prevalentemente dai *device* connessi in rete riducono i contatti personali, le occasioni di scambi umani e professionali e peggiorano le interazioni a causa dell'attuazione di comportamenti

³⁸ Craig Brod coniò il termine *technostress* nel 1984, per indicare la "malattia" causata dal non essere in grado di utilizzare e gestire in maniera sana i mezzi tecnologici: C. BROD, *Technostress: The Human Cost of the Computer Revolution*, Addison-Wesley, 1984. Sul tema v. D. TASER, E. AYDIN, A. TORGALUZ, Y. ROFCANIN, *An examination of remote e- working and flow experience: The role of technostress and loneliness*, in *Computers in Human Behavior*, 127, 2022; AA. VV., *Wellbeing Costs of Technology Use during Covid-19 Remote Working: An Investigation Using the Italian Translation of the Technostress Creators Scale*, in *Sustainability*, 12 (15), 5911, 2020. Per le ricadute sul diritto del lavoro, tra i contributi più recenti, v. C. DI CARLUCCIO, *Tecno-invasión y trabajo (in)seguro. Notas sobre seguridad y salud en el trabajo en Italia*, in AA. VV., *Las transformaciones de la seguridad social ante los retos de la era digital. Por una salud y seguridad social digna e inclusiva*, Murcia, 2023, 741 ss.; E. DAGNINO, *Diritto del lavoro e nuove tecnologie*, Bergamo, 2022, 85 ss.; M. PERUZZI, *Nuove tecnologie e salute dei lavoratori*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2, 2021, 182 ss.

³⁹ P. SPAGNOLI, D. MOLINARO, *Negative (Workaholic) Emotions and Emotional Exhaustion: Might Job Autonomy Have Played a Strategic Role in Workers with Responsibility during the Covid-19 Crisis Lockdown?*, in *Behavioural Sciences*, 10(12), 2020, 192 ss.

⁴⁰ Sulla sovrapposizione tra tempi di vita e di lavoro v. M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Torino, 2020, spec. 68 ss.

⁴¹ Cfr. l'art. 18, co. 1, legge n. 81/2017. Sul punto v. A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE.It*, 419, 2020; M. DEL CONTE, *Le prospettive del lavoro agile oltre l'emergenza*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Roma, 2020, 200 ss.

⁴² M.L. VALLAURI, *I tempi dei lavori delle donne*, e M. MILITELLO, *Il tempo di lavoro come strumento di parità*, entrambi in G. CALVELLINI, A. LOFFREDO (a cura di), *op. cit.*, 29 ss. e 49 ss.

talora molesti, violenti o offensivi che possono tradursi in *cyber harassment at work*, *cyberstalking*, *cyberbullying*⁴³.

Inoltre, a fronte di una prestazione la cui esecuzione non è inserita necessariamente e stabilmente nell'organizzazione del datore e di una frammentazione delle tradizionali prerogative datoriali che «si sparpagliano in capo ad agenti nuovi, non necessariamente dal volto umano»⁴⁴, viene meno la protezione che deriva dall'esercizio "ordinario" dei poteri datoriali, in particolare il potere direttivo. Basti considerare che fenomeni di *overworking* e di *workhaolism*, come segnalato, possono essere riflesso dell'incapacità o della difficoltà ad auto-organizzarsi e ad auto-valutare il proprio lavoro da parte del dipendente. L'assenza fisica del datore e/o del superiore gerarchico nel luogo in cui si svolge la prestazione costringe il lavoratore a dover gestire in misura autonoma il proprio lavoro, le concrete modalità di esecuzione e i tempi necessari al raggiungimento degli obiettivi, avvertendo la pressione di *app* che misurano ininterrottamente le sue *performance* rendendolo consapevole del livello di produttività raggiunto, ma anche inducendolo a una sorta di auto-sfruttamento nell'affannoso perseguimento degli obiettivi fissati o nel timore di incorrere in una sanzione disciplinare o di essere esposto a ritorsioni. D'altro canto, la gestione algoritmica del lavoro implementa le tecniche di sorveglianza e di monitoraggio sui dipendenti⁴⁵, consentendo un controllo sugli stessi continuo, invasivo e penetrante, che solleva non poche questioni, etiche ancor prima che giuridiche⁴⁶.

⁴³ Cfr. S. FARLEY, I. COYNE, P. D'CRUZ, *Cyberbullying at work: Understanding the influence of technology*, in *Concepts, Approaches and Methods*, 2021, 233 ss.; R.M. KOWALSKI, C.E. ROBBINS, *The Meaning, Prevalence, and Outcomes of Cyberbullying in the Workplace*, in *Handbook of Research on Cyberbullying and Online Harassment in the Workplace*, 2021, 1 ss.

⁴⁴ A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Roma, 2020, 27. Sulla configurazione che assumono i poteri datoriali (direttivo, organizzativo e di controllo) e l'obbligo di sicurezza a fronte dell'impiego di sistemi di I.A. v., da ultimo, S. CAIROLI, *Intelligenza artificiale e sicurezza sul lavoro: uno sguardo oltre la siepe*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2024, 26 ss.; S.V. PONTE, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, Torino, 2024.

⁴⁵ Sull'evoluzione digitale e sui suoi impatti sul potere di controllo datoriale v., tra i più recenti, C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022; A. MARESCA, *I controlli tecnologici a distanza*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1-2, 2021, 1 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Il potere di controllo tra disciplina statutaria e regolamentazione della privacy*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, in *Quaderni della rivista Diritti Lavori Mercati*, 8, 2020, 413 ss.; A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Torino, 2020; A. TROISI, *Potere informatico del datore di lavoro e controllo sui lavoratori, cinquant'anni dopo*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 1411 ss.; V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018. Sulla sorveglianza continua, impersonale, penetrante e oppressiva del controllo informatico si era già espresso A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, spec. 70 s.

⁴⁶ Sui problemi etici sollevati dalla diffusione delle intelligenze artificiali, v. *ex multis* L. D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 3 ss.; S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020. Con specifico riferimento al lavoro v., da ultimo, M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Milano, 2024; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, 2023.

L'opacità algoritmica e la consapevolezza di essere sotto l'occhio di una moderna macchina panottica portano i lavoratori verso livelli di *stress* sempre maggiori, ne danneggiano l'autostima e le capacità organizzative, e li rendono meno autonomi⁴⁷.

3. La moderna alienazione e la nuova frontiera della *gamification*

Nel lavoro in trasformazione, i lavoratori si sentono – e sono – sempre più alienati. Una condizione, questa, che implica una separazione emotiva e cognitiva rispetto al lavoro⁴⁸ e che si associa a dimensioni quali sfruttamento lavorativo percepito, ridotto coinvolgimento e identificazione nell'organizzazione, carenza di motivazione, relazioni di lavoro di scarsa qualità, insufficiente autonomia al lavoro, perdita di interesse per il lavoro in sé e per la possibilità, attraverso lo stesso, di essere utili agli altri, pure con ricadute negative esterne al lavoro, principalmente sul versante della conciliazione tra lavoro e vita al di là del lavoro.

Identificata quale caratteristica intrinseca della società industriale moderna – quando cessa di essere un concetto solo filosofico per assumere una dimensione reale, coincidente con la condizione del salariato all'interno della società capitalista⁴⁹ –, l'alienazione si presenta nella società contemporanea con una veste nuova.

Una fonte certa dell'alienazione moderna è la discrasia tra il desiderio di riconoscimento e di aspettative – di cui la stessa impresa post-fordista seguita, almeno apparentemente, a caricare il lavoro – e l'incertezza, l'instabilità, il senso di insoddisfazione e di estraniamento che accompagnano nel concreto il lavoro. Una siffatta discrasia mostra la fallacia della narrazione ideologica neoliberale esaltante la figura del lavoratore pienamente realizzato, collaboratore dell'impresa o imprenditore di sé stesso, libero di gestire autonomamente il lavoro, decidendone luogo, modo e tempi; una narrazione agevolata dal lessico utilizzato per riferirsi alle multiformi e sfuggenti modalità di "lavoro" digitale⁵⁰, il cui tratto comune è rappresentato proprio dalla debolezza socioeconomica di chi le svolge e dall'occasionalità e fluidità del rapporto giuridico sotteso.

Si assiste in tal modo al c.d. paradosso dell'autonomia⁵¹: la flessibilità dei vincoli di tempo e spazio consente al lavoratore un'ampia discrezionalità, in ragione degli obiettivi lavorativi da raggiungere, nella scelta del quando, del dove, del come e del quanto lavorare e, allo stesso tempo, gli attribuisce

⁴⁷ Eu-Osha, *Surveillance and Monitoring of Remote Workers: Implications for Occupational Safety and Health*, 2023; Eu-Osha, *Summary - OSH Pulse - Occupational safety and health in post-pandemic workplaces*, cit., i cui dati evidenziano che il 78% del totale dei lavoratori intervistati ha dichiarato di essere sottoposto a una qualche forma di *data-driven management*, risentendone sul piano della salute.

⁴⁸ Cfr., *ex multis*, J.E. SAWYER, A. GAMPA, *Work Alienation and its Gravediggers: Social Class, Class Consciousness, and Activism*, in *Journal of Social and Political Psychology*, vol. 8(1), 2020, 198 ss.; A. SHANTZ, K. ALFES, C. TRUSS, *Alienation from work: Marxist ideologies and twenty-first-century practice*, in *International Journal of Human Resource Management*, 25(18), 2014, 2529 ss.

⁴⁹ Su questi profili *amplius* C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale* cit., spec. 291 ss.

⁵⁰ Sui termini inediti e complessi con cui deve oggi confrontarsi il diritto del lavoro v. S. BORRELLI, L. ZAPPALÀ, L. LAZZERONI, V. BRINO, C. FALERI, L. TEBANO, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022.

⁵¹ V., *ex multis*, R.S. GAJENDRAN, D.A. HARRISON, *The Good, the Bad, and the Unknown About Telecommuting: MetaAnalysis of Psychological Mediators and Individual Consequences*, in *Journal of Applied Psychology*, 92, 2007, 1524 ss.

una più grande responsabilità che richiede l'utilizzo di risorse di autogestione e organizzazione – relative alle attività lavorative in sé (definizione delle priorità, progettazione delle modalità con le quali svolgere i compiti, ecc.) e al rapporto tra la sfera lavorativa e quella “privata” – che potrebbe non possedere. Se una maggiore autonomia consente, per un verso, di poter gestire con flessibilità la propria vita privata e familiare, per l'altro, spesso, anche grazie alla tecnologia, i compiti lavorativi rischiano di insinuarsi nelle pieghe della vita in modo profondo e invasivo, non consentendo un reale distacco psicologico dal lavoro⁵².

La tecnica sembra avere accresciuto lo sfruttamento lavorativo e l'impovertimento mentale. L'organizzazione tayloristica del lavoro, rimodulata in organizzazione algoritmica del lavoro, in quanto tale rimessa a processi automatici governati dall'intelligenza artificiale, alimenta pericolose dinamiche di alienazione e di controllo, camuffate dietro un'apparente libertà della persona⁵³. Nella società tecno-capitalista⁵⁴, l'alienazione finisce così con l'assumere una fisionomia ancora più insidiosa: dopo aver automatizzato il lavoro fisico, oggi la tecnica automatizza la gestione delle relazioni lavorative sostituendosi ai processi intellettivi umani o, comunque, governandoli, estraniando gli uomini rispetto alla propria riflessione, comprensione e, persino, alle emozioni, decidendo per loro e a prescindere da loro⁵⁵. In questo scenario rischia di dissolversi la figura (fisica) del datore nel momento in cui sistemi automatizzati non sono più solo un “mezzo” per dare concretezza ad azioni decise da un soggetto umano, ma essi stessi prendono decisioni e/o esprimono valutazioni. La tecnica da “strumento” diviene “soggetto” e definisce (indirettamente) le decisioni dell'uomo⁵⁶.

Invero, siffatta evoluzione è stata in qualche misura favorita dalla mediazione delle istanze e delle proposte della psicologia del lavoro e delle altre scienze che si occupano della psiche che, per una sorta

⁵² S. SONNETAG, C. FRITZ, *Recovery from job stress: The stressor-detachment model as an integrative framework*, in *Journal of Organizational Behavior*, 36(1), 2015, 72 ss.

⁵³ Sulla “libertà relativa” vissuta all'interno del sistema capitalistico v., da ultimo, V. BAVARO, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo nell'era digitale: il problema della libertà del lavoro*, in P. PASSANITI (a cura di), *La Dignità del lavoro. Nel cinquantenario dello Statuto*, Milano, 2021, 143 ss.

⁵⁴ Sull'egemonia della tecnica nel capitalismo moderno v. L. DEMICHELIS, *Sociologia della tecnica e del capitalismo. Ambiente, uomini e macchine nel Tecnoceano*, Milano, 2020, che fa derivare da tale egemonia anche l'attuale crisi della democrazia. Su questi temi v., tra i contributi più recenti, K. CRAWFORD, *Né intelligente, né artificiale*, Bologna, 2021; T. NUMERICO, *Algoritmi e Big Data. Prospettive critiche*, Bari, 2021; R. PANZIERI, *Il lavoro e le macchine. Critica dell'uso capitalistico della tecnologia*, Verona, 2020; C. FORMENTI, *Utopie letali. Capitalismo senza democrazia*, Milano, 2013.

⁵⁵ L. DEMICHELIS, *La grande alienazione. Narciso, Pigmalione, Prometeo e il tecno-capitalismo*, Milano, 2018. Queste dinamiche hanno sollecitato un intervento del legislatore europeo e italiano volto a rimarcare la necessità della supervisione umana sui processi decisionali automatizzati. Su questi rilevanti profili, che esulano dagli spazi di questo contributo, v., da ultimo, L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro dopo l'avvento dell'intelligenza artificiale: aggiornamento o stravolgimento? Qualche (utile) appunto*, e T. TREU, *Intelligenza artificiale (IA): integrazione o sostituzione del lavoro umano?*, in *WP CSDLE.It*, rispettivamente 489 e 487, 2024.

⁵⁶ Cfr. A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 37 ss., secondo cui alla «macchina non si chiede di realizzare ciò che un soggetto ha deciso, ma le si chiede di decidere, autonomamente» (*ivi*, 43). Sull'impatto delle trasformazioni in corso sui poteri datoriali v. L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020, nonché, da ultimo, F.V. PONTE, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, Torino, 2024.

di eterogenesi dei fini, hanno permesso un'estensione dell'area dello "sfruttamento" lavorativo fino a invadere la sfera sociale, emozionale, psicologica.

Emblematica di queste nuove logiche e delle relazioni che vanno delineandosi tra tecnica e lavoro è la diffusione della *gamification* in spazi di lavoro⁵⁷. Tali meccanismi, agendo sugli impulsi che spingono le persone a competere, a essere proattive e creative, a sviluppare appieno le proprie capacità⁵⁸, si presentano come strategie coinvolgenti, capaci di valorizzare il potenziale umano all'interno delle organizzazioni, offrendo vantaggi per entrambe le parti della relazione negoziale in termini di aumento sia della produttività sia della qualità del lavoro⁵⁹. Tuttavia, l'implementazione concreta di questi congegni nei contesti di lavoro è spesso deformante⁶⁰. Applicando i principi della psicologia motivazionale, dell'economia comportamentale e della neurobiologia, la *gamification* utilizza i meccanismi della psiche che formano abitudini, creano dipendenze e forzano a compiere gesti e azioni determinate⁶¹, con sistemi di condizionamento, dipendenza, assuefazione della mente amplificati dall'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale⁶². Sfruttando il potenziale motivazionale del gioco quale motore per una trasformazione comportamentale, la ludicizzazione si traduce in un mezzo finalizzato a introiettare nei lavoratori ritmi produttivi sempre più sostenuti così da «avvicinare l'efficienza della forza lavoro a quella della macchina»⁶³. La *gamification* diventa così un modo per «reinterpretare la coesistenza tra macchine e lavoratori» fino a porsi «quale concreta alternativa ai processi di automazione»⁶⁴ che, a

⁵⁷ S. DETERDING, D. DAN DIXON, R. KHALED, L. NACKE, *From game design elements to gamefulness: defining "gamification"*, in *MindTrek Conference, Association for Computing Machinery*, 2011, 9-15. Sulla nozione declinata nel contesto lavorativo: J. SCHOBIN, A.C. TOMAZIC, *The digital gamification of labour: a new form of labour process regulation?*, in *International Journal of Work Innovation*, 2 (4), 2020, 308 ss.; M.A. CHERRY, *The gamification of work*, in *Hofstra Law Review*, 40 (4), 2012, 852 ss.

⁵⁸ Termine con cui le scienze sociali intendono l'inserimento di meccaniche e strategie di gioco, nonché di elementi di *game-design*, in contesti non ludici con il fine di aumentare la motivazione e la *performance* dei partecipanti nello svolgimento di una determinata attività. Sull'applicazione nei contesti lavorativi v. L. ZAPPALÀ, *Gamification*, in S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ (a cura di), *op. cit.*, 112.

⁵⁹ Per una lettura che evidenzia gli aspetti positivi della *gamification* cfr. G. ZICHERMANN, J. LINDER, *The Gamification Revolution. How Leaders Leverage Game Mechanics to Crush the Competition*, New York, 2013; J. MCGONIGAL, *Reality is Broken: Why Games Make Us Better and How They Can Change the World*, New York, 2011. V. altresì A.R. CAMILLERI, A. NEELIM, *How Gamification Can Boost Employee Engagement*, in *Harvard Business Review*, 28 marzo 2024; E. BOSKAMP, *25 Gamification statistics [2023]: facts + trends you need to know*, in *zipppia.com*, 23 febbraio 2023.

⁶⁰ Esprimono, tra gli altri, posizioni critiche I. BOGOST, *Why gamification is bullshit*, in S.P. WALZ, S. DETERDING (edited by), *The Gameful World. Approaches, Issues, Applications*, Cambridge-Massachusetts, 2015, 65-80; P.J. REY, *Gamification in post-Fordist capitalism*, in S.P. WALZ, S. DETERDING (edited by), *op. cit.*, 277-296.

⁶¹ V. PETRUZZI, *Il potere della Gamification. Usare il gioco per creare cambiamenti nei comportamenti e nella performance individuali*, Milano, 2015.

⁶² Sullo scarto qualitativo prodotto nell'ambito di queste dinamiche dall'uso dell'I.A. v. V. MAIO, *Contratto di lavoro e metaverso*, in M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, 581 ss. spec. 591 s.; ID., *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, in *Labour & Law Issues*, 8 (2), 2022, spec. 48-51; G. PISANI, *Piattaforme digitali e autodefinizione. Relazioni sociali, lavoro e diritti al tempo della "governamentalità algoritmica"*, Modena, 2023; nonché i contributi citati a nota 90.

⁶³ D. RUGGIU, *Gamification: lavorare giocando fa bene, ma attenti a privacy ed effetto "uomo criceto"*, in *Agenda-digitale.eu*, 19 maggio 2021; ID., *L'accordo totale: il sogno segreto della governance. I processi di gamification nell'ambiente di lavoro*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2021, 53 ss.

⁶⁴ D. RUGGIU, *Gamification: lavorare giocando fa bene cit.*

ben vedere, negli ultimi anni si sono mossi non più solo verso una progressiva sostituzione della forza lavoro con le macchine, ma *a contrario* verso una progettazione di modelli volti ad accostare l'efficienza della forza lavoro a quella della macchina, per rendere la prima «il perfetto complemento del robot»⁶⁵.

Inoltre, se il lavoro diventa un gioco in cui si scalano classifiche o si conquistano punti e/o premi, risulta più semplice valutare le *performance* reali dei lavoratori, monitorarne in tempo reale condotte, esiti e tempi, verificarne le capacità di lavorare in *team*, le abilità di *problem solving*, le attitudini, generando di fatto «ambienti saturi di misurazione»⁶⁶.

Ecco che la *gamification* riflette il volto della moderna alienazione, rischiando di trasformarsi in uno strumento di manipolazione e di sfruttamento cui sono del tutto estranee le dinamiche libere proprie del gioco⁶⁷.

Peraltro, l'alienazione moderna trova spazio in un contesto connotato da scarso potere sindacale a difesa della classe lavoratrice e da relazioni sempre più fluide e variabili⁶⁸. La "classe operaia" non si identifica più nell'immagine di sé costruita mediante le lotte otto-novecentesche e fatica a organizzarsi a livello sindacale in un mondo del lavoro così frammentato, rarefatto e mutevole⁶⁹. E, come in un circolo vizioso, questa scomposizione ed evanescenza delle classi sociali e delle forze sindacali ha finito inevitabilmente con il favorire un crescente disinteresse per la qualità del lavoro in una dimensione che va oltre il lavoro in senso stretto per includere la qualità della vita lavorativa e il significato stesso da attribuire al lavoro. Il lavoro rischia di perdere la sua capacità di costituire la bussola del percorso esistenziale dell'essere umano, fino a dissolversi e nascondersi nelle pieghe di una società liquida, in una condizione di permanente incertezza che interessa tutti gli ambiti di vita e di esperienza della persona⁷⁰.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Così L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 113.

⁶⁷ I. BOGOST, *op. cit.*, 65 ss.; T.W. KIM, *Gamification of labor and the charge of exploitation*, in *Journal of Business Ethics*, 2018, spec. 30 s.; T.W. KIM, K. WERBACH, *More than just a game: ethical issues in gamification*, in *Ethics and Information Technology*, 2016, 161 ss.; S. CONWAY, *Zombification? Gamification, motivation and the user*, in *Journal of Gaming & Virtual World*, 2014, 3. Parla di gioco dello sfruttamento B. PEEL, in <https://jacobinitalia.it>, 1 luglio 2023.

⁶⁸ C. CROUCH, *Il declino delle relazioni industriali nell'odierno capitalismo*, in *Stato e mercato*, 2012, 55 ss.; L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Roma-Bari, 2012.

⁶⁹ Cfr. il documento OIL, *I sindacati in transizione*, settembre 2020. In dottrina v. U. GARGIULO, P. SARACINI, *Riflettendo su parti sociali e innovazione tecnologica: contenuti, ratio e metodo*, in U. GARGIULO, P. SARACINI (a cura di), *Parti sociali e innovazione tecnologica, Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati*, 15, 2024, 9 ss.; M. D'ONGHIA, *Remotizzazione del lavoro, relazioni sindacali e tutela della salute dei lavoratori*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica*, in *Quaderni della rivista Diritti Lavori Mercati*, 11, 2021, 251 ss.; G. RECCHIA, *Alone in the Crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1, 2018, I, 141 ss.; M. FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del web*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 179 ss.

⁷⁰ Sulla efficace metafora della liquidità v. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

4. Prevenzione e gestione dei rischi psicosociali sul lavoro

Se il lavoro alienato, com'è evidente, rappresenta l'esito di fattori connessi all'organizzazione in cui il lavoratore è inserito, occorre muovere proprio da tali aspetti per costruire una solida e sostenibile strategia volta a prevenire e gestire gli sviluppi derivanti dalla moderna alienazione. La progettazione, l'organizzazione e la gestione del lavoro, possibili cause di pregiudizi di matrice sociale e psicologica, allo stesso tempo, costituiscono l'ambito entro cui rintracciare la soluzione (o, meglio, le soluzioni) per assicurare una tutela piena della salute del lavoratore.

L'obiettivo della corretta gestione di tutti i rischi sul lavoro, inclusi quelli di natura psicosociale, trova un saldo ancoraggio normativo *in primis* nel disposto codicistico.

L'art. 2087 cod. civ. assorbe i fattori organizzativi, dimostrandosi capace di accogliere le (e adattarsi alle) dinamiche gestionali e relazionali prodotte o condizionate dalle profonde trasformazioni del mercato del lavoro e dei modelli di organizzazione del lavoro.

Già il richiamo alla personalità morale presente nella lettera della norma, in quanto espressione del principio per cui, nell'esecuzione del rapporto di lavoro, deve essere rispettata a tutto tondo la "persona" che lavora⁷¹, consente alla tutela di dispiegare il suo potenziale con riguardo a condotte con ricadute a carattere psicosociale. Un progressivo adeguamento del perimetro dell'obbligo di sicurezza è poi assicurato dalla struttura dinamica della norma e dall'attività esegetica svolta dalla giurisprudenza.

Muovendo dalla nozione costituzionalmente orientata dell'art. 2087 c.c., nella lettura che va consolidandosi, la giurisprudenza pone l'accento sui fattori organizzativi e ambientali, riconoscendo la responsabilità datoriale a fronte di disfunzioni organizzative o anche del mantenimento di condizioni di lavoro stressogene, conflittuali o non rispettose dei principi ergonomici, quando siano causa di un pregiudizio alla salute del lavoratore⁷². In tal modo, si propone una nozione evoluta e sempre più ampia dell'obbligo di protezione capace di assorbire le molteplici situazioni, generatrici di pregiudizi immateriali, connesse a fenomeni disfunzionali dell'organizzazione, cui nel tempo le scienze sociali e mediche (e poi la stessa giurisprudenza) hanno fornito, tra le altre, le note "etichette" di *mobbing*, *straining*, *bossing*, *stalking* lavorativo, *burn out*⁷³. In questa prospettiva è configurabile una violazione dell'obbligo di sicurezza quando

«il datore di lavoro consenta, anche colposamente, il mantenersi di un ambiente stressogeno fonte di danno alla salute dei lavoratori ovvero ponga in essere comportamenti, anche in sé non illegittimi, ma tali da poter indurre disagi o *stress*, che si manifestino isolatamente o invece si connettano ad altri

⁷¹ L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1994, I, 322. Sulla responsabilità datoriale, anche in contesti aziendali evoluti sul versante tecnologico, v., da ultimo, M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro. Una proposta di ricomposizione*, Torino, 2024.

⁷² C. DI CARLUCCIO, *Il datore di lavoro non risponde solo di mobbing! Ambiente di lavoro "stressogeno", danni alla salute del lavoratore e responsabilità ex art 2087 cod. civ.*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2024, II, 252 ss.

⁷³ Cfr. Cass. 19 ottobre 2023, n. 29101; Cass. 18 ottobre 2023, n. 28923; Cass. 7 febbraio 2023, n. 3692; nonché le pronunce citate nelle note che seguono.

comportamenti inadempienti, contribuendo ad inasprirne gli effetti e la gravità del pregiudizio per la personalità e la salute latamente intesi»⁷⁴.

Siffatta lettura è coerente con le istanze di protezione sottese al moderno approccio biopsicosociale alla salute e si conforma all'interpretazione che, a partire dall'ampia categoria dello *stress* lavorativo *supra* richiamata, rimarca gli effetti unitari nascenti dalle criticità organizzative sul lavoro, nelle loro molteplici articolazioni. La giurisprudenza opportunamente conferma la centralità dello *stress* lavoro correlato, tramite necessario perchè il rischio di matrice psicosociale produca un danno effettivo alla salute del lavoratore⁷⁵. L'etichetta utilizzata per descrivere le condotte lesive materializzate in relazione alla singola fattispecie concreta, priva di per sé di autonoma rilevanza giuridica, finisce così per assumere un rilievo meramente descrittivo e tassonomico⁷⁶.

Non è un caso che proprio lo *stress* correlato al lavoro abbia ottenuto un esplicito riconoscimento legislativo nel d.lgs. n. 81/2008. L'art. 28 ricomprende espressamente nella tutela antinfortunistica i rischi collegati allo *stress* lavoro-correlato (definito secondo il richiamo all'Accordo europeo dell'8 ottobre 2004, *Framework Agreement on work-related stress*⁷⁷ e alle indicazioni fornite dalla Commissione consultiva permanente per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro del 17 novembre 2010⁷⁸), sottintendendo il riferimento al più ampio e indistinto *genus* dei rischi di natura psicosociale⁷⁹. *Stress* lavoro-correlato e rischi psicosociali si configurano, infatti, come termini fungibili e, a prescindere dalla loro valenza teorico-descrittiva, il riferimento al primo funge da lasciapassare per l'intera categoria

⁷⁴ Cass., ord., 16 febbraio 2024, n. 4279; Cass., ord., 18 ottobre 2023, n. 28923, cit.; Cass., ord., 7 febbraio 2023, n. 3692, cit.; Cass. 30 novembre 2022, n. 35235; Cass. 15 novembre 2022, n. 33639; Cass. 11 novembre 2022, n. 33428; Cass. 10 dicembre 2019, n. 32257; Cass. 19 dicembre 2016, n. 3291. Un allargamento dei confini, questo, che segna un "ritorno al diritto" (M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Milano, 2022, 138) perché consente di superare le storture generate dalla costruzione giurisprudenziale formatasi intorno alla figura del *mobbing*, nelle cui maglie è rimasto a lungo imbrigliato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di risarcibilità dei danni alla salute, con un pregiudizio per le pretese dei prestatori di lavoro, rigettate a fronte della riscontrata assenza di un *animus nocendi* in capo al datore senza svolgere un'analisi della fattispecie concreta nel più ampio contesto della responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c.

⁷⁵ Così M. PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, in *I Working Papers di Olympus*, 2, 2011, 3 ss. il quale sottolinea che rischi psicosociali costituiscono antecedenti necessari al verificarsi di una condizione di *stress*.

⁷⁶ La "categorizzazione" delle condotte lesive è utile per sanzionarle più efficacemente (anche attraverso un pieno risarcimento dei danni), ma soprattutto per riuscire a prevenirle in maniera adeguata.

⁷⁷ Sull'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008 che ha recepito l'Accordo quadro v., per tutti, D. GOTTARDI, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo*, in *Il sole 24ore*, 2008, 20 ss.

⁷⁸ Cfr. circolare Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro del 18 novembre 2010, su cui v. M. TIRABOSCHI, M. GIOVANNONE, *Valutazione stress lavoro-correlato: indicazioni della Commissione consultiva*, in *Guida al Lavoro*, 46, 2010, 10 ss., nonché A. AVARELLO, T. FANUCCHI, *Questioni aperte nella rilevazione del rischio stress lavoro-correlato*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2021, spec. 6 ss.

⁷⁹ L. ANGELINI, *Dalle species al genus (e viceversa). Note sull'obbligo di valutazione dello stress lavoro-correlato e dei rischi psico-sociali*, in L. ANGELINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione*, in *I Working Papers di Olympus*, 31, 2014, 78 ss. Lo stress lavoro-correlato si configura come «collettore unico» dei danni che possono essere prodotti dai suddetti rischi sul benessere dei lavoratori, secondo la prospettiva interpretativa di cui al modello posto dall'Osha: v. T. COX, E. GRIFFITHS, *The assessment of psychosocial hazards at work*, in M.J. WINNUBST, CL. COOPER (edited by), *Handbook of Work and Health Psychology*. Chilster, Wiley e Son, 1995.

generale dei rischi psicosociali nel sistema del d.lgs. n. 81/2008, aprendo un varco alla valutazione di ogni rischio di matrice psicosociale e organizzativa⁸⁰.

All'esito dell'attività valutativa il datore di lavoro deve indicare, nell'apposito documento, le misure di prevenzione e di protezione adeguate alle disfunzionalità organizzative individuate. Si tratterà principalmente di provvedimenti di revisione degli assetti organizzativi e relazionali idonei a garantire un ambiente di lavoro sano, un positivo clima organizzativo e un *management* delle risorse umane trasparente, sostenibile e inclusivo⁸¹ ovvero di soluzioni assimilabili ad "accomodamenti ragionevoli", funzionalizzati in una più ampia logica di salute-benessere dei lavoratori⁸². Ci si riferisce, in particolare, ad azioni che attengono alla misurazione e all'organizzazione di carico, tempi e ritmi di lavoro: progettazione dei posti di lavoro in modo che corrispondano alle capacità dei lavoratori e alle loro competenze e che siano assegnate risorse strumentali e tempo congrui per lo svolgimento delle mansioni; articolazione dell'orario di lavoro e dei turni così da favorire un bilanciamento lavoro-vita, evitando, tra l'altro, il ricorso incontrollato allo straordinario; progettazione di attività formative per il personale nell'uso delle tecnologie e nella gestione dell'autonomia; elaborazione e implementazione di protocolli per la fatica informatica e la violenza digitale. Possono essere ricondotte ad azioni correttive di tipo organizzativo anche gli interventi che consentono la gestione delle condizioni di disagio al lavoro e dei comportamenti prevaricatori o illeciti. L'adozione di un codice etico o di comportamento può, ad esempio, essere un buon strumento per facilitare l'identificazione di comportamenti non accettabili in azienda e responsabilizzare la *governance* nella promozione e applicazione delle procedure per contrastarli⁸³. A quelle richiamate si aggiungono azioni che si dipanano sul piano delle dinamiche relazionali. Tra le misure prospettabili, trovano uno spazio sempre più ampio quelle che agiscono sulle discrepanze tra organizzazione lavorativa e persone. Queste costituiscono una delle possibili articolazioni dello stress lavoro-correlato nella lettura giurisprudenziale che assorbe le situazioni lavorative conflittuali di stress forzato nel vincolo derivante dall'art. 2087 c.c., di fatto riformulando la nozione di conflittualità sul lavoro⁸⁴.

⁸⁰ L. CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2012, spec. 265 e 279.

⁸¹ Tali indicazioni trovano conferme, da ultimo, nel *report* Eu-Osha, *Managing psychosocial risks in European micro and small enterprises: Qualitative evidence from the Third European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER 2019)*, aprile 2022. Sulla sempre più decisiva importanza dell'organizzazione nella costruzione dei sistemi di prevenzione aziendale v. G. NATULLO, *L'organizzazione delle imprese a tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori e dei cittadini*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica*, in *Quaderni della rivista Diritti lavori mercati*, 11, 2021, 129 ss.

⁸² Cfr., tra i contributi più recenti, L. CALCATERRA, *L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. come accomodamento ragionevole*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2024, 1 ss.; C. ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 4, 2021, II, 599 ss.; D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 6, 2019, 21 ss.; C. SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Diritti Lavori Mercati*, 1, 2017, 39 ss.

⁸³ Cfr. il documento *Dallo stress lavoro correlato alla prevenzione dei rischi psicosociali* della Consulta Interassociativa Italiana per la Prevenzione (CIIP), dicembre 2022, spec. 13.

⁸⁴ Cfr. Cass. 7 giugno 2024, n. 15957; Cass. 26 febbraio 2024, n. 5061 e Cass. 21 febbraio 2024, n. 4664; Cass. 16 febbraio 2024, n. 4279; Cass. 12 febbraio 2024, n. 3791; Cass. 12 febbraio 2024, n. 3822; Cass., 12 febbraio 2024, n. 3856; Cass. 31 gennaio 2024, n. 2870, cit.; Cass. 19 gennaio 2024, n. 2084.

In questa cornice occorre collocare, ben al di là degli angusti confini dello *smart working*, anche meccanismi volti a dare effettività e piena applicazione al diritto alla disconnessione, inteso quale diritto a potersi disconnettere dai *device*, a non essere sempre e ininterrottamente reperibili, a non essere destinatari di richieste lavorative e a non doverle soddisfare fuori dell'orario di lavoro o durante le pause, i permessi, i congedi e le ferie, senza subire alcuna ripercussione sul piano retributivo e/o sulla prosecuzione del rapporto di lavoro⁸⁵.

Al fine di attivare un reale processo di cambiamento all'interno delle organizzazioni è necessario coinvolgere nella gestione e organizzazione del lavoro tutti gli attori aziendali interessati. Del resto, ex art 29 d.lgs. n. 81/2008, il datore deve valutare i rischi ed elaborare il relativo documento operando «in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente» (co. 1) e «previa consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza» (co. 2). Inoltre, in relazione alla valutazione del rischio da *stress* lavoro correlato, la Commissione consultiva di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 81/2008 prevede il coinvolgimento dei rappresentanti aziendali per l'individuazione di "eventi sentinella" e per l'elaborazione di azioni di miglioramento (co. 8).

L'approccio partecipativo deve estendersi ai lavoratori e al *management*, protagonisti dell'implementazione delle misure volte a prevenire i rischi psicosociali o a contenerne l'impatto ma anche ad accrescere il livello di consapevolezza rispetto alla salute mentale sul lavoro⁸⁶, soprattutto attraverso lo strumento nevralgico della formazione.

Solo una piena partecipazione dei componenti del sistema di prevenzione aziendale, dei soggetti che ricoprono funzioni nevralgiche nel contesto aziendale, della *governance* e dei singoli lavoratori può garantire il cambiamento culturale indispensabile per lo sviluppo di piani d'azione congiunti finalizzati alla tutela piena della salute e del benessere sul lavoro. Le misure di prevenzione e protezione individuate in sede di valutazione del rischio *stress* da lavoro correlato devono, infatti, essere parte integrante delle altre azioni di *management* organizzativo intraprese dal vertice aziendale, essendo essenziale che si attivi un dialogo con gli esiti di altre analisi e politiche quali, ad esempio, indagini di clima, bilancio di genere, protocolli di sicurezza informatica, politiche di conciliazione, percorsi di inclusione⁸⁷. Nell'ambito di una lettura evolutiva che considera la dimensione fisica della protezione del lavoratore unitamente a quella psicosociale, si rimarca la necessità di investimenti sulla c.d. "salute organizzativa"⁸⁸ con un approccio *human centred*, coerentemente con le recenti politiche, strategie e iniziative internazionali, europee e nazionali. Una prospettiva, questa, sottesa anche ai "nuovi" strumenti messi

⁸⁵ Sul diritto alla disconnessione v. A. PRETEROTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, in *AmbienteDiritto.it*, 3, 2023, cui si rinvia anche per la bibliografia sul tema.

⁸⁶ AA.VV., *Improving Working Conditions and Job Satisfaction in Health-care: A Study Concept Design on a Participatory Organizational Level Intervention in Psychosocial Risks Management*, in *International Journal Environmental Research and Public Health*, 17(10), 3677, 2020; K. NIELSEN, M. CHRISTENSEN, *Positive Participatory Organizational Interventions: A Multilevel Approach for Creating Healthy Workplaces*, in *Frontiers Psychology*, 2021.

⁸⁷ Cfr. S. BUOSO, *Definire e qualificare il benessere organizzativo*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2019, 26 s., che evidenzia «le molteplici intersezioni sussistenti tra obbligo di sicurezza e valutazione dei rischi nonché valore della dignità umana ed eguaglianza tra le persone, rilevando che il benessere organizzativo si configura come integrazione di sotto-sistemi, ciascuno profondamente legato agli altri».

⁸⁸ Sulla «salute organizzativa» v. per tutti P. PASCUCCI, *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2016, 78 ss.

in campo dall'ordinamento euro-unitario, quali la direttiva sulle piattaforme⁸⁹ e il regolamento sull'I.A.⁹⁰ che, tra l'altro, propongono di mitigare le criticità connesse alla gestione algoritmica del lavoro aumentando la trasparenza, introducendo la regola della supervisione umana sui processi decisionali automatizzati e prevedendo il vincolo di consultare i lavoratori e i loro rappresentanti prima dell'introduzione sul posto di lavoro di sistemi automatici di decisione, monitoraggio e valutazione.

5. Promuovere la salute mentale per un lavoro sostenibile e antropocentrico

La moderna alienazione sollecita una rinnovata attenzione, nei luoghi di lavoro, rispetto ai temi della prevenzione dei rischi psicosociali-organizzativi e della gestione della malattia e del disagio mentale⁹¹, come pure il riconoscimento di un ruolo essenziale alla promozione della salute (anche) mentale con l'obiettivo primario di adeguare il lavoro all'uomo. Emerge con forza l'esigenza di un approccio antropocentrico, rispetto a cui l'innovazione tecnologica deve continuare ad essere un mezzo a disposizione dell'uomo e non può assurgere a fine⁹².

Le problematiche concernenti la qualità del lavoro e la domanda di un lavoro pieno di significato, non alienante, devono ritornare al centro dell'attenzione nei molteplici spazi in cui si attivano i processi di regolazione del lavoro⁹³, a cominciare dalla singola organizzazione.

Per mettere in atto un percorso di questo tipo, che contempra il miglioramento continuo dei livelli di sicurezza e benessere sul lavoro, l'organizzazione deve utilizzare l'analisi dei fattori stressogeni come punto di partenza per un'attività globale di prevenzione e gestione dei rischi e per una conseguente (ri)progettazione degli interventi correttivi e promozionali in funzione dei fattori critici emersi. Il datore ha, infatti, la responsabilità di coltivare un ambiente di lavoro sano, che infonda un senso di scopo e di

⁸⁹ Tra i contributi più recenti v. M. AIMO, *Trasparenza algoritmica nel lavoro su piattaforma: quali spazi per i diritti collettivi nella proposta di direttiva in discussione?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2024, 2 ss.; M. PERUZZI, *Sistemi automatizzati e tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2024, 78 ss.; G. SMORTO, A. DONINI, *L'approvazione della Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali: prima lettura*, in *Labour & Law Issues*, 2024, 25 ss.

⁹⁰ Tra le riflessioni più recenti, con riferimento ai profili in esame, v. M. BIASI (a cura di), *op. cit.*; S. CAIROLI, *op. cit.*; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2024, 2 ss.; M. DELFINO, *Artificial Intelligence, Robotics and Fundamental Rights*, in *User Perspectives in Human-Centred Artificial Intelligence*, 2023 - CEUR Workshop Proceedings, in <https://ceur-ws.org/Vol-3502>; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, cit. Cfr. altresì M. PERUZZI, *Sistemi automatizzati e tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, cit., che, tra l'altro, richiama la specifica deroga prevista nel Regolamento al divieto di utilizzo di sistemi di riconoscimento delle emozioni sul luogo di lavoro nel caso in cui gli stessi siano sviluppati, commercializzati e utilizzati per ragioni mediche o di sicurezza, ad esempio per rilevare la fatica e la disattenzione (art. 5, par. 1, lett. f). Pur non potendosi soffermare in questa sede su questi profili, preme evidenziare che una siffatta deroga, introdotta nel testo finale di "compromesso" raggiunto in sede di negoziato interistituzionale, può prestare il fianco a possibili strumentalizzazioni e abusi.

⁹¹ Sulla gestione del disagio mentale sul lavoro v. *amplius* C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale* cit., spec. 211 ss.

⁹² Sulla difficoltà a «praticare un antropocentrismo equilibrato» v. L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 18; T.TREU, *op.cit.*, 16.

⁹³ L'Atlante sulla salute mentale 2020 dell'OMS ha rilevato che solo il 35% dei Paesi dispone di programmi nazionali per la promozione e la prevenzione della salute mentale legata al lavoro (in <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/345946/9789240036703-eng.pdf?sequence=1>).

comunità, che non alimenti competizione patologica o sovraccarichi, offra il giusto supporto ai dipendenti e favorisca modelli di comportamento che possano portare equilibrio tra vita lavorativa ed extra lavorativa⁹⁴. Ciò, tuttavia, senza riconoscere spazio a «impalpabili ed effimere pretese individualistiche», potendosi rintracciare nel dato normativo vigente un obbligo a creare e mantenere un ambiente salubre ma non «su misura per ogni lavoratore, se non, addirittura orientato alla felicità»⁹⁵. L'obbligo di prevenire situazioni di rischio non equivale, infatti, a riconoscere in capo al prestatore di lavoro il diritto alla felicità sul luogo di lavoro⁹⁶; né si può assimilare la sofferenza e/o il disagio causati dalla generale insoddisfazione per il proprio lavoro ai disturbi patologici oggettivamente imputabili all'organizzazione o, ancora, lo *stress* che scaturisce da condizioni familiari e/o sociali a quello indotto da scelte organizzative datoriali. Diversamente ragionando, si aprirebbe la via a una responsabilità quasi automatica, oggettiva⁹⁷ che, peraltro, rischierebbe, paradossalmente, di pregiudicare la dimensione prevenzionistica della tutela, la sola capace di garantire effettività ai diritti fondamentali della persona implicati nel rapporto di lavoro⁹⁸.

La prevenzione e gestione dei rischi psicosociali legati al lavoro non rappresenta solo un imperativo giuridico e un obbligo morale ma anche un buon investimento per i datori di lavoro e la collettività.

Al di là delle ricadute sul singolo e sulla popolazione lavorativa attiva, i costi economici e sociali della malattia mentale sono ingenti per le imprese e per la collettività. Molteplici analisi da tempo rilevano il peso che le imprese sopportano a causa delle malattie o del disagio mentale dei dipendenti, che si traducono di frequente in elevati tassi di assenteismo e presenzialismo, incremento di incidenti causati da errore umano, continuo *turnover* del personale e/o abbandono precoce del lavoro, infortuni sul lavoro e/o manifestazione di malattie professionali, fenomeni di scarsa produttività o cattiva reputazione dell'organizzazione⁹⁹. Siffatto carico è traslato sulla collettività attraverso misure previdenziali e assistenziali. Nei paesi OCSE si stima che tali costi siano superiori al 4% del PIL¹⁰⁰, tenendo conto dei costi diretti e indiretti per i servizi sociosanitari a lungo termine e per le spese mediche legate a una maggiore necessità di assistenza sanitaria (determinata pure dall'incremento di altre patologie per comorbidità). In più, con specifico riguardo al trattamento farmacologico delle condizioni psichiatriche si

⁹⁴ Su questi profili v., per tutti, AA. Vv., *Wellbeing Costs of Technology Use during Covid-19 Remote Working* cit., spec. 13 ss.

⁹⁵ Così, da ultimo, M. BIASI, *Dalla prevenzione del mobbing alla promozione del benessere sul luogo di lavoro?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 3 e 13, cui si rinvia anche per la bibliografia in materia.

⁹⁶ G. LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2011, 421.

⁹⁷ Sul punto v., per tutti, M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro* cit., 40.

⁹⁸ Sulla centralità e prevalenza dell'azione di adempimento rispetto all'azione risarcitoria in relazione alla violazione dell'obbligo di sicurezza v. *amplius* P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2008.

⁹⁹ Cfr. i report Deloitte, *Mental health and employers. Refreshing the case for investment*, gennaio 2020; S. LEKA, A. JAIN, *Mental health in the workplace in Europe*, EU Compass for Action, 2017; Eu-Osha, *Calculating the cost of work-related stress and psychosocial risks*, 2014, 7 ss.; CHAFAEA, *Matrix Insight: Economic analysis of workplace mental health promotion and mental disorder prevention programmes and of their potential contribution to EU health, social and economic policy objectives*, Final Report, 2013, 31 ss.

¹⁰⁰ Cfr. il rapporto OCSE, *Fitter Minds, Fitter Jobs. From Awareness to Change in Integrated Mental Health, Skills and Work Policies*, cit., 11.

osservano livelli molto bassi di aderenza allo stesso: nel nostro Paese la quota di pazienti che, su prescrizione medica, assume antidepressivi in modo continuativo e appropriato è appena il 20%, mentre circa il 50% sospende il trattamento nei primi 3 mesi di terapia e oltre il 70% nei primi 6 mesi. Ciò si traduce in una ridotta efficacia del trattamento farmacologico, con conseguente aumento di complicanze per il malato e aggravio di spesa per il Servizio Sanitario Nazionale¹⁰¹.

Gli enormi costi derivanti da una “cattiva” salute mentale, al contempo, rivelano i vantaggi significativi, in termini anche monetari, che gli interventi di promozione della salute mentale comportano. In particolare, si è calcolato che la redditività netta dell’investimento nei programmi di promozione della salute mentale sul luogo di lavoro nell’arco di un anno variava da 0,81 euro a 13,62 euro per ogni euro speso nel programma¹⁰². Già nel 2009, il *National Institute for Health and Care Excellence* nel Regno Unito osservava che, con un approccio sistemico, le perdite di produttività determinate da indebiti stress e cattiva salute mentale potrebbero ridursi del 30% e che per un’azienda di 1000 dipendenti potrebbe esserci un risparmio netto superiore a 473000 sterline¹⁰³. A cascata sarebbero significative le ricadute sull’intera collettività per effetto delle connessioni più volte sottolineate.

Tali risultanze, accostate alle letture giurisprudenziali più progressiste che si stanno diffondendo in materia di tutela assicurativa¹⁰⁴, confermano la centralità dell’ambiente di lavoro e dei profili organizzativi anche nella prospettiva di gestione dei costi e dei rischi generati dalle “disfunzioni” organizzative e dal contenzioso che ne può scaturire a carico dei singoli lavoratori, delle organizzazioni e dell’intera collettività, pure in termini di sistemi di protezione sociale.

Dunque, finanche in una logica di costi-benefici, le organizzazioni sono spinte ad adottare modelli organizzativi fortemente orientati al profilo prevenzionale o *standard* di sicurezza superiori alla soglia minima legale, funzionali a garantire il benessere organizzativo sul lavoro e, più in generale, a valorizzare il capitale umano presente all’interno delle organizzazioni¹⁰⁵.

Una sollecitazione a costruire un modello di lavoro di qualità, sostenibile sul versante economico e sociale, viene anche dalle istituzioni sovranazionali, tenuto conto dell’impatto di questi profili su crescita economica e coesione sociale e sulla tenuta complessiva del modello di vita europeo (e mondiale) rispetto al rischio che ampie fette di popolazione possano essere escluse dal lavoro ovvero occupate

¹⁰¹ Cfr. i dati presenti sul sito dell’Agenzia Italiana del Farmaco, in <https://www.aifa.gov.it/-/disturbi-mentali-in-aumento-nei-paesi-ad-alto-reddito-la-prossima-grande-epidemia>.

¹⁰² Cfr. AA. Vv., *Analisi economica dei programmi di promozione della salute mentale e prevenzione dei disturbi mentali sul luogo di lavoro e del loro potenziale contributo agli obiettivi politici dell’UE in materia socioeconomica e sanitaria*, 2013 (in http://ec.europa.eu/health/mental_health/docs/matrix_economic_analysis_mh_promotion_en.pdf), ricerca commissionata dall’Agenzia esecutiva per la salute e i consumatori.

¹⁰³ Cfr. National Institute for Health and Clinical Excellence, *Promoting Mental Wellbeing at Work*, 2009.

¹⁰⁴ Ci si riferisce alle letture che ampliano la tutela assicurativa fino a includere tra gli eventi protetti dalla garanzia Inail non solo l’infortunio e/o la tecnopatia, la cui origine sia riconducibile al rischio specifico proprio della lavorazione considerata, ma anche quelli derivati da un rischio generico improprio, collegato alla prestazione perché connesso alle modalità di organizzazione del lavoro e alle condizioni ambientali in cui questo viene svolto: cfr. Cass. 25 ottobre 2022, n. 31514, che ha riconosciuto l’indennizzabilità della malattia provocata dalle modalità di organizzazione del lavoro (nel caso di specie il disturbo *post-traumatico da stress* cronico, con depressione e ansia, conseguente all’azione di *mobbing* messa in atto dal datore). Negli stessi termini Cass. 11 ottobre 2022, n. 29515; Cass. 11 ottobre 2022, n. 29611; Cass. 22 febbraio 2022, n. 5814; Cass. 14 maggio 2020, n. 8948; Cass. 5 marzo 2018, n. 5066; A. Firenze 21 settembre 2023, n. 559.

¹⁰⁵ P. ALBI, *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, cit., spec. 876 s.

in lavori alienanti, insicuri, precari, sottopagati¹⁰⁶. L'invito è rivolto principalmente alle organizzazioni, cui vengono offerte indicazioni operative per costruire azioni dirette a garantire un ambiente lavorativo sano e antropocentrico, attraverso l'investimento in formazione manageriale e dei collaboratori, interventi individuali di *empowerment* finalizzati a rafforzare la capacità degli individui di affrontare i fattori di *stress* connessi sia alla sfera privata sia alla sfera lavorativa, azioni di supporto per il rientro al lavoro dopo un'assenza prolungata determinata da un disagio e/o una malattia mentale, inserimento lavorativo di persone affette da problemi di salute mentale¹⁰⁷.

È evidente che un tale approccio sistemico e antropocentrico si costruisce attraverso una molteplicità di azioni che includono la garanzia della salute mentale e non possono esaurirsi solo sul piano, primario, della salute e della sicurezza sul lavoro, pure declinato in chiave promozionale. Per assicurare un lavoro di qualità e in salute, come già rimarcato, tale piano deve necessariamente incrociare una pluralità di ambiti che spaziano dall'uguaglianza e non discriminazione alla gestione delle risorse umane, dalla tutela della professionalità alla protezione della dignità della persona, dalle politiche di conciliazione a quelle di rientro al lavoro, dal sostegno della partecipazione alla progettazione di percorsi di invecchiamento attivo e di *welfare* aziendale. Solo il pieno superamento di una prospettiva monistica può consentire di agire sui (e, prima ancora, intercettare i) molteplici sotto-sistemi attraverso cui può concretizzarsi lo *stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*¹⁰⁸, imprescindibile per assicurare la fondamentale dimensione esistenziale e sociale del lavoro.

¹⁰⁶ Cfr. la dichiarazione del Consiglio d'Europa su *Salute mentale e lavoro precario* del 9 ottobre 2023 che invita ad agire sul versante della prevenzione secondaria e terziaria creando un mercato del lavoro inclusivo che accolga e sostenga le categorie svantaggiate ad alto rischio di esclusione. Nel 2023 la Commissione Europea ha rivolto una comunicazione specifica al Parlamento europeo riguardante una strategia complessiva per la salute mentale con l'obiettivo di creare una cornice nella quale imprese e organizzazioni del lavoro possano collaborare per ridurre lo *stress* di matrice psicosociale e sostenere la coesione sociale.

¹⁰⁷ In tal senso cfr. *WHO Guidelines on mental health at work*, 2022. V. altresì Eu-Osha, *Guidance for workplaces on how to support individuals experiencing mental health problems*, agosto 2024.

¹⁰⁸ Così la nota definizione riportata nel Preambolo della Costituzione dell'OMS (firmata il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948) che sottende un dialogo aperto tra la componente fisiologica e quelle emotive, sociali, economiche e ambientali. La dimensione immateriale e sociale della salute – e della salute mentale – è stata ripresa nel nostro ordinamento giuridico anche con riferimento al lavoro e, più specificamente, all'ambito della salute e sicurezza sul lavoro: v. art. 2, co. 1, lett. o, del d.lgs. n. 81/2008.

Vizio di mente, psichiatria e diritto penale nel centenario della nascita di Franco Basaglia

Gianluca Gentile*

INSANITY, PSYCHIATRY AND CRIMINAL LAW IN THE CENTENARY OF FRANCO BASAGLIA'S BIRTH

ABSTRACT: In his scientific and cultural itinerary, Franco Basaglia always criticized the nosographic approach of traditional psychiatry, in the belief that there was an irreparable contradiction between the objectivity of science and the subjectivity of the patient. The debate between the different explanatory models of mental distress is also reflected on the penal discipline of insanity, which straddles empirical knowledge and the constitutional principles of guaranteeing the defendant, and on the tasks of the judge, who is entrusted with the difficult role of gatekeeper of the scientific method.

KEYWORDS: Franco Basaglia; mental illness; Raso Case; DSM; judicial epistemology

ABSTRACT: Nel suo itinerario scientifico e culturale, Franco Basaglia ha sempre criticato l'approccio nosografico della psichiatria tradizionale, nella convinzione che tra l'oggettività della scienza e la soggettività del paziente ci fosse una contraddizione insanabile. Il dibattito tra i diversi modelli esplicativi del disagio psichico si riflette anche sulla disciplina penalistica del vizio di mente, che si pone a cavallo tra i saperi empirici e i principi costituzionali di garanzia dell'imputato, e sui compiti del giudice, al quale è affidato il difficile ruolo di custode del metodo scientifico.

PAROLE CHIAVE: Franco Basaglia; vizio di mente; sentenza Raso; DSM; epistemologia giudiziaria

SOMMARIO: 1. Basaglia e la legge Basaglia – 2. «Mettere tra parentesi la malattia» – 3. Il vizio di mente nel codice del codice penale del 1930 – 4. La nozione allargata di infermità mentale. – 5. Sui nuovi modelli nosografici. – 6. Il giudice e il perito.

1. Basaglia e la legge Basaglia

Francò Basaglia (1924-1980) è passato alla storia come «l'uomo che chiuse i manicomi»¹, avendo dedicato la sua vita a combattere contro la segregazione dei malati psichici.

* Professore associato di diritto penale, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli. Mail: gianluca.gentile@uni-sob.na.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Già nel titolo, J. FOOT, *The Man Who Closed the Asylums. Franco Basaglia and the Revolution in Mental Health Care*, London-New York, 2015 (in italiano, J. FOOT, *La "Repubblica dei Matti". Franco Basaglia e la psichiatria*

Per questo motivo, il suo nome è legato alla legge 13 maggio 1978, n. 180, che ha stabilito il «graduale superamento degli ospedali psichiatrici»² ed esplicitato il principio personalista dell'autodeterminazione terapeutica³. Mettendo in primo piano la salute, la libertà e la dignità delle persone affette da malattia mentale⁴, la misura del trattamento sanitario obbligatorio (TSO) in condizioni di degenza ospedaliera è stata così circoscritta ai casi di urgenza terapeutica certificata da due medici, subordinata all'assenza di opzioni extraospedaliere e affidata allo scrutinio del giudice tutelare.

In questo modo è stato abbandonato l'approccio custodialistico della legge 14 febbraio 1904, n. 36, che subordinava l'ammissione in manicomio delle «persone affette per qualunque causa da alienazione mentale» ai duttili presupposti del pubblico scandalo e della pericolosità per sé e per altri⁵. In un clima orientato alla repressione del dissenso, ciò aveva consentito l'internamento di renitenti alla leva obbligatoria, anarchici, antifascisti, mogli riottose, e così via⁶.

Nonostante gli indubbi meriti della legge 180⁷, che indussero Norberto Bobbio a indicarla come una riforma ispirata al valore fondamentale della libertà⁸, Basaglia non si mostrò entusiasta del provvedimento che avrebbe preso il suo nome.

In effetti, più che di legge Basaglia dovrebbe parlarsi di legge Orsini⁹. Il relatore della legge – che fu stralciata dalla complessiva riforma del sistema sanitario e approvata in una manciata di giorni dalle

radicale in Italia, 1961-1978, Milano, 2014). Nel linguaggio giuridico, si parla di «ospedale psichiatrico» e non più di «manicomio» a partire dalla l. 18 marzo 1968, n. 431.

² Cfr. l'art. 7, l. 180/1978, dove si prevedeva anche il divieto di «costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali, istituire negli ospedali generali divisioni o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o sezioni neurologiche o neuropsichiatriche».

³ F. MANTOVANI, *Persona (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, II, Milano, 2008, 859, e qui altri riferimenti normativi. Ampi sviluppi in P. VENEZIANI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 10 ss., 275 ss.; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, 97 ss.

⁴ Così, A. VENCHIARUTTI, *Assistenza psichiatrica e protezione civilistica della persona disabile. Ricorrenze e ipotesi di riforma*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, 153, al quale si rinvia per una panoramica sulle innovazioni introdotte dalle leggi 180 e 833 del 1978.

⁵ Per un'analisi approfondita, M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, 388 ss.; U. GUERINI, *Il ricovero in ospedale psichiatrico come misura di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 173 ss.

⁶ Cfr. P. IANNI, *Cenni storici: dalla legge Giolitti alla legge Basaglia. Intervento al convegno "40 anni dopo: riflessioni sulla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Nomos*, 2, 2019, 3.

⁷ Li ribadisce F. POGGI, *Sul cammino di Basaglia. Problemi e proposte di modifica della normativa sul TSO per malattia mentale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, 127 ss., sia pure soffermandosi su alcuni nodi critici della legge 180. Esprime riserve anche R. MANFRELOTTO, *Livelli essenziali e ragionevolezza della funzione pubblica sanitaria: la prospettiva della legge n. 180 del 1978*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano-Udine, 2012, 284 ss.

⁸ Così si esprimeva il filosofo torinese in un colloquio su *Democrazia rappresentativa: quali rischi?* svolto nel 1985 per l'*Enciclopedia multimediale delle scienze filosofiche*, in www.teche.rai.it. (ultima consultazione 13/10/2024). Bobbio spiegava che una riforma consiste in una trasformazione della società ispirata a valori fondamentali, facendo l'esempio della legge 180 («buona o cattiva» che fosse). Mi sembra pertanto apocrifia la citatissima affermazione, attribuita a Bobbio senza mai citare la fonte, secondo cui la legge 180 sarebbe «l'unica vera legge di riforma» del nostro Paese (cfr. ad es. J. FOOT, *La "Repubblica dei Matti"*, cit., 283).

⁹ J. FOOT, *La "Repubblica dei Matti"*, cit., 285; D. PICCIONE, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4140 nota 6.

Commissioni igiene e sanità pubblica in sede legislativa – fu infatti Bruno Orsini, parlamentare democristiano e psichiatra appartenente all'AMOP (Associazione Medici Ospedali Psichiatrici Italiani), un gruppo che patrocinava la chiusura degli ospedali psichiatrici ma aveva un'impostazione più moderata rispetto al movimento fondato da Basaglia (Psichiatria democratica)¹⁰. Faceva parte dell'AMOP anche la deputata comunista Vanda Milano, che entrò in diretta polemica con Basaglia a proposito del TSO, avendo il primo sostenuto che il medico non poteva essere «arbitro della libertà personale dei cittadini»¹¹, e la seconda replicato che lo scopo della misura fosse quello di consentire al cittadino di «difendere la sua salute» piuttosto che «vivere la sua malattia»¹².

A conclusione dell'iter legislativo, Basaglia parlò di una «una legge transitoria», approvata in tutta fretta per evitare la celebrazione dell'incombente referendum sulla legge manicomiale del 1904, e perciò non «immune da compromessi politici»; certo, si superava la normativa previgente, che «con l'alibi della "pericolosità" di certi individui suggellava l'abbraccio mortale tra psichiatria e giustizia»; nondimeno, la legge 180 pretendeva comunque «di omologare la psichiatria alla medicina, cioè il comportamento umano al corpo», il che era assurdo tanto quanto accomunare «i cani con le banane»; posto che la sofferenza psichica scaturirebbe dalla repressione, e che la «visione segregante ed emarginante» sarebbe potuta riemergere anche negli ospedali comuni, la principale forma di terapia doveva consistere nel «combattere l'emarginazione a tutti i livelli»¹³.

Basaglia temeva che la strategia della «medicalizzazione» potesse non solo oscurare la dimensione sociale del disturbo psichico, ma anche tagliare fuori i «paramalati, parapsichiatrizzati, drogati, alcolisti, ecc.», per i quali si sarebbero dovute escogitare forme di assistenza alternative a quella medica¹⁴. Detto questo, Basaglia apprezzava il mutamento di prospettiva impresso dalla legge 180, che finalmente inseriva nella normativa sanitaria «il riconoscimento dei diritti dell'uomo, sano o malato», ponendo l'accento sul trattamento della malattia e non sulla pericolosità del malato¹⁵. In questo modo, anche se «le leggi sono un'astrazione se non vengono applicate»¹⁶, almeno sarebbe stato possibile stigmatizzare l'operato del medico che avesse continuato a criminalizzare il malato invece di curarlo¹⁷. Per Basaglia la chiusura degli ospedali psichiatrici era un risultato importante ma non conclusivo¹⁸. A lui interessavano le contraddizioni che la legge 180 avrebbe suscitato, gli equilibri che avrebbe destabilizzato, le ulteriori lotte che avrebbe fomentato¹⁹. La crisi aperta non doveva essere risolta con nuove

¹⁰ Secondo D. LASAGNO, *Oltre l'istituzione. Crisi e riforma dell'assistenza psichiatrica a Torino e in Italia*, Milano, 2014, 152, la legge 180 recepì sostanzialmente le istanze dell'AMOP.

¹¹ *Presa di posizione di «Psichiatria democratica»*, in *L'Unità*, 17 dicembre 1977, 2, che sintetizza un comunicato redatto da Basaglia e dal suo collega Agostino Pirella (così, D. LASAGNO, *Oltre l'istituzione*, cit., 149 e nota 69). Aveva parlato di «fermo di malattia», Massimo Gorla, di Democrazia proletaria, durante la discussione dei d.d.l. dal quale furono successivamente stralciate le disposizioni contenute nella legge 180 (CAMERA DEI DEPUTATI, *VII Legislatura - Discussioni - Seduta del 15 dicembre 1977*, Roma, 1977, 13363).

¹² V. MILANO, *Perché non si può parlare di «fermo sanitario»*, in *L'Unità*, 22 dicembre 1977, 4.

¹³ Così l'intervista a Basaglia di F. GILIBERTO, *Che dice Basaglia*, in *La Stampa*, 12 maggio 1978, 11.

¹⁴ F. BASAGLIA, *A proposito della nuova legge 180*, in F. BASAGLIA, *Scritti 1953-1980*, Milano, 2017, 910.

¹⁵ F. BASAGLIA, *Prefazione a Il giardino dei gelsi*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 900.

¹⁶ F. BASAGLIA, *A proposito della nuova legge 180*, cit., 906.

¹⁷ F. BASAGLIA, *Legge e psichiatria*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 895.

¹⁸ U. GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia*, Milano, 2006, 240.

¹⁹ F. BASAGLIA, *Legge e psichiatria*, cit., 897.

teorie, perché non si fa «cultura scrivendo libri, si fa cultura soltanto nel momento in cui si cambia la realtà»²⁰. Purtroppo una morte prematura impedì a Basaglia di farlo in prima persona. Spettò a Franca Ongaro, sua compagna di vita e di lavoro, il compito di battersi strenuamente affinché fosse portato a conclusione, dopo circa trent'anni, il «graduale superamento» degli ospedali psichiatrici²¹.

2. «Mettere tra parentesi la malattia»

Per comprendere meglio la posizione di Basaglia occorre fare un cenno al suo articolato itinerario intellettuale²², nel quale ogni tappa supera e allo stesso tempo conserva hegelianamente la precedente²³. Innanzitutto, lo studio della psicologia fenomenologica portò Basaglia ad abbandonare le categorie della psichiatria tradizionale, la quale considerava il malato «come un'entità astratta definibile secondo un sistema di categorie chiuse»²⁴, e lo condusse verso un approccio individualizzato volto a comprendere l'uomo, non a spiegarlo secondo la logica causale e oggettivante delle scienze naturali²⁵. Tuttavia l'impatto con la tragica realtà dei manicomi fece comprendere a Basaglia che anche l'approccio fenomenologico risentiva del carattere classista di tutta la psichiatria ufficiale, trattandosi di uno «strumento privilegiato per malati privilegiati»²⁶. Per curare il disagio psichico, spesso prodotto più dalla violenza insita nel processo di istituzionalizzazione manicomiale che dalla patologia in sé, occorreva «mettere tra parentesi la "malattia"» come astratta classificazione nosografica e rivolgere il proprio sguardo ai bisogni della persona in carne e ossa²⁷.

Bisognava inoltre comprendere che la psichiatria era una «scienza ideologica» nel senso marxiano del termine, tale da produrre una «falsa coscienza» che ostacolava la percezione della struttura sociale di

²⁰ F. BASAGLIA, *A proposito della nuova legge 180*, cit., 915.

²¹ Un quadro biografico in A. VALERIANO, *Contro tutti i muri. La vita e il pensiero di Franca Ongaro Basaglia*, Roma, 2022. L'accidentato percorso normativo che ha portato alla definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici è riassunto nell'*Indagine conoscitiva sulla chiusura degli ospedali psichiatrici*, in CAMERA DEI DEPUTATI, XIII LEGISLATURA, XII COMMISSIONE AFFARI SOCIALI, *Seduta del 16 luglio 1997*, Roma, 1997, 281 ss.

²² Lo ha ricostruito lo stesso F. BASAGLIA, *Introduzione generale ed esposizione riassuntiva dei vari gruppi di lavori*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 23 ss. Cfr. A. MOLARO, *Franco Basaglia*, in A. MOLARO, G. STANGHELLINI (a cura di), *Storia della fenomenologia clinica. Le origini, gli sviluppi, la scuola italiana*, Torino, 2020, 401 ss. Un bilancio sulla lezione basagliana dal punto di vista del diritto costituzionale in D. PICCIONE, *op. cit.*, 4143 ss.

²³ Riferimenti a Hegel, e in particolare alla dialettica servo - padrone, in F. BASAGLIA, *Ansia e malafede. La condizione umana del nevrotico*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 244 ss.; F. BASAGLIA, *Un problema di psichiatria istituzionale. L'esclusione come categoria socio-psichiatrica*, *ivi*, cit., 318 ss.

²⁴ F. BASAGLIA, *Introduzione generale*, cit., 24.

²⁵ La differenza tra comprendere (*verstehen*), che indica «la visione intuitiva dello spirito», e spiegare (*erkären*), che attiene ai «nessi causali obiettivi che sono sempre visti dal di fuori», si trova in K. JASPERS, *Psicopatologia generale*, Roma, 1964, 30. In merito, F. BASAGLIA, *Il mondo dell'«incomprensibile» schizofrenico attraverso la Daseinanalyse*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 47 ss.; F. BASAGLIA, *La soluzione finale*, *ivi*, 443, dove Jaspers è duramente criticato perché la categoria della comprensibilità, implicando che l'incomprensibile andrebbe discriminato, avrebbe una valenza «razzista».

²⁶ F. BASAGLIA, *Introduzione generale*, cit., 25.

²⁷ F. BASAGLIA, *Appunti di psichiatria istituzionale*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 547. Si tratta di un concetto che ricorre spessissimo negli scritti dello psichiatra veneziano, e che discende dalla «sospensione del giudizio» (*epoché*) husserliana (sul superamento del c.d. «atteggiamento naturale» attraverso la «messa in parentesi», che non implica la negazione del mondo né lo scetticismo sulla sua esistenza, E. HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e una filosofia fenomenologica*, vol. I, Torino, 1965, 57 ss.)

riferimento²⁸. In una società divisa in classi, e quindi inevitabilmente conflittuale, le regole della convivenza andrebbero a codificare i valori e soprattutto i bisogni della classe dominante, e sarebbe anormale chi «mette in discussione queste regole, trasgredendole perché non rispondono ai suoi bisogni»²⁹. Anche la cultura e la scienza avrebbero la funzione di garantire il rispetto di tali regole, producendo un sapere apparentemente neutrale che contribuirebbe al dominio sulla classe oppressa.

La validità di questo schema sarebbe confermata dalla storia della follia. Dapprima considerata una delle modalità di espressione della soggettività umana, poi confusa con l'indigenza o la delinquenza³⁰, la follia fu trasformata in «malattia mentale» tra il XVIII e il XIX secolo, quando gli ideali della borghesia si strutturarono come «unica ragione conosciuta»: nel momento in cui la scienza si dedicò a descrivere minuziosamente i sintomi della malattia senza considerare la condizione sociale del malato e i bisogni che egli esprimeva, la follia della «non miseria» fu trattata in un modo (ad esempio facendo interdire il nobile folle affinché non dissipasse il patrimonio), quella della miseria in un altro, ossia con il manicomio³¹.

Pertanto, l'approvazione delle prime leggi sulle ammissioni nei manicomi avrebbe portato alla nascita della psichiatria e il contatto con la giustizia ne avrebbe fatto immediatamente smarrire le ragioni fondative, e cioè la cura della sofferenza psichica³². Sebbene le leggi (anche quella italiana del 1904) parlassero formalmente sia di cura sia di custodia, il carattere segregante delle istituzioni manicomiali spostò inevitabilmente l'accento sul secondo aspetto e i tecnici si dedicarono a formulare «classificazioni, teorie, suddivisioni che lasciavano ogni volta immutato il rapporto tra la società "civile" e gli elementi che ne vengono esclusi»³³.

Tutto questo implicava l'inesistenza della malattia mentale, come sostenevano alcune frange dell'antipsichiatria?³⁴ Basaglia non accettò mai questa conclusione, rispondendo di non negare l'esistenza della malattia mentale, o meglio di negarla per affermare al contempo l'esistenza della follia; invece, coloro che disconoscevano entrambe erano «degli imbecilli che non hanno il coraggio di portare sino in fondo l'analisi della vita che viviamo»³⁵. Una società diversa e più giusta non avrebbe fatto scomparire la malattia mentale, ma solamente «il più di malattia e il più di sofferenza» che sono la

²⁸ F. BASAGLIA, *Crisi istituzionale o crisi psichiatrica*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 432.

²⁹ F. BASAGLIA, *Il concetto di salute e di malattia*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 821. Trasposto in ambito penalistico, questo schema di evidente ascendenza marxiana («Le idee della classe egemonica sono, in ogni tempo, le idee egemoniche»: K. MARX, F. ENGELS, *L'ideologia tedesca*, Milano, 2011, 391) porta a dire che sia la scelta delle condotte da incriminare, sia l'applicazione delle norme da parte delle agenzie del controllo sociale riguardano soprattutto i comportamenti contrari al modo di produzione capitalistico e i membri delle classi subalterne (A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, 165).

³⁰ Evidente l'influenza di M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 2006.

³¹ F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA, *Follia/delirio*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 853 ss.

³² F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA, *Follia/delirio*, cit., 862. Sulla legge francese del 1893, che rappresenta l'archetipo in materia, M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973 – 1974)*, Milano, 2004, 94 ss.

³³ F. BASAGLIA, *Crimini di pace*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 771.

³⁴ Sulle origini e sul significato di questo movimento culturale, che conobbe al suo interno sensibilità diverse, cfr. A. SFORZA TARABOCHIA, *Psychiatry, Subjectivity, Community. Franco Basaglia and Biopolitics*, Oxford-Bern-Berlin-Bruxelles-Frankfurt am Main-Berlin-New York, 2013, 68 ss.; J. FOOT, *La "Repubblica dei Matti"*, cit., 31 ss., il quale schematizza due tipologie di approccio: da un lato, «La malattia mentale non esiste»; dall'altro, «Le malattie mentali sono reazioni alle tensioni insostenibili della vita».

³⁵ F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, Milano, 2000, 179.

conseguenza della miseria³⁶: non solo la miseria che affligge le classi subalterne, ma più in generale quella che dipende dalla logica spietata del capitalismo e che produce «l'impovertimento totale dell'esistenza umana»³⁷.

3. Il vizio di mente nel codice del Codice penale del 1930

La logica manicomiale tanto contestata da Basaglia, che era fondata sull'equazione tra malattia mentale, pericolosità sociale e istituzioni segreganti, permeava anche la versione originaria del codice penale del 1930³⁸.

A quei tempi era dominante l'indirizzo organicistico-nosografico di Emil Kraepelin³⁹, «il padre della psichiatria moderna»⁴⁰. Secondo una mentalità schiettamente positivista, le malattie mentali erano considerate alla stregua di fenomeni naturali regolati da leggi scientifiche che lo scienziato doveva individuare attraverso il metodo anatomico-clinico, e cioè la conoscenza delle cause della patologia, del suo decorso e delle modificazioni anatomiche o fisiologiche da essa provocate⁴¹.

Questo metodo funzionava bene con la paralisi progressiva (o demenza paralitica)⁴², che è di origine sifilitica, ha un decorso regolare e provoca lesioni alla corteccia celebrale, ma non con altre patologie di eziologia ignota. Eppure Kraepelin partì dall'assunto che il «fondamento ultimo di tutte le malattie mentali» dovesse ricercarsi «in processi o in stati morbosi della corteccia cerebrale»⁴³, sebbene ciò non fosse spesso riscontrabile, e si dedicò all'analisi e alla classificazione dei sintomi e del decorso, elaborando nelle nove edizioni del suo *Trattato di psichiatria*⁴⁴ quadri clinici sempre più dettagliati per risolvere le contraddizioni emerse dalla casistica esaminata (ad esempio decorsi identici per malattie diverse, o viceversa decorsi differenti della stessa patologia)⁴⁵.

A prescindere dal sistema kraepeliniano, che non era l'unico a disposizione, c'era comunque un largo consenso sulla necessità delle classificazioni nosografiche, affinché la psichiatria potesse assurgere al livello di scientificità della medicina⁴⁶.

³⁶ F. BASAGLIA, *Il concetto di salute e di malattia*, cit., 825

³⁷ F. BASAGLIA, *Follia/delirio*, cit., 878.

³⁸ Un ampio affresco storico in M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 79 ss.

³⁹ Così, G. BALBI, *Infermità di mente ed imputabilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, 850.

⁴⁰ B.M.Z. COHEN, *Emil Kraepelin*, in A. SCULL (edited by), *Cultural Sociology of Mental Illness: An A-to-Z Guide*, Los Angeles-London-New Dehli-Washington DC, 2014, 440.

⁴¹ E. KRAEPELIN, *Trattato di psichiatria*, vol. I, Milano, 1907, 4.

⁴² Per qualche tempo considerata «il paradigma delle malattie mentali» (K. JASPERS, *op. cit.*, 608).

⁴³ E. KRAEPELIN, *Trattato di psichiatria*, vol. I, cit., 12.

⁴⁴ La prima edizione è E. KRAEPELIN, *Compendium der Psychiatrie*, Leipzig, 1883. L'ultima, pubblicata postuma in quattro volumi, è E. KRAEPELIN, J. LANGE, *Psychiatrie*, Leipzig, 1927.

⁴⁵ A. CIVITA, *Psicoanalisi e psichiatria. Storia ed epistemologia*, Milano-Udine, 2018, 510 ss., 575 ss., 621 ss.

⁴⁶ Cfr. M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale, Dal modello positivista del controllo sociale a quello funzional-garantista*, in *Indice penale*, 1998, 369 ss., con altri riferimenti.

I padri del codice Rocco potevano così delegare ai tecnici il compito del controllo sociale degli infermi di mente⁴⁷, muovendo dall'assunto secondo cui l'infermità in grado di escludere l'imputabilità dovesse essere «*patologicamente e clinicamente apprezzabile*»⁴⁸; il livello di certezza raggiunto dalla scienza avrebbe consentito di neutralizzare quelle strategie difensive «che pretendevano di far passare per infermità di mente, quella che è soltanto influenza dell'umana passione»⁴⁹.

Su queste premesse culturali fu edificato il sistema del doppio binario, in apparenza una mediazione tra i principi garantistici della scuola classica e le istanze della difesa sociale promosse dalla scuola positiva, in realtà un meccanismo repressivo che consentiva di introdurre sotto mentite spoglie un equivalente funzionale della pena, se non addirittura un suo duplicato⁵⁰.

Infatti, l'imputato affetto da infermità psichica, sia maggiorenne sia minorenni, non era sottoposto a pena ma era tendenzialmente destinato alla misura di sicurezza del manicomio giudiziario – ospedale psichiatrico giudiziario (OPG) a partire dal 1975⁵¹ –, il truce gemello del manicomio civile.

Operava in materia un fitto reticolo di presunzioni, sia sul piano del presupposto della pericolosità sociale dell'infermo di mente, sia sul piano della durata minima (quella massima non era stabilita), la quale dipendeva dalla gravità del reato commesso e non dal decorso della malattia (dieci anni se il reato commesso era punito con la pena di morte o l'ergastolo; cinque anni per i reati puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni; due anni negli altri casi)⁵². Sfuggivano a questo meccanismo inesorabile solamente gli autori dei reati meno gravi (contravvenzioni, delitti colposi o altri delitti puniti con la pena pecuniaria o con la reclusione per un tempo non superiore a due anni), ma restava comunque l'eventualità dell'internamento in un manicomio comune⁵³.

⁴⁷ Delega che si era già avuta con la legge manicomiale del 1904, in un periodo in cui il modello organicistico-nosografico poteva placare gli scrupoli garantistici dello Stato liberale: così, G. BALBI, *Infermità di mente*, cit., 856 ss.

⁴⁸ Così Arturo Rocco, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV parte 2^a, Roma, 1929, 284. Nello stesso senso il fratello Alfredo (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V parte 1^a, Roma, 1929, 143), la Relazione Appiani (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV parte 1^a Roma, 1929, 77) e Arturo Massari, altro autorevole redattore del progetto che sarebbe sfociato nel c.p. 1930 (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV parte 2^a cit., 287 e 589). I compilatori tennero a sottolineare che non si trattava di un'innovazione, dovendosi interpretare così anche l'art. 46 del c.p. 1889, visto che Zanardelli aveva distinto «le umane passioni» dallo «stato morboso della mente»: *Relazione a S.M. il Re del Ministro guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Roma, 1889, 41.

⁴⁹ Ancora Arturo Rocco, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV parte 2^a, cit., 284.

⁵⁰ Cfr. F. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma (1973)*, in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I tomo II, Milano, 1997, 956 ss.

⁵¹ Cfr. l'art. 62, l. 26 luglio 1975, n. 354.

⁵² Durante i lavori preparatori fu obiettato che una rigida fissazione della durata minima non fosse compatibile con le infermità transitorie (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. III parte 2^a, Roma, 1928, 433; *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV parte 2^a, cit., 588). Alfredo Rocco replicò che «la demenza non va annoverata fra le infermità suscettibili di guarigioni improvvise e piene, né è tale da escludere delle condizioni latenti, non percettibili con i sussidi della scienza, facili tuttavia a convertirsi inopinatamente nella impulsività più aperta e più pericolosa» (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V parte 1^a, cit., 272).

⁵³ Così il guardasigilli Rocco nel commentare l'art. 222, comma 1, c.p., in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V parte 1^a, cit., 271. Diversamente, l'art. 46, comma 2, c.p. 1889 prevedeva

Ancora peggiore, se possibile, la sorte dell'imputato affetto da un'infermità tale da far scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, senza però escluderla: nei suoi confronti la pena si cumulava alla misura di sicurezza della casa di cura e di custodia, che in realtà aveva ben poco di curativo e veniva eseguita all'interno dei manicomi giudiziari, condividendone le disfunzioni⁵⁴.

Questa disciplina è stata progressivamente smantellata dalla Corte costituzionale e dal legislatore⁵⁵, essendo venute meno l'inderogabilità della durata minima delle misure di sicurezza, l'indeterminatezza della durata massima⁵⁶, le presunzioni di pericolosità e l'inclusione dei minorenni tra i destinatari dell'OPG. Inoltre, la Corte costituzionale ha stabilito l'importante principio della sussidiarietà dell'OPG, in base al quale il giudice può disporre nei confronti dell'infermo di mente la misura non detentiva della libertà vigilata, adeguatamente accompagnata da prescrizioni di contenuto terapeutico⁵⁷. Infine, sulla scia della legge 180, gli OPG e le case di cura e di custodia sono stati chiusi e sostituiti dalle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), strutture connotate in senso terapeutico-assistenziale ma pur sempre limitative della libertà personale, e pertanto sussidiarie a misure meno afflittive che siano idonee ad assicurare cure adeguate e a fronteggiare la pericolosità sociale dell'infermo di mente (art. 3-ter, comma 4, d. l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con l. 17 febbraio 2012, n. 9).

Tutto ciò ha sensibilmente migliorato la condizione dell'autore di reato infermo o seminfermo di mente, ma non ha eliminato ogni criticità. Sebbene la sua pericolosità sociale non sia più presunta, ma vada accertata in concreto dal giudice con l'ausilio di un perito⁵⁸, il fondamento empirico di tale giudizio prognostico appare incerto, non esistendo parametri affidabili in base ai quali dichiarare che l'imputato

tale esito per tutti i reati (Cfr. L. MAJNO, *Commento del codice penale italiano*, vol. I, Torino, 1922, 114 ss.). L'eccessivo numero di assoluzioni concesso dalle giurie popolari, e le «affrettate dimissioni dal manicomio, per miracolosa guarigione» (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. III parte 2^a, cit., 433), indussero i compilatori del c.p. 1930 a inasprire la disciplina, riprendendo alcuni suggerimenti dei giuristi della scuola positiva (per tutti, E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, 500 ss., 682 ss.).

⁵⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, 924. Critiche nei confronti di questa disciplina già in F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza* (1933), in F. ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 226 ss.; G. DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale* (1935), in G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 350; G. VASSALLI, *Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente seminfermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice vigente* (1950), in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. I tomo II, Milano, 1997, 1179 ss.

⁵⁵ Per i necessari riferimenti normativi e giurisprudenziali, M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 487 ss., 538 ss.

⁵⁶ Cfr. l'art. 1, comma 1-*quater*, d. l. 31 marzo 2014, n. 52, aggiunto in sede di conversione dalla l. 30 maggio 2014, n. 81. Sui profili esegetici, G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra opg e rems*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2015, 10 ss. (ultima consultazione 13/10/2024).

⁵⁷ Corte cost., 29 novembre 2003, n. 253, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 3998 ss., con nota di F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*. Riferimenti aggiornati alla prassi in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *op. cit.*, 927.

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 220, comma 2, c.p.p., il divieto di perizie sul carattere e la personalità dell'imputato non vale per le qualità psichiche dipendenti da cause patologiche, e ciò consente al giudice di non fondare la prognosi di pericolosità solamente sulle risultanze processuali (C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 767 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2023, 424 ss.; M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *op. cit.*, 471; diversamente, ritiene che il divieto non operi solamente nella fase esecutiva, M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., 489).

potrebbe probabilmente commettere nuovi reati⁵⁹. Né la psichiatria ritiene di doversi far carico di questo problema, ritenendosi competente a formulare prognosi psicopatologiche inerenti all'evoluzione della malattia, non ipotesi sul futuro comportamento criminoso del soggetto⁶⁰.

D'altro canto, al superamento degli OPG non ha fatto seguito un sistema pienamente rispettoso dei diritti fondamentali degli infermi di mente autori di reato, visto che la disciplina complessiva delle REMS attende una revisione profonda alla stregua delle indicazioni espresse dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶¹.

Insomma, ancora oggi l'infermità mentale è compatibile con provvedimenti che incidono sulla libertà personale⁶². Occorre soffermarsi sui profili penalistici della questione.

4. La nozione allargata di infermità mentale

Dal 1930 a oggi è rimasto immutato il testo degli art. 88 e 89 c.p. Il vizio di mente totale, che esclude la punibilità e lascia aperto il binario delle misure di sicurezza se l'autore del reato è socialmente pericoloso, si ha quando l'infermità ha determinato uno stato di mente tale da escludere la capacità di intendere o di volere; se invece tale capacità è grandemente scemata, la pena è diminuita fino a un terzo ma può aggiungersi a una misura di sicurezza.

È però cambiato il contesto, innanzitutto perché le disposizioni codicistiche vanno oggi interpretate alla luce dei principi costituzionali: la personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1 c.p.) e il finalismo rieducativo delle pene (art. 27, comma 3, Cost.) vietano di punire chi, come l'infermo di mente, non è rimproverabile e non può essere rieducato attraverso una sanzione punitiva; la tutela della salute (art. 32 Cost.) impone di predisporre in suo favore un adeguato trattamento terapeutico⁶³. Inoltre sappiamo che l'indirizzo organicistico-nosografico è stato contestato dalla fenomenologia⁶⁴, e poi dall'antipsichiatria. Ma da esso si differenzia anche il paradigma psicologico di impronta freudiana, che rinuncia a ricercare il fondamento biologico dei disturbi psichici per orientare la sua attenzione al

⁵⁹ M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *op. cit.*, 467 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 2001, 241 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 344 ss.; G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale*, cit., 7 ss. Su posizioni meno drastiche, F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 644 ss.

⁶⁰ A. CABIALE, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale tra presente e futuro*, in *www.archiviopenale.it*, 2, 2022, 10 ss. (ultima consultazione 13/10/2024). Sottolineano che la responsabilità finale del giudizio di pericolosità spetta al giudice, G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993, 93.

⁶¹ Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22, in *Giur. cost.*, 2022, 307 ss., sulla quale cfr. M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di pandora*, in *Diritto penale e processo*, 2022, 1223 ss.; V. PISCOPO, *Una rinnovata attenzione per il sistema delle REMS: dall'ordinanza istruttoria n. 131 del 2021 alla sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale*, in *BiLaw Journal-Rivista di biodiritto*, 1, 2023, 437 ss.; F. SCHIAFFO, *Diritto alla salute e diritto punitivo nel sistema delle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, 2023, 331 ss. A proposito di Corte edu, Sez. I, 24 gennaio 2022, SY c. Italia, cfr. R. CASIRAGHI, *L'accesso alle r.e.m.s. tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 896 ss.; C. FONTANI, *R.E.M.S.: l'urgenza di una riforma*, in *Diritto penale e processo*, 2023, 265 ss.

⁶² Sui rapporti tra disciplina dell'imputabilità e sistema sanzionatorio, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 135 ss.

⁶³ Ampiamente, F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 251 ss. Sui rapporti tra imputabilità e colpevolezza, fondamentale M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 505 ss.

⁶⁴ K. JASPERS, *op. cit.*, 611 ss. Cfr. G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 5 ss.

mondo dell'inconscio, con la conseguenza che il parametro della normalità non è più agganciato alle classificazioni nosografiche, ma viene «spostato dall'esterno all'interno di ogni individuo»⁶⁵.

Questa situazione ha comportato due conseguenze. Da un lato, molti psichiatri hanno messo in discussione un ruolo che traeva la sua legittimazione socio-culturale dall'idea che «malattia e devianza sono solo fenomeni naturali», e che quindi «il contenimento, l'internamento sono le uniche risposte possibili»⁶⁶. Dall'altro, disattendendo quell'ideale di certezza tanto agognato dai redattori del codice, si è andato a delineare un quadro giurisprudenziale piuttosto caotico⁶⁷.

Per un primo orientamento, le infermità rilevanti ai fini dell'imputabilità erano solamente «le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche»⁶⁸. Invece «studi psichiatrici scientifici ormai consolidati» imponevano di distinguere le psicosi dalle psicopatie⁶⁹, perché le prime erano patologie mentali vere e proprie, mentre le seconde influivano sul processo di «determinazione o di inibizione»⁷⁰, ma non erano suscettibili di alterare la capacità di intendere e di volere.

Secondo altre sentenze, invece, «l'affermazione assolutistica» che escludeva ogni rapporto tra le psicopatie e l'imputabilità sollevava «qualche perplessità scientifica, perché la variazione tra individui normali e non normali procede attraverso varianti continuative»⁷¹. Ai fini dell'esclusione o dell'attenuazione della capacità di intendere o di volere, le deviazioni caratterologiche dovevano però «risultare di tale gravità da impedire ogni compensazione»⁷², o in alternativa avere «un rapporto motivante con il fatto delittuoso commesso»⁷³.

Accadeva così che, a seconda dello schema interpretativo di riferimento, le reazioni a corto circuito (c.d. *raptus*) potessero «costituire, in determinate situazioni, manifestazioni di una vera e propria malattia che compromette la capacità di intendere e di volere»⁷⁴, o al contrario vedersi negare ogni rilevanza⁷⁵. Oppure che l'omosessualità fosse considerata una «forma di pervertimento» non correlata di regola a «psicopatie funzionali ed organiche idonee a provocare lesioni nella sfera intellettiva»⁷⁶, a meno che non fosse stata accompagnata da «disturbi psiconevrotici di vario genere» e di intensità tale

⁶⁵ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, 202. Si veda anche M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 48 ss.

⁶⁶ F. BASAGLIA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 700, che si riferiva al manicomio civile.

⁶⁷ Per un quadro dettagliato degli orientamenti giurisprudenziali più remoti, M. BERTOLINO, *La crisi*, cit., 193 ss.; M. BERTOLINO, *Il nuovo volto*, cit., 395 ss.; M.T. COLLICA, *Vizio di mente*, cit., 66 ss.

⁶⁸ Cass., sez. I, 3 marzo 1993, n. 4954, Rv. 194554. Cfr. Cass., sez. VI, 7 aprile 2003, n. 24614, Rv. 225560.

⁶⁹ Cass., sez. I, 10 ottobre 1991, n. 299, Rv. 190728. Nel senso che gli psicotici sarebbero «persone dall'encefalo malato e quindi veri e propri insani di mente a causa di una alterazione patologica», Cass., sez. I, 21 ottobre 1977, n. 2837, Rv. 138283.

⁷⁰ Cass., sez. I, 21 maggio 1980, n. 8862, Rv. 145862; Cass., sez. II, 5 aprile 1982, n. 9057, Rv. 155522.

⁷¹ Cass., sez. II, 24 luglio 1970, n. 1028, Rv. 117365.

⁷² Cfr. Cass., sez. I, 16 aprile 1971, n. 363, Rv. 118063; Cass., sez. I, 11 ottobre 1974, n. 4681, Rv. 129945.

⁷³ Cass., sez. I, 17 marzo 1986, n. 14122, Rv. 174635.

⁷⁴ Cass., sez. I, 22 aprile 1997, n. 5885. Sulle reazioni a corto circuito, che a differenza di quelle esplosive rappresentano l'esito di una situazione penosa prolungata nel tempo, F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 132.

⁷⁵ Cass., sez. I, 3 marzo 1993, n. 4954.

⁷⁶ Cass., sez. III, 3 dicembre 1971, n. 1828, Rv. 120600.

da «dare origine ad una malattia mentale»⁷⁷. In questo modo la condanna o l'assoluzione dell'imputato sembravano dipendere dalla scuola del perito nominato dal giudice⁷⁸, potendo quest'ultimo scegliere l'esperto in grado di avallare una decisione già presa pregiudizialmente⁷⁹.

La questione è stata affrontata dalle Sezioni unite con la sentenza Raso⁸⁰, la quale ha riletto la nozione di infermità ex art. 88 e 89 c.p. alla luce del principio di colpevolezza e del finalismo rieducativo della pena (art. 27, commi 1 e 3, Cost.). Posto che la risocializzazione presuppone la possibilità di agire altrimenti, e quindi la rimproverabilità del reato al suo autore, la Cassazione ha stabilito che, ai fini del riconoscimento del vizio di mente, non conta «tanto la rigida classificabilità del disturbo psichico in una specifica categoria nosografica, quanto, invece, la sua attitudine ad incidere, effettivamente e nel caso concreto», sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente⁸¹.

L'apertura a disturbi diversi dalle c.d. malattie mentali in senso stretto rende comunque indispensabile la collaborazione con la psichiatria, non potendo l'imputabilità risolversi in uno costrutto privo di base empirica⁸². D'altro canto, la Corte riconosce il rischio che il rinvio a un sapere incerto debordi «verso approdi di indeterminatezza contrastanti con il principio di tassatività»⁸³.

Rispetto a questi due profili, l'indicazione delle Sezioni unite è di «fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un verso, siano quelle più aggiornate e, per altro verso, siano quelle più generalmente accolte, più condivise, finendo col costituire generalizzata (anche se non unica, unanime) prassi applicativa dei relativi protocolli scientifici»⁸⁴.

In particolare, la sentenza Raso dedica ampio spazio al Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM)⁸⁵, il modello nosografico elaborato dall' *American Psychiatric Association* che rappresenta il «sistema diagnostico più diffuso», raccoglie le «ultime e generalmente condivise acquisizioni del sapere psichiatrico» e classifica al suo interno anche i disturbi della personalità, a loro volta

⁷⁷ Cass., sez. I, 12 marzo 1968, n. 428, Rv. 108716, in *Arch. pen.*, 1970, II, 33 ss., con nota di E. TRILLO, *Sulla differenziazione tra abnormità psichica e malattia mentale in tema di omosessualità*. Sul processo di depatologizzazione dell'omosessualità, che l'*American Psychiatric Association* (APA) rimosse dalla seconda edizione del suo *Diagnostic and Statistical Manual* (DSM-II), J. DRESCHER, *Out of DSM: Depathologizing Homosexuality*, in *Archives of Sexual Behavior*, 5, 2015, 565 ss.

⁷⁸ G. BALBI, *Infermità di mente*, cit., 846. Sul problema della scelta dell'esperto, M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 1175 ss.

⁷⁹ G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 869; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 97.

⁸⁰ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 394 ss., con nota di M.T. COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*.

⁸¹ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 411, dove si parla anche di «irrimediabile crisi del criterio della ritenuta necessaria sussumibilità dell'anomalia psichica nel novero delle rigide e predeterminate categorie nosografiche».

⁸² Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 413, riprendendo M. BERTOLINO, *Il nuovo volto*, cit., 393.

⁸³ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 409.

⁸⁴ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 414.

⁸⁵ Attualmente giunto alla quinta edizione rivista: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fifth Edition, Text Revision, Washington, 2022 (da ora, DSM-5-TR).

rientranti «nella più ampia categoria delle psicopatie»⁸⁶. Ciò consente di far rientrare i disturbi della personalità tra le infermità in grado di incidere sulla capacità di intendere e di volere, purché siano gravi, intensi e eziologicamente collegati al reato commesso⁸⁷. Restano invece escluse le «anomalie caratteriali», le «disarmonie della personalità», le «alterazioni di tipo caratteriale», le «deviazioni del carattere e del sentimento», e infine gli stati emotivi e passionali menzionati dall'art. 90 c.p. al fine di escluderne ogni rilevanza ai fini dell'imputabilità⁸⁸.

5. Sui nuovi modelli nosografici

In dottrina si è osservato che le esigenze della determinatezza hanno indotto le Sezioni unite a formulare un principio che mescola profili di puro diritto a elementi fattuali: appartengono ai primi i requisiti della gravità, dell'intensità e del nesso eziologico tra il disturbo psichico e il reato commesso, ai quali spetta il compito di controbilanciare in senso restrittivo l'estensione delle patologie rilevanti ai fini degli art. 88 e 89 c.p.; rispetto ai secondi, l'inclusione dei disturbi della personalità nel novero di tali patologie dipende «anche dallo stato (contingente e fallibile, per definizione) del sapere scientifico di riferimento, e dalla correttezza fattuale della ricostruzione che il giudice ne ha fatto per l'oggi»⁸⁹.

Soffermiamoci su quest'ultimo aspetto, e in particolare sul DSM richiamato dalle Sezioni unite. Secondo alcuni psicologi tale manuale conserverebbe «in pieno lo spirito della nosografia di Kraepelin»⁹⁰, e forse Basaglia avrebbe confermato la sua diagnosi di «etichettamento psichiatrico come regressione nevrotica»⁹¹. Tuttavia le ultime edizioni del DSM vanno – almeno nelle intenzioni degli autori – nella direzione di un approccio meno categoriale e più dimensionale, nel senso che la salute e i disturbi mentali non sarebbero appunto categorie nettamente separate, ma andrebbero collocate lungo un *continuum* di gravità e di intensità⁹².

Inoltre, nonostante il suo professato carattere ateoretico e neutrale, nel DSM si ammette che la necessità di attenzione clinica dipende «da norme culturali interiorizzate dall'individuo e applicate dagli

⁸⁶ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 412. Sull'improprietà del lessico utilizzato nella sentenza Raso dal punto di vista della psichiatria, perché il DSM non parlerebbe di nevrosi, di psicopatie o di malattie mentali in senso stretto, I. MERZAGORA BETSOS, *I nomi e le cose*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2005, 412.

⁸⁷ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 420.

⁸⁸ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 419.

⁸⁹ D. PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità tra diritto e scienza*, in *La legislazione penale*, 2006, 250. Insiste sulla portata selettiva del nesso eziologico, A. MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, *ivi*, 227 ss.

⁹⁰ A. CIVITA, *op. cit.*, 578. Sull'impatto che i c.d. neokraepeliniani ebbero nella stesura del DSM, cfr. H.S. DECKER, *How Kraepelinian was Kraepelin? How Kraepelinian are the neo-Kraepelinians? – from Emil Kraepelin to DSM-III*, in *History of Psychiatry*, 2007, 341 ss.

⁹¹ F. BASAGLIA, *Crisi istituzionale o crisi psichiatrica?* in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 436. A proposito dell'apparente asetticità delle classificazioni nosografiche, nelle quali andrebbe «a condensarsi l'aggressività dello psichiatra verso un malato che sfugge alla sua presa», F. BASAGLIA, *Appunti di psichiatria istituzionale*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, cit., 548.

⁹² DSM-5-TR, 14 ss. Ritengono invece che l'impianto del manuale resti sostanzialmente categoriale, M. LUCIANO ET AL., *Critiche e prospettive degli attuali sistemi di classificazione in psichiatria: il caso del DSM-5*, in *Rivista di psichiatria*, 2016, 3, 118.

altri, compresi i familiari e i clinici»⁹³. Magari Basaglia non avrebbe disprezzato la guida per l'inquadramento culturale del paziente introdotta nelle ultime edizioni, o quanto meno l'assunto che «la cultura, la razza e l'etnia possono essere collegate a disuguaglianze strutturali di tipo politico, economico e sociale associate a razzismo e discriminazione», con conseguenti disparità nella cura della salute⁹⁴. Infine, le discussioni sull'opportunità di mantenere nel DSM la categoria diagnostica della disforia di genere, e cioè dell'incongruenza tra il genere espresso dall'individuo e quello assegnato, mostrano che la nozione di disturbo psichico dipende anche da considerazioni di tipo pragmatico, nel caso specifico legate all'opportunità di garantire alle persone *transgender* che i processi di transizione rientrino tra le prestazioni garantite gratuitamente dai servizi sanitari nazionali⁹⁵.

Tutto ciò non deve sorprendere. A ridosso della pubblicazione del DSM-5, fu domandato a diversi studiosi se le diagnosi del Manuale fossero assimilabili a costrutti oppure a malattie⁹⁶. Le opzioni erano cinque, esemplificate dalla metafora dell'arbitro di baseball che stabilisce se un lancio è *ball* oppure *strike*⁹⁷: 1) la concezione realista, che è tale sia sul piano ontologico sia su quello epistemologico⁹⁸, ritiene che i disturbi psichici siano processi patologici esistenti nel mondo reale e intersoggettivamente apprezzati e spiegabili per come sono realmente («ci sono *balls* e *strikes* e io li chiamo per come sono»); 2) la concezione nominalista ammette la realtà dei disturbi psichici (ontologismo realista), non anche che essa sia rappresentata dalle categorie diagnostiche («ci sono *balls* e *strikes* e io li chiamo per come li vedo»); 3) per la concezione costruttivista, che invece è antirealista sia sul piano ontologico sia su quello epistemologico, le malattie mentali si risolvono in costrutti sociali («non esistono né *balls* né *strikes* finché non li chiamo»); 4) la concezione pragmatica ritiene che le categorie diagnostiche siano funzionali alle esigenze del soggetto che le impiega e allo scopo che si persegue («ci sono *balls* e *strikes* e li chiamo per come li uso»); 5) infine, la concezione szasziana – dal nome di Thomas Szasz, l'esponente più radicale dell'antipsichiatria – nega che i disturbi mentali siano malattie e che la psichiatria sia una branca della medicina, sicché il DSM non sarebbe altro che uno strumento per legittimare le strategie di potere dei medici, dei giudici, delle compagnie di assicurazione ecc. («Non chiamate né *balls* né *strikes* perché il gioco non è *fair*»)⁹⁹.

La sintesi del dibattito è stata che ogni concezione (e ogni arbitro...) ha la sua stagione, e se in questo momento storico la visione nominalista e quella pragmatista appaiono dominanti, è anche vero che il

⁹³ DSM-5-TR, 16.

⁹⁴ DSM-5-TR, 860. Sulla progressiva importanza accordata ai fattori culturali da parte dei redattori del DSM, R.D. ALARCÓN, *Cultural inroads in DSM-5*, in *World Psychiatry*, 3, 2014, 310 ss.

⁹⁵ Ampiamente, R. VITELLI, *Le varianze di genere e la loro iscrizione all'interno del sapere medico-psichiatrico: una breve disamina storica e critica*, in L. FERRARO, F. DICÈ, A. POSTIGLIOLA, P. VALERIO (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Milano-Udine, 2016, 315 ss.

⁹⁶ J. PHILLIPS ET AL., *The six most essential questions in psychiatric diagnosis: a pluralogue part 1: conceptual and definitional issues in psychiatric diagnosis*, in *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, 2012, 3, 1 ss.

⁹⁷ Nella terminologia del baseball (<https://baseballrulesacademy.com/official-rule/II/2-00-definition-terms/>), *ball* è un lancio che non entra nella zona di *strike* in volo e non viene colpito dal battitore; *strike* è invece un lancio valido che non viene colpito dal battitore, oppure che viene mancato, ecc.

⁹⁸ Come precisa C. POUNCEY, *Mental Disorders, Like Diseases, Are Constructs. So What?*, in J. PHILLIPS ET AL., *The six most essential*, cit., 6.

⁹⁹ Così, ribadendo la sua storica posizione, T. SZASZ, *Commentary*, in J. PHILLIPS ET AL., *The six most essential*, cit., 13.

progresso delle neuroscienze potrebbe riportare in auge il paradigma realista¹⁰⁰, e in ogni caso lo scetticismo dei costruttivisti e degli szasziani sarà sempre utile «per ricordarci quanto poco sappiamo e quanto deboli siano i nostri strumenti di conoscenza»¹⁰¹.

Se a questo punto ritorniamo sulla sentenza Raso, possiamo comprendere i dubbi sollevati da parte della dottrina in merito al modello «impalpabile» di disturbo della personalità desunto dal DSM¹⁰². Va anche detto che il Manuale non promette certezze, specialmente ai giuristi: i suoi estensori avvertono che, nella «maggior parte delle situazioni», la diagnosi clinica di un disturbo mentale descritto nel DSM – ad esempio, la ludopatia o la pedofilia¹⁰³ – «non implica che un individuo con tale condizione soddisfi i criteri legali per la presenza di un disturbo mentale o di un “vizio di mente” (*mental illness*) per come è definito dalla legge, o di uno specifico standard legale»; occorrono altre informazioni relative «alle compromissioni funzionali dell’individuo e al modo in cui tali compromissioni influenzano» le sue particolari abilità; anche quando il disturbo implica una perdita del controllo, «la diagnosi di per sé non dimostra che un determinato individuo è (o era) incapace di controllare il proprio comportamento in un dato momento»¹⁰⁴.

6. Il giudice e il perito

A seguito della pronuncia delle Sezioni unite, si è autorevolmente sostenuto che la nozione di infermità sarebbe strutturata su due livelli, di cui il primo rappresenta la premessa del secondo: quello categoriale, incentrato sulla diagnosi della patologia mentale di cui soffre l’imputato alla stregua dei più diffusi sistemi nosografici, e quello dinamico-funzionale, volto ad approfondire i riflessi del disturbo sul funzionamento psichico dell’imputato, e di conseguenza sul suo comportamento criminoso¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Nell’ambito di una bibliografia amplissima, cfr. C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Torino, 2016; 1 ss., 128 ss., 189 ss.; O. DI GIOVINE, *Prove “neuro”-tecniche di personalizzazione della responsabilità penale*, in G. CARLIZZI, G. TUZET (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, 2018, 313 ss.; M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, *ivi*, 339 ss.; S. D’AMATO, *Imputabilità e neuroscienze*, in *La legislazione penale*, 3, 2022, 337 ss.; M.T. FILINDEU, *Colpevolezza e neuroscienze: prospettive di un confronto dialogico*, Torino, 2022, 77 ss.; M.C. ERRIGO, *Corti e Scienza. Possibilità e limiti del sapere neuroscientifico*, in *BiLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 2, 2024, 81 ss.

¹⁰¹ A. FRANCES, *There Is A Time And Place For Every Umpire*, in J. PHILLIPS ET AL., *The six most essential*, cit., 13.

¹⁰² G. BALBI, *L’imputabilità nello schema di legge delega*, in C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, 525.

¹⁰³ Ritiene che, seguendo la sentenza Raso, la pedofilia potrebbe rientrare tra le cause di esclusione dell’imputabilità, G. BALBI, *L’imputabilità nello schema di legge delega*, cit., 525. In precedenza, G. FIANDACA, *op. cit.*, 872, a proposito delle nozioni ‘allargate’ di infermità mentale. Ha invece visto nel riferimento ai (soli) disturbi della personalità un espediente grazie al quale le Sezioni unite hanno evitato di affrontare il tema spinoso della pedofilia, la cui natura di malattia è controversa, I. MERZAGORA BETSOS, *op. cit.*, 417. Sulle resistenze della prassi a riconoscere la rilevanza della ludopatia, D. PIVA, *La ludopatia da realtà diagnosticabile a realtà giudicabile*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2021, 161 ss.

¹⁰⁴ DSM-V-TR, 29.

¹⁰⁵ U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di personalità*, in *Cassazione penale*, 2006, 274 ss. Riprende tale schema, M. CELVA, “The ghost in the machine”. *Il vizio di mente tra vecchi e nuovi paradigmi: il rilievo attuale del nesso eziologico tra disturbo e condotta*, in *Indice penale*, 2014, 444 ss.

In un recente studio si è però calcolato che l'ultima edizione del DSM consentirebbe di ravvisare un disturbo psichico in più di diecimila modi diversi¹⁰⁶, segnalando un problema che non è nuovo, e cioè il rischio di diagnosi diverse nei confronti dello stesso soggetto e di una conseguente patologizzazione a tappeto di quasi ogni comportamento umano¹⁰⁷. Da qui il rilievo che il DSM non potrebbe offrire molto di più di una piattaforma linguistica condivisa dalla maggioranza dei clinici e degli studiosi¹⁰⁸.

In effetti le Sezioni unite sembrano riferirsi al DSM per dimostrare che l'inclusione dei disturbi della personalità all'interno della nozione costituzionalmente orientata di infermità trova largo consenso anche nella psichiatria, non anche per fare del paradigma nosografico una tappa obbligata dell'accertamento del vizio di mente¹⁰⁹.

Diventa pertanto cruciale la diagnosi dinamico-funzionale alla stregua dei criteri delimitativi indicati dalla sentenza Raso¹¹⁰. Innanzitutto, rileva il requisito del nesso eziologico tra il disturbo e il reato commesso, che è coerente sia con il principio di colpevolezza per il fatto, sia con quelle acquisizioni della psichiatria sfociate nella legge 180 che riconoscono «spazi sempre più ampi di responsabilità al malato mentale»¹¹¹. Ciò dovrebbe valere anche per le psicosi¹¹², con esiti sorprendenti per chi sia ancora legato al tradizionale automatismo tra malattia mentale in senso stretto ed esclusione dell'imputabilità: un soggetto affetto da schizofrenia paranoide, il quale si ritiene immortale e invulnerabile a tutto tranne che a due omini neri che cercano di entrare ogni notte nella sua stanza per ucciderlo, potrebbe essere ritenuto responsabile di bancarotta fraudolenta per aver accettato di essere l'amministratore unico di una società commerciale costituita per scopi truffaldini a lui ben noti¹¹³.

¹⁰⁶ N.C. BORGOGNA, T. OWENA, S.L. AITAB, *The absurdity of the latent disease model in mental health: 10,130,814 ways to have a DSM-5-TR psychological disorder*, in *Journal of Mental Health*, 2024, 4, 451 ss.

¹⁰⁷ M.T. COLLICA, *Vizio di mente*, cit., 123 ss.; M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 550 ss.

¹⁰⁸ G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 76.

¹⁰⁹ M.T. COLLICA, *Vizio di mente*, cit., 120 ss., 184 ss., riferendosi all'opinione conforme dell'estensore della sentenza Raso.

¹¹⁰ M. BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il codice penale dal codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, commissioni a confronto*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, 2020, 36.

¹¹¹ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 419, riprendendo A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*

dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale", Torino, 1997, 209 ss. Sottolinea che si tratterebbe di un'acquisizione univoca della psichiatria forense, I. MERZAGORA BETSOS, *op. cit.*, 408 ss. Tuttavia tra i penalisti risulta ancora sostenuta la tradizionale tesi della mera contestualità cronologica tra il vizio di mente e il fatto di reato, basata sul riferimento degli art. 88 e 89 c.p. al «momento» in cui è stato commesso il fatto (per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 630; F. MANTOVANI, G. FLORA, *op. cit.*, 633, i quali richiedono che l'incapacità riguardi «lo specifico fatto posto in essere dal malato di mente», ma allo stesso tempo ritengono «superata» la tesi secondo cui chi è affetto da manie di persecuzione sarebbe imputabile quando commette un delitto che non ha rapporti con l'idea delirante; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2023, 243, secondo il quale sarebbe «arduo discriminare, in pratica, tra fatti dipendenti e fatti non dipendenti dalla malattia», dovendo la compromissione richiesta dall'art. 88 c.p. essere tale «da coinvolgere l'intera personalità dell'individuo»).

¹¹² Sottolineano che il requisito del nesso eziologico non si riferisce solo ai disturbi della personalità, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 664.

¹¹³ L'esempio è in G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 14 ss. Nell'accertare il nesso eziologico, il giudice non può basarsi esclusivamente sulle regole di esperienza se queste contrastano con le valutazioni degli esperti: così, Cass., sez. I, 9 gennaio 2007, n. 15878, Rv. 236427.

Il giudice deve poi verificare che il disturbo sia di «consistenza, intensità, rilevanza e gravità» tale da influire concretamente sulla capacità di intendere e di volere, avvalendosi «degli strumenti tutti a sua disposizione, l'indispensabile apporto e contributo tecnico, ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali»¹¹⁴.

Si apre quindi il delicato tema dei rapporti tra il giudice e il sapere scientifico, che la sentenza Raso ha risolto in poche battute evidenziando la necessità di rifarsi alle acquisizioni scientifiche «più aggiornate», «più generalmente accolte» e «più condivise»¹¹⁵. Si tratta però di un criterio troppo vago, che «rischia di far transitare nel processo, attraverso l'opinione degli esperti, ricerche sprovviste di supporto empirico»¹¹⁶; d'altro canto, il concetto di «applicazione generalizzata (anche se non unica, unanime)» sembra inapplicabile a quelle discipline caratterizzate da uno spiccato pluralismo metodologico, come appunto la psichiatria e la psicologia¹¹⁷.

In seguito la Cassazione è tornata a occuparsi di epistemologia giudiziaria in modo molto più approfondito a partire dalla sentenza Cozzini¹¹⁸, e poi in numerose altre pronunce in tema di nesso di causalità¹¹⁹. Ne è scaturito un vero e proprio prontuario sul metodo di valutazione della prova scientifica che va al di là del consenso generale della comunità scientifica, peraltro «assai raro da registrare»¹²⁰. Al giudice spetta il compito di valutare la qualità del sapere scientifico introdotto nel processo sia sul piano soggettivo, prendendo in considerazione l'autorità e l'indipendenza dell'esperto e le finalità perseguite, sia sul piano oggettivo, esaminando l'ampiezza e la rigorosità della ricerca, la sua oggettività, gli studi che la sorreggono, i fatti su cui si fonda, la sua attitudine esplicativa, la discussione critica che l'ha accompagnata e infine il consenso raccolto nella comunità scientifica di riferimento¹²¹.

Tali criteri devono essere calati nella logica di un processo accusatorio governato dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (*beyond any reasonable doubt/BARD*)¹²², sicché spetta alla parte che intende far valere una tesi scientifica il compito di dimostrarne l'affidabilità, ai fini della condanna occorrendo la «dimostrazione della marginalità – non sul piano logico ma proprio su quello comparatistico – delle altre tesi in circolazione»¹²³.

La giurisprudenza di legittimità in materia di vizio di mente non sembra aver ancora pienamente metabolizzato queste indicazioni, visto che al giudice di merito che intenda discostarsi dalle conclusioni

¹¹⁴ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 417-418

¹¹⁵ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 414.

¹¹⁶ F. CENTONZE, *op. cit.*, 283.

¹¹⁷ C. PIERGALLINI, *La regola dell'“oltre ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 625.

¹¹⁸ Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Rv. 248943.

¹¹⁹ Attente panoramiche in C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il “discorso sul metodo”*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 849 ss.; C. CONTI, *Il “diritto delle prove scientifiche”: percorsi metodologici della giurisprudenza nell'era “post” Franzese*, in *Cassazione penale*, 2022, 1644 ss.

¹²⁰ Cass., sez. IV, 15 maggio 2018, n. 46392, Rv. 274272, citando adesivamente la sentenza Raso.

¹²¹ Per un'esposizione dettagliata di tali criteri, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2009, 98 ss.

¹²² Doveroso il rinvio alle appassionate pagine in F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 116 ss. Più di recente, G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018, 56 ss.

¹²³ Cass., sez. IV, 14 novembre 2017, n. 16715, Rv. 273096, 71.

del perito si richiede genericamente «l'obbligo di motivare il proprio convincimento con criteri che rispondano ai principi scientifici oltreché logici»¹²⁴.

Talvolta la Corte dimentica di non avere l'autorità «per dare patenti di fondatezza a questa piuttosto che a quella teoria»¹²⁵ e stabilisce *d'emblée* che «la pedofilia, se non accompagnata da un'accertata malattia mentale o da altri gravi disturbi della personalità, rappresenta una semplice devianza sessuale, senza influenza alcuna sulle capacità intellettive e volitive della persona»¹²⁶.

Restano ancora incerti i rapporti tra BARD e imputabilità, forse perché in tale ambito gli esiti possibili sono tre (imputabilità/vizio parziale/vizio totale) e non due (colpevolezza/innocenza): si afferma che il dubbio tra vizio totale e vizio parziale dovrebbe condurre a una sentenza di assoluzione¹²⁷, mentre l'alternativa tra vizio parziale e imputabilità andrebbe risolta a favore del primo purché sussista «un ragionevole livello di probabilità del vizio di mente secondo la regola di giudizio "più probabile che non"»¹²⁸.

D'altronde se si applicasse al vizio di mente la declinazione del BARD in tema di causalità, dove la certezza processuale sembra addirittura identificarsi «con l'assenza di dibattito nel mondo della scienza»¹²⁹, i contrasti tra esperti accreditati appartenenti a differenti scuole autorevoli dovrebbero essere sempre risolti nel modo più favorevole all'imputato¹³⁰.

In alternativa si dovrebbe ragionare su un'epistemologia giudiziaria *ad hoc* che tenga conto delle peculiarità della materia, ad esempio insistendo sui requisiti metodologici di scientificità delle perizie, pretendendo che l'esperto rappresenti non solamente la propria visione ma anche lo stato complessivo del sapere, richiedendo al giudice una congrua motivazione anche quando aderisca alle valutazioni del perito da lui nominato¹³¹. Va anche valutata l'opportunità di modifiche normative volte a rivedere la disciplina della perizia¹³², oltre che la disciplina dell'imputabilità e il sistema delle sanzioni¹³³.

¹²⁴ Cass., sez. II, 11 ottobre 2013, n. 43923, Rv. 257313; Cass., sez. I, 16 aprile 2019, n. 35842, Rv. 276616.

¹²⁵ Cass., sez. IV, 14 novembre 2017, n. 16715, Rv. 273096, 69.

¹²⁶ Cass., sez. III, 16 dicembre 2010, n. 15157, Rv. 249899; Cass., sez. III, 27 novembre 2014, n. 6818, Rv. 262413.

¹²⁷ Cass., sez. I, 25 maggio 2016, n. 9638, Rv. 269416, superando finalmente l'idea della presunzione di imputabilità invalsa nella prassi (M. BERTOLINO, *Le incertezze*, cit., 604 ss.).

¹²⁸ Cass., sez. I, 18 maggio 2018, n. 11897, Rv. 267170, dove tale soluzione è motivata sulla base dell'*in dubio pro reo*. Tuttavia, il «più probabile che non» ripartisce il rischio della mancata prova in misura eguale sull'accusa e sulla difesa, risultando vittoriosa quella parte che riesce a superare l'ipotetica soglia probatoria del 51% di probabilità (su questa cifra convenzionale e sull'inadeguatezza dei criteri quantitativi, P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 198 ss.225 ss.). Se invece si seguisse la logica BARD, la difesa non dovrebbe dimostrare che la sussistenza del vizio parziale è più probabile rispetto all'ipotesi dell'imputabilità piena, bastando un ragionevole dubbio a favore della prima alternativa.

¹²⁹ C. CONTI, *Il "diritto delle prove scientifiche"*, cit., 1655.

¹³⁰ A tale conclusione perviene G. CARLIZZI, *La valutazione*, cit., 121 ss., 136, utilizzando i criteri Cozzini.

¹³¹ Ampiamente, F. CENTONZE, *op. cit.*, 283 ss.; M. BERTOLINO, *Le incertezze*, cit., 571 ss. Più in generale, sui modi per favorire il dialogo tra le «due culture», L. CHIEFFI, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in www.federallismi.it, 7 luglio 2017, 18 ss. (ultima consultazione 13/10/2024).

¹³² M.T. COLLICA, *Giudizio di imputabilità*, cit., 1174 ss.

¹³³ M. BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il codice penale*, cit., 37 ss.; M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e rems: una disciplina a metà del guado*, in A. MENGhini, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale*, cit., 83 ss.

Affinché questi obiettivi siano meno impervi i giuristi e gli esperti dovranno giocare la stessa partita, e se i primi sapranno regolare con attenzione i rapporti tra il curare e il punire¹³⁴, magari i secondi vivranno il loro rapporto con il diritto non come quell'«abbraccio mortale» paventato da Basaglia, ma come l'occasione per cooperare alla tutela dei diritti fondamentali del sofferente psichico¹³⁵.

¹³⁴ Sui diversi modi in cui può atteggiarsi questo rapporto, F. PALAZZO, *Punire e curare: tra incertezze scientifiche ed esigenze di riforma*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale*, cit., 8 ss.

¹³⁵ Sul «rapporto speciale» tra psichiatria e diritto, A. MANACORDA, V. DEL TUFO, *Dalla psichiatria alla tutela della salute mentale: aspetti normativi e questioni aperte*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 227.

Il diritto di informazione sanitaria nell'ambito della psichiatria in Spagna

*Antonio Pérez Miras**

THE RIGHT TO HEALTH INFORMATION IN PSYCHIATRY IN SPAIN

ABSTRACT: This study addresses the right to health information in the Spanish legal system from a constitutional point of view, with special attention to the field of psychiatry. Firstly, it analyses the constitutional basis of the information provided in the doctor-patient relationship and the legal regime provided for in the Spanish Law on Patient Autonomy. Finally, it studies more specifically the information of psychiatric patients at the state level and the only specific law that exists at the autonomous level, in the Community of La Rioja.

KEYWORDS: Health; information; psychiatry; informed consent; doctor-patient relationship

ABSTRACT: Questo studio affronta il diritto all'informazione sanitaria nell'ordinamento spagnolo da un punto di vista costituzionale, con particolare attenzione al campo della psichiatria. In primo luogo, si analizza la base costituzionale delle informazioni fornite nella relazione medico – paziente e il regime giuridico previsto dalla Legge spagnola sull'autonomia del paziente. In seguito, vengono studiate in modo più specifico le informazioni sui pazienti psichiatrici a livello statale e l'unica legge specifica esistente a livello regionale, nella Comunità di La Rioja.

PAROLE CHIAVE: Salute; informazione; psichiatria; consenso informato; rapporto medico-paziente

SOMMARIO: 1. A mo' di introduzione: Salute mentale e Diritto costituzionale. – 2. La natura costituzionale del diritto all'informazione sanitaria: oltre il consenso informato. – 3. Il regime giuridico dell'informazione sanitaria nell'ordinamento giuridico spagnolo. – 4. L'informazione al paziente psichiatrico. – 5. La legge 6/2023, del 22 marzo, per le persone con problemi di salute mentale e le loro famiglie di La Rioja: una pietra miliare in Spagna. – 6. Conclusioni.

* *Profesor Permanente Laboral, Departamento de Derecho Constitucional dell'Università di Granada. perezmiras@ugr.es. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. A mo' di introduzione: Salute mentale e Diritto costituzionale

La salute mentale o, meglio, la malattia mentale, è uno dei maggiori stigmi che un individuo può affrontare agli occhi della società. Il fascino e il trattamento del malato di mente, del “pazzo”, sono stati affrontati, tradizionalmente, sia nella letteratura che nel cinema. In Spagna, ciò è ben noto, considerato che l’opera in lingua spagnola più nota al mondo – e un vero capolavoro di tutta l’umanità – è l’amato Don Chisciotte della Mancia e la famosa follia che contagia il suo fedele scudiero, Sancho. Tuttavia, la simpatia che entrambi i personaggi possono suscitare non corrisponde alla realtà con cui il malato di mente è stato spesso trattato, visto più come un essere pericoloso per se stesso, e soprattutto per la società; come un essere stregato o posseduto – la cui guarigione sembrava obbligare all’utilizzo più di acqua santa che di medicine –; come un essere, in definitiva, impotente e privo di capacità, il ché giustificava l’internamento involontario in manicomio – una parola che almeno in spagnolo produce brividi al solo pronunciarla –. Un doppio prigioniero, dunque, il malato di mente: nella sua stessa malattia e privato della sua libertà all’interno di un centro, non sempre idoneo a curarlo ma piuttosto ad allontanarlo dalla società.

Questo ha tradizionalmente posto il malato di mente in una posizione di così evidente violazione e discriminazione che non vi è bisogno di una nota a piè di pagina per giustificarla. Se qualsiasi malato si trova in una situazione svantaggiata, ciò è ancora più vero per il malato mentale, gravato da un peso sociale che ha ulteriormente giustificato la violazione dei suoi diritti più elementari. Ciò pone indubbiamente i malati mentali e la salute mentale al centro di un obiettivo prioritario dell’analisi costituzionale¹. E il primo passo di questa analisi va di pari passo con l’individuazione del cambiamento di paradigma nel rapporto medico – paziente, da un paradigma paternalistico a un paradigma personalistico, basato sulla dignità e sulla tutela dei diritti in una prospettiva multilivello². Questo primo passo deve concretizzarsi nell’uso di una terminologia appropriata, come la preferenza del termine paziente al termine malato. Così, il paziente psichiatrico è colui che è caratterizzato solo dalla sua malattia, senza che questa qualifica predetermini, inizialmente, una differenziazione di trattamento che non sia segnata dalle stesse esigenze mediche. Vedremo, quindi, se, dal punto di vista giuridico, sarà necessario

¹ Cfr. C. FUERTES IGLESIAS, *Aproximación histórica al tratamiento jurídico de la enfermedad mental*, in J.C. FUERTES ROCAÑÍN (a cura di), *Derecho y salud mental (La psiquiatría ante el ordenamiento jurídico)*, Madrid, 2012, 123: «la Constitución supone un antes y un después en casi todas las materias, pues implica el cambio a un sistema social y democrático de Derecho. En este caso nos interesa analizar jurídicamente el cambio de Marco normativo en el tratamiento jurídico de la enfermedad mental. Durante la dictadura del General Franco los hospitales psiquiátricos se convirtieron en un foco de enfermos asociales donde eran tratados en muchos casos no como tales víctimas de la enfermedad mental en sus diversas formas, sino como delincuentes gracias a la instrumentalización de la enfermedad mental como arma arrojada del Régimen en no pocos casos, de carácter incluso político, unido a la concepción del enfermo como un sujeto peligroso criminal y socialmente per se, un sujeto que si tenía una drogadicción era un vicioso o si tenía conductas cleptómanas era un ladrón. La identificación ya no es, por tanto, con la esfera religiosa, sino que se reducen en la mayoría de las conductas de los enfermos a meros tipos penales y a desórdenes morales más que alteraciones biológicas». E ricorda la famosa Legge sulla Pericolosità e la Riabilitazione Sociale del 1970, che è stata formalmente abrogata nel 1995, sebbene la sua applicazione sia diventata chiaramente incostituzionale con la promulgazione della Magna Carta nel 1978.

² Cfr. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente*, in *Acta Bioethica*, 17 (1), 2011. Si consenta anche il rinvio al mio lavoro A. PÉREZ MIRAS, *La relación sanitaria como relación jurídica y su especial trascendencia constitucional*, in *Derecho & Salud*, 16, n. extra 1, 2016, 512-541.

apportare qualche modifica normativa per includere le specialità derivanti dall'alterazione della salute mentale, o se il regolamento normativo che analizzeremo è da considerarsi una base già sufficiente per garantire i diritti del paziente psichiatrico. E tutto questo rimanda a uno dei punti nodali del rapporto medico – paziente: il diritto all'informazione sanitaria, inteso in una prospettiva costituzionale che va oltre il semplice apprezzamento del consenso informato come mera esenzione dalla responsabilità medica.

A tal fine, il paragrafo 2 presenterà le basi costituzionali del diritto all'informazione, il cui regime giuridico nell'ordinamento spagnolo sarà studiato nel paragrafo 3³. Seguirà, nel paragrafo 4, una riflessione sulle specialità riguardanti l'informazione dei pazienti psichiatrici, aggiungendo poi, prima delle conclusioni, un paragrafo, il quinto, dedicato all'unica legge spagnola, approvata nel 2023 dal Parlamento della Comunità autonoma di La Rioja, sui diritti delle persone con problemi di salute mentale⁴.

L'OMS, in linea con il suo concetto di salute⁵, definisce la salute mentale come «uno stato di benessere mentale che consente alle persone di far fronte agli stress della vita, di sviluppare appieno le proprie capacità, di essere in grado di apprendere e lavorare bene e di contribuire al miglioramento della propria comunità»⁶. L'OMS ritiene giustamente che la salute mentale faccia parte del diritto umano fondamentale alla salute, perché è una parte fondamentale della salute e del benessere che sta alla base delle capacità individuali e collettive di prendere decisioni, costruire relazioni e dare forma a visioni del mondo, ed è un elemento essenziale per lo sviluppo personale, comunitario e socio-economico. La salute mentale è quindi qualcosa di più della semplice assenza di disturbi mentali. Per l'OMS, quindi, le condizioni di salute mentale comprendono i disturbi mentali e le disabilità psicosociali, nonché altri stati mentali associati a un elevato grado di disagio, compromissione funzionale o rischio di comportamenti autolesionistici, cosicché le persone che ne soffrono hanno maggiori probabilità di sperimentare livelli più bassi di benessere mentale – anche se non è necessariamente sempre così –, essendo un processo complesso che ogni persona sperimenta in modo diverso, con vari gradi di difficoltà e disagio ed esiti sociali e clinici che possono essere molto diversi⁷. Indubbiamente, questo modo di intendere la salute mentale serve anche a superare la tradizionale discriminazione a cui i pazienti mentali sono stati sottoposti, affrontando una serie di pregiudizi come: il pregiudizio magico, il pregiudizio biologico, lo psicologismo, le interpretazioni sociologizzanti e le opinioni politiche e amministrative⁸. Secondo Fuertes Iglesias, «la storia della psichiatria e della malattia mentale è scritta come il percorso della malattia concepita come un'alterazione morale o religiosa, con lo psichiatra come sciamano o stregone

³ Alcune delle idee ivi utilizzate possono essere consultate in spagnolo nel mio contributo agli Scritti in onore della Prof.ssa Yolanda Gómez Sánchez, in corso di pubblicazione.

⁴ In Spagna, la salute mentale non è stata oggetto di una regolamentazione specifica se non a livello regionale e in modo quasi testimoniale. La nuova legge di La Rioja si è aggiunta all'unica legge finora esistente: la Legge 1/1996, del 14 maggio, sulla salute mentale in Cantabria («BOCT» n. 105, del 24/05/1996), che ha un carattere marcatamente competenziale e organizzativo del servizio sanitario della Cantabria per questo settore specifico.

⁵ La Costituzione dell'OMS definisce la salute nel suo preambolo come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solo l'assenza di malattia o infermità».

⁶ Reperibile sul sito web dell'OMS, disponibile sul sito <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response> (ultima consultazione 15/9/2024).

⁷ Ibidem.

⁸ Cfr. J. GUIMÓN, *La discriminación de los pacientes mentales: un reto para los Derechos Humanos*, Bilbao, 2004, 69-74.

dedito al trattamento di queste alterazioni della sfera divina, per ritrovarci oggi con la malattia mentale concettualizzata come un insieme di alterazioni con una base biologica e una trascendenza nella sfera cognitiva o conativa della persona, intendendo lo psichiatra come uno scienziato, uno studioso di medicina che, attraverso meccanismi chimici e fisici, influisce sul funzionamento anomalo del cervello, insieme a un lavoro nella sfera psicologica dell'individuo, con l'obiettivo di risolvere o migliorare la qualità di vita del paziente»⁹.

È ormai sparito quel misticismo magico che il mondo dei fumetti ha disegnato così bene nel famoso manicomio di Arkham¹⁰, dove i suoi residenti deviano da ogni normalità socialmente accettata e diventano persino pericolosi per essa, che ha bisogno di un eroe per tenerli lontani. Questa metafora spiega il rapporto con la malattia mentale che si registra, almeno in Spagna – e, chissà, anche in Italia –: un Paese dove andare dallo psichiatra genera vergogna, dove si abbassa ancora di più la voce quando si parla di questa specialità medica per paura di essere portato in un luogo simile ad Arkham¹¹. Questo timore era fondato, poiché la storia ci mostra che, rispetto ad altri tipi di malattie mediche, il malato di mente ha sempre messo in discussione la sua libertà¹², in primo luogo, e, in secondo luogo, è stato costantemente discriminato in termini di diritti nel loro complesso¹³. Entrambe le idee sono particolarmente rilevanti per il diritto costituzionale, ma inoltre alcuni dei trattamenti medici proposti, come

⁹ Cfr. C. FUERTES IGLESIAS, *op. cit.*, 124 (traduzione propria dallo spagnolo); per una rassegna storica completa del trattamento della malattia mentale fino ai giorni odierni, 119-123.

¹⁰ Arkham Asylum è stato creato da Denis O'Neil ed è apparso per la prima volta in Batman n. 258, DCComics, 1974.

¹¹ C. FUERTES IGLESIAS, *op. cit.*, p. 124 sottolinea in modo molto critico che: «en esta materia, se observa una pasividad insultante del legislador y del gobierno estatal y de los de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos competenciales. Estamos ante una materia gris, de las que no dan buen rédito político porque a nadie le gusta pisar terrenos tan movedizos como abrir un hospital psiquiátrico, entre otras cosas, por la segura oposición de muchos teóricos defensores de la libertad del paciente (como si ser enfermo ya no fuese en sí una prisión), amén de no pocos vecinos que prefieren tener como tales a unos grandes almacenes o a un concesionario de vehículos de alta gama más que a un grupo de “locos”, como vulgar y peyorativamente se habla al referirse a esta materia.»

¹² Seguendo J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental*, in *Revista de Derecho Político*, n. 87, 2013, 198 ss, dobbiamo precisare che la privazione della libertà può essere ricavata o come misura terapeutica o come misura di innocuità o di assistenza, che mira ad evitare danni a se stessi o a terzi e non tanto il recupero medico. Sono queste secondemisure di innocuità o assistenza a giustificare l'internamento involontario e urgente, che è regolato dall'articolo 763 della Legge di Procedura Civile (LEC), cioè una legge procedurale e non riguardante l'ambito sanitario. Questo articolo ha attualmente natura organica in virtù della Legge 8/2015 in conformità con la sentenza 132/2010 del Tribunale Costituzionale, che ha ritenuto che la regolamentazione fatta dalla LEC – di natura ordinaria – fosse una materia che incideva sui diritti fondamentali – che, ai sensi dell'art. 81 CE, richiede una legge organica – senza mettere in discussione la regolamentazione stessa, ritenendola grosso modo conforme alla Costituzione dal punto di vista materiale e, in particolare, al diritto di libertà di cui all'art. 17 CE. Su questo problema – e su quello derivato da successive sentenze del Tribunale Costituzionale come quella 141/2012 – e sulla sua proposta di miglioramento, rimando a J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental*, cit. In generale, sull'attuale regime giuridico, rimando a B. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico*, Valencia, 2023.

¹³ Cfr. J. GUIMÓN, *op. cit.* in toto.

le terapie elettroconvulsive (elettroshock), incidono direttamente sul diritto all'integrità fisica e psicologica, e quindi richiedono necessariamente un consenso informato¹⁴.

2. La natura costituzionale del diritto all'informazione sanitaria: oltre il consenso informato

Il consenso informato è forse uno dei temi più rilevanti e conosciuti nel mondo della medicina e del diritto. Infatti, il consenso informato è nato inizialmente come un modo per esonerare il medico dalla responsabilità. Questo ci porta a intendere il consenso come una sorta di accettazione del rischio¹⁵ e delle sue conseguenze, anche quelle più negative. Ma questa accettazione può venire solo da una volontà libera e autonoma. In questo senso, potremmo anche affermare che il rischio è una delle fonti del diritto all'informazione, perché costituisce l'origine del bisogno comunicativo. Se vado dal medico perché mi fa male il petto, voglio sapere cosa ho e se è pericoloso o meno; se mi sottopongo a una rinoplastica, voglio sapere se i rischi compensano il mio desiderio di avere un naso diverso; se mi sottopongo ad analisi ogni anno, è per prevenire i rischi a cui vada incontro e anticipare un peggioramento della mia condizione. In tutti questi casi, si è instaurata una relazione comunicativa a seguito di un rapporto giuridico – sanitario con un professionista di natura molto diversa. Al di là delle immagini che questi esempi suggeriscono, è bene chiarire che l'idea di rischio non deve essere confusa con l'idea di gravità o di immediatezza; il rischio non deve essere necessariamente grave e non deve esserci una ragione immediata perché il rischio continui a esistere. La sua modulazione può tuttavia portare a conseguenze giuridiche diverse, come nel caso del diritto all'informazione sanitaria.

¹⁴ Cfr. C. FUERTES IGLESIAS, *op. cit.*, 122-123, mostra la controversia che questa tecnica ha suscitato anche nella dottrina psichiatrica, riconoscendo il valore che ha avuto per la promozione della psichiatria come scienza medica, fino alla comparsa degli psicofarmaci, che considera una delle rivoluzioni della medicina moderna. Cfr. anche J. SÁNCHEZ-CARO e J. SÁNCHEZ-CARO, *El consentimiento informado en psiquiatría*, Madrid, 2003, 81-91.

¹⁵ Questo rischio deve essere dogmaticamente inquadrato nell'idea di Ulrick BECK di «società del rischio» (cfr. *La sociedad del riesgo*, Barcellona, 1998; e *La sociedad del riesgo global*, Madrid, 2002), che è forse uno dei contributi più originali negli ultimi tempi, insieme all'idea dello «smarrimento del Leviatano» di José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Madrid, 2009. Si v. anche dello stesso Autore, *Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión*, in *Documentación Administrativa*, n. 265-266, 2003. Fin dalla preistoria, gli esseri umani hanno dovuto affrontare i pericoli della natura, difendendosi da essi con il loro ingegno; tuttavia, di fronte ai rischi creati dagli stessi esseri umani con lo sviluppo di diverse tecniche, oserei dire quasi dai primi utensili di pietra del Paleolitico, gli esseri umani hanno dovuto difendersi, e questo non può essere compreso senza una società senza diritto e, nella nostra situazione attuale, anche con una risposta costituzionale. In questo senso, è sempre chiarificatore il pensiero di Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, per il quale «la configuración normativa de la Constitución no muestra su mejor eficacia real, tanto a nivel material como procedimental, dadas las peculiaridades propias del fenómeno tecnológico y su integración en la globalización, lo que al tiempo redundará negativamente en la plena efectividad y validez de la propia Constitución; con lo que, o se alcanza un entendimiento actualizado de la Constitución normativa con relación a los nuevos tiempos, pero capaz de mantener su núcleo o esencia, o nos encontraremos con su progresivo desvanecimiento. Y es que constituir y ordenar no puede ser sólo un mero marco constitucional de razonabilidad y proporcionalidad en la interacción de actividades científicas y tecnológicas, de una parte, y derechos y libertades de otra. Ha de ser también, y de acuerdo con el principio democrático, orientación en negativo y positivo de la investigación en tanto que instrumento de realización de valores y los principios que vertebran todavía el constitucionalismo, además de garantía de los mismos; forma y sustancia, así, de la Constitución.» J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Sobre la Constitución normativa y la tecnología*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 8, 2005, 277-278.

Pertanto, il rischio spiega la ragione dell'informazione, poiché non sarebbe sufficiente dire che bisogna informare solo perché lo dice la legge. Dietro le norme, e a maggior ragione a un livello fondamentale così alto, come credo sia questo diritto, c'è sempre una necessità. Che poi questa si trasformi in una clausola prescrittiva concreta è solo un sintomo, da un lato, della preminenza delle scienze giuridiche, in generale, nelle attività umane; dall'altro, è un'ulteriore prova che i rapporti di salute hanno tutti una traduzione giuridica, secondo la prescrizione della norma in questione.

L'altro fondamento si trova, come possiamo immaginare, nella Costituzione stessa¹⁶: è chiaro che il diritto all'informazione ha un legame diretto con l'art. 20 CE, e in particolare con la lettera d), e questo perché è l'informazione stessa ad avere tale fondamento. Mi spiego meglio. Se tutti i rapporti di cura sono rapporti giuridici perché si sviluppano a partire dal paradigma dei diritti fondamentali, è evidente che l'informazione che si genera affinché la persona informata possa formarsi un'opinione e una volontà, deve avere anche una tutela costituzionale, tutela che si deduce anche da una corretta interpretazione sistematica della Magna Charta, che è quella che abbiamo chiamato autonomia. Pertanto, a garanzia di questa autonomia, l'informazione è un diritto per tutte quelle situazioni in cui il paziente – o nella sua sfaccettatura di utente, nonché di consumatore – si pone di fronte a uno dei tipi di informazione che possono essere di suo interesse.

Il diritto all'informazione sanitaria è quindi di singolare importanza per il paziente. Non si può infatti ignorare la realtà quantitativa e qualitativa delle informazioni che il paziente, nella sua specifica condizione in quanto tale, deve conoscere per poter esercitare la propria autodeterminazione personale, e in particolare l'autodeterminazione sanitaria. E questo, in una duplice prospettiva: come informazione in sé, ovvero in quanto conoscenza generale; come informazione preliminare e necessaria per poter esprimere una specifica e concreta dichiarazione di volontà. In altre parole, sotto il primo aspetto, al paziente non dovrebbe essere negata la conoscenza di ciò che vuole sapere. E questo perché, ovviamente, la motivazione, in questo caso, si trasferisce esclusivamente al paziente interessato; questa è l'idea generale che attraversa questo diritto all'informazione, dato che può essere applicabile indipendentemente dalla posizione soggettiva che lo richiede. Dall'altra parte, questa informazione preventiva è quella che forse ha assunto maggiore interesse in dottrina, in quanto è la base diretta del consenso informato e su cui la magistratura si è pronunciata in numerose sentenze. In questa duplice prospettiva, è facile comprendere la natura dell'informazione sanitaria come garanzia costituzionale per la salute e la vita, ma anche per la libertà di coscienza, la delimitazione della privacy o la richiesta di un'effettiva tutela giudiziaria.

Tutto questo ci porta a sottolineare l'importanza costituzionale del diritto all'informazione sanitaria, e per questo dobbiamo guardare alla sentenza del Tribunale Costituzionale 37/2011, in quanto parte da una riflessione sul diritto all'informazione come passo necessario per il consenso del paziente. Dobbiamo fare riferimento alle parole della stessa Corte:

«[...] affinché questo potere di consenso, di decisione sugli atti medici che riguardano il soggetto, possa essere esercitato in piena libertà, è essenziale che il paziente abbia un'adeguata informazione medica sulle misure terapeutiche, poiché solo se dispone di questa informazione può dare liberamente il suo

¹⁶ Cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia*, in *Derecho & Salud*, 3, 1995, 172-173.

consenso, scegliendo tra le opzioni che gli vengono presentate, o decidere, anch'esso in piena libertà, di non autorizzare i trattamenti o gli interventi propostigli dai medici». (FJ 5)¹⁷

È chiaro che la base del consenso è un'informazione libera e adeguata. Ragionevole, potremmo aggiungere.

D'altra parte, il fondamento costituzionale dell'informazione può essere desunto anche dall'art. 23 CE, inteso nel senso ampio del suo comma 1 *ab initio*, quando afferma che «i cittadini hanno diritto di partecipare agli affari pubblici». Ebbene, dato che la sfera sanitaria non può essere separata dal mondo quotidiano, *mutatis mutandis*, questa clausola sarebbe una garanzia di questo diritto all'informazione in un senso ampio che va al di là della natura sanitaria determinata dalla visione del consenso informato e che si rifletterebbe meglio nella prospettiva della salute pubblica; un'idea che tutti abbiamo potuto vedere durante la pandemia e, soprattutto, al momento della quarantena, dato che i margini di libertà dipendevano dall'informazione sanitaria che le Autorità fornivano alla popolazione.

Tutto ciò ci pone nella condizione di poter affermare che il diritto all'informazione è di per sé una garanzia per l'esercizio degli altri diritti fondamentali. Così, il diritto all'informazione sanitaria garantirebbe la condizione preventiva e necessaria per l'esercizio degli altri diritti inerenti al sistema sanitario e, per questo motivo, diventa uno dei pilastri della sfera sanitaria; è quindi un presupposto materiale necessario per l'autodeterminazione soggettiva, non solo del paziente, ma di qualsiasi utente dei servizi sanitari sia pubblici che privati; in breve, di qualsiasi persona.

Si presti attenzione, tuttavia, alle difficoltà di recepimento dell'ampia dottrina del Tribunale Costituzionale in materia, che riguarda essenzialmente il settore principale da essa coperto e i professionisti dell'informazione e della comunicazione. Così, ad esempio, nella prospettiva che vogliamo sostenere, non potremmo condividere l'idea che il diritto all'informazione non sia individualizzabile, dato che il diritto a ricevere informazioni è il diritto a ricevere informazioni generali e non informazioni a cui si ha diritto per il fatto di trovarsi in una particolare situazione giuridica¹⁸. E questo è evidente, perché nella sfera della salute soggettiva, chi possiede e utilizza le informazioni per raggiungere un fine è colui che è obbligato a fornirle, essendo il paziente colui che ha il diritto di riceverle. In realtà, si tratta di una situazione curiosa, perché il paziente è l'autentico detentore di informazioni veritiere (dati oggettivi sulla sua salute), che cede (permette di conoscere) a un professionista affinché quest'ultimo, a sua volta, gli restituisca queste informazioni decodificate, ovvero in un linguaggio comune che possa comprendere in base alla sua attitudine intellettuale media individualizzata (principio della progettazione per tutti). Questa necessaria decodificazione è consustanziale a qualsiasi relazione giuridico – sanitaria che si instauri.

Pertanto, ciò che ci interessa sottolineare è che la tutela costituzionale dell'informazione veritiera è stata trasferita, logicamente e conseguentemente, alla Legge di Autonomia del Paziente¹⁹ (LAPID) e a tutte quelle leggi specifiche in cui è richiesto il consenso informato. E questo non è un capriccio, è una necessità imposta dalla natura stessa dell'informazione come substrato dello sviluppo della personalità, per cui il fatto che esista uno specifico ambito professionale che si occupa del bene giuridico –

¹⁷ Traduzione propria dallo spagnolo.

¹⁸ Cfr. J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Madrid, 2007, 365.

¹⁹ Legge 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica («BOE» n. 274, del 15/11/2002).

costituzionale dell'informazione, in questo caso come base per la migliore formazione dell'opinione pubblica, non significa che esso non sia deducibile in altri ambiti inerenti alla nostra esistenza, come l'ambito della salute. Non possiamo quindi affermare che, essendo l'art. 20 CE il prodotto di una rivendicazione e di una lotta storica, i suoi principi più elementari, in particolare la veridicità, non possano essere dedotti in quei rapporti giuridici fondamentali che si basano principalmente sull'intercomunicazione. Il fatto che l'art. 20 CE sia la chiave fondamentale per garantire l'opinione pubblica democratica e che, per questo motivo, le pronunce giurisprudenziali in materia si siano sempre mosse in questa direzione non può impedirci di basare l'idea di un'informazione sanitaria veritiera sulla stessa garanzia costituzionale dell'art. 20 CE. Inoltre, se non è conforme all'efficacia orizzontale che l'art. 9 CE predica in applicazione a questo diritto all'informazione (sulla salute), potrebbero verificarsi casi in cui un obbligo costituzionale potrebbe essere aggirato e così favorire la violazione di una garanzia del paziente; ad esempio, nel caso in cui mi rivolga a un centro privato per un trattamento volontario e mi vengano negate informazioni cliniche rilevanti per il mio processo di recupero dopo le complicazioni, con il pretesto che il contratto prevede solo la consulenza medica sulle specifiche del trattamento. È chiaro che il mio diritto a essere informato viene violato, con un'incidenza, come al solito, sull'art. 15 CE e anche sull'art. 18 CE. Ciò dimostra il suo carattere di substrato, di base per l'inizio di un corretto rapporto giuridico – sanitario.

Questa idea garantista è stata espressa molto bene dal Legislatore nell'art. 4.2 LAPID quando stabilisce che le informazioni cliniche – la decodificazione dei dati personali – devono essere veritiera, e quindi l'art. 4.3 LAPID recita:

«Il medico responsabile del paziente deve garantire il rispetto del suo diritto all'informazione. Anche i professionisti che lo assistono durante il processo di cura o che applicano una particolare tecnica o procedura sono tenuti a informarlo».

Pertanto, il diritto all'informazione sanitaria getta luce sull'intero percorso che medico e paziente devono seguire. Come in un matrimonio, l'espressione del libero arbitrio è di importanza trascendentale, ma non meno, se non di più, lo è il corteggiamento, più o meno lungo, in cui la coppia si conosce e inizia a condividere le proprie verità e i propri segreti.

In definitiva, possiamo affermare che il diritto all'informazione, in quanto tale, non è un obbligo per il paziente ma per il professionista; pertanto, la sua regolamentazione implica una garanzia e non un'imposizione. Su questo punto, è chiarificatore quanto afferma la professoressa Y. Gómez Sánchez nella voce «diritto a non sapere» dell'*Enciclopedia di Biodiritto e Bioetica* curata da C.M. Romeo Casabona. L'A. sviscera perfettamente la differenza tra il diritto all'informazione e il diritto a non sapere, in quanto la loro regolamentazione congiunta nell'art. 4.1 LAPID potrebbe essere intesa come un aspetto positivo e negativo dello stesso diritto. Secondo la sua formulazione letterale:

«1. Il paziente ha il diritto di conoscere, in occasione di qualsiasi intervento nel campo della sua salute, tutte le informazioni disponibili sullo stesso, salvo i casi esentati dalla legge. Inoltre, ogni persona ha il diritto di vedere rispettata la propria volontà di non essere informata. [...]»

Ebbene, per utilizzare le parole della professoressa Gómez, «[il] contenuto essenziale del diritto all'informazione è il diritto del soggetto di ottenere informazioni veritiera (quest'ultimo elemento distingue il diritto all'informazione dalla libertà di espressione), ma la protezione delle opzioni o delle decisioni che il soggetto adotta come conseguenza delle informazioni ottenute (o non ottenute) non fa parte

del contenuto essenziale di questo diritto. La principale obiezione a basare il diritto a non sapere sul diritto all'informazione risiede proprio in questo fatto. Il diritto all'informazione non protegge le decisioni derivanti dalle informazioni ricevute o dalla rinuncia alle informazioni. L'essenza del diritto di non sapere, tuttavia, è la libera decisione, non il potere di ricevere informazioni. Va quindi sottolineato che il contenuto essenziale del diritto di non sapere è una manifestazione della libera volontà del soggetto e come tale deve essere tutelato dall'ordinamento giuridico»²⁰.

Credo che la sua chiarezza espositiva valga questa lunga citazione, che non posso che sostenere in pieno. Si tratta di un'espressione dell'*agere licere* che implica autonomia e, poiché «il fine ultimo del diritto di non sapere è quello di proteggere la libertà di scelta e di decisione dell'individuo»²¹, ciò si riflette nei limiti delle eccezioni dell'art. 9 LAPID, quando nel suo primo comma si legge che:

«quando il paziente dichiara espressamente di non voler essere informato, la sua volontà deve essere rispettata documentando la sua rinuncia, senza pregiudicare l'ottenimento del suo consenso preventivo all'intervento».

Questo diritto a non sapere è infatti limitato dal diritto all'informazione – e non viceversa –, dato che «il diritto all'informazione – come principio generale applicabile nei rapporti biomedici e sanitari – deve prevalere sulla regola eccezionale dell'attivazione del diritto a non sapere»²². E questo è quanto prevede l'art. 9.1 *ab initio* della LAPID quando ammette che «la rinuncia del paziente al diritto di ricevere informazioni è limitata dall'interesse della salute propria, di terzi, della collettività e dalle esigenze terapeutiche del caso».

Da tutto ciò possiamo trarre una conclusione, e cioè che forse la prima informazione che un paziente dovrebbe ricevere è il suo diritto a non ricevere informazioni cliniche, o almeno a modularle come desidera, per cui il medico, nella posizione di garante in cui lo pone la LAPID, deve prestare particolare attenzione e cura a non trasformare il diritto all'informazione nell'obbligo a supportare informazioni indesiderate. Qui l'atteggiamento del medico assume grande importanza; l'esercizio del processo informativo deve essere condotto con la massima attenzione perché, senza dubbio, questo diritto a non sapere è legato al diritto alla privacy, nel senso che questo diritto a non sapere non può essere inteso come fonte di un diritto sostitutivo, immediato a favore della famiglia. Ricordiamo che l'art. 5.1 della LAPID stabilisce, non in maniera del tutto appropriata, a mio avviso, che «le persone a lui legate [il paziente], per motivi familiari o di fatto, saranno anch'esse informate, nella misura in cui il paziente lo consenta espressamente o tacitamente». Saper chiarire quando il paziente attiva tacitamente il diritto dei parenti all'informazione su un terzo (il paziente), nel caso in cui questo abbia espresso la volontà di non sapere, è molto complicato. Non è un diritto assoluto – come non lo è nessun altro –, per quanto si possa comprendere la legittima angoscia della famiglia più prossima nel conoscere certe notizie. A questo proposito, la soluzione migliore è che il medico chieda direttamente al paziente di potersi esprimere in merito, ovvero lasciare allo stesso paziente la facoltà di decidere se trasmettere o meno

²⁰ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Derecho a no saber*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Granada, 2011, 597. Traduzione propria dallo spagnolo.

²¹ *Ibidem*, 595.

²² *Ibidem*, 600.

l'informazione ai familiari. L'importanza di una corretta comunicazione diventa evidente in questi casi più delicati, come nel caso dei pazienti oncologici²³ o quando sono necessarie cure palliative²⁴.

Da tutto ciò si può concludere che il paziente, combinando il suo diritto all'informazione con il suo diritto a non sapere, cioè applicando l'art. 4.1 LAPID, ha il diritto di modulare, nell'esercizio della sua autonomia e secondo il suo ragionamento, le informazioni che desidera ricevere. Da nulla (con i limiti che abbiamo visto), a più di quanto strettamente necessario per ponderare i rischi. Ha il diritto di dire «basta», come il diritto di esprimere un giudizio di insufficienza sulle informazioni fornite, anche se a giudizio del professionista sono adeguate. In questo senso, va sottolineato che la prima cosa che il paziente deve avere chiara è che non deve intimidirsi nel chiedere ciò che non sa e che vorrebbe sapere; non importa se viene rivelata la stupidità del paziente se questo salvaguarda i suoi diritti fondamentali. E, da un altro punto di vista, potremmo incoraggiare il paternalismo informativo, inteso nel senso di un atteggiamento della persona responsabile di fornire le informazioni di cui il paziente ha bisogno, in ogni momento, prendendosi il suo tempo. Naturalmente, la realtà per i professionisti, a causa di problemi organizzativi nei centri, è che non hanno il tempo necessario nemmeno per i compiti medici più immediati.

3. Il regime giuridico dell'informazione sanitaria nell'ordinamento giuridico spagnolo

Il regime giuridico che regola l'informazione sanitaria è contenuto principalmente nella Lapid, da considerarsi la legge di riferimento. Tuttavia, non possiamo dimenticare che questa legge regola in modo più dettagliato e ordinato la prospettiva individuale e personale del settore sanitario, che fino ad allora era stata disciplinata all'interno del breve catalogo di diritti previsti dalla Legge Generale sulla Salute (LGS) del 1986²⁵. Occorre inoltre tenere presente che l'informazione sanitaria incide e si manifesta con le sue peculiarità nei diversi settori e approcci in cui ha un contenuto necessario, e in particolare dal punto di vista della salute pubblica, un ambito che è stato coperto dalla Legge Generale sulla Salute Pubblica²⁶. Il suo articolo 4²⁷ deve essere necessariamente collegato al contenuto dell'articolo 6 Lapid,

²³ Cfr. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *Derecho a la información y autonomía del paciente oncológico*, in *Derecho & Salud*, 11, 1, 2003, 39-44.

²⁴ Cfr. I. HERMIDA LAZCANO, C. NERÍN SÁNCHEZ, *La información en el ámbito de los cuidados paliativos*, in *Derecho & Salud*, 22, 1, 2012, 57-75.

²⁵ Legge 14/1986, di 25 aprile, Generale sulla Salute («BOE» n. 102, del 29/04/1986). Su questa Legge, si veda J.L. BERLTRAN AGUIRRE, cit. Sul cambiamento apportato dalla Lapid, V. J. MÉJICA GARCÍA, J.R. DÍEZ RODRÍGUEZ, *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*, CizurMenor, 2006; e S. GALLEGU RIESTRAS, *Información y consentimiento informado: de la Ley General de Sanidad a la Ley 41/2002*, in A. PALOMAR OLMEDA, J. CANTERO MARTÍNEZ (a cura di), *Tratado de Derecho Sanitario*, I, Cizur Menor, 2013, 803-827.

²⁶ Legge 33/2011, di 4 ottobre, Generale sulla Salute Pubblica («BOE» n. 240, del 05/10/2011).

²⁷ Articolo 4 della Legge Generale sulla Salute Pubblica: «I cittadini, direttamente o attraverso le organizzazioni in cui sono raggruppati o che li rappresentano, hanno il diritto di essere informati, con le limitazioni previste dalla normativa vigente, su questioni di salute pubblica dalle amministrazioni competenti. Tale diritto comprende, in ogni caso, quanto segue:

- a) Ricevere informazioni sui diritti loro riconosciuti dalla presente legge, nonché sui canali per esercitarli.
- b) Ricevere informazioni sulle azioni e sui benefici per la salute pubblica, sul loro contenuto e su come accedervi.

come specificazione dell'informazione epidemiologica in relazione al dettato dell'articolo 8.1 LGS, che considera la realizzazione di studi epidemiologici un'attività fondamentale del sistema sanitario, in quanto necessari per orientare più efficacemente la prevenzione dei rischi per la salute, nonché per la pianificazione e la valutazione sanitaria, come base per un sistema organizzato di informazione, sorveglianza e azione epidemiologica. Dal punto di vista soggettivo, quindi, il già citato art. 6 Lapid riconosce ai cittadini il diritto di conoscere i problemi di salute della comunità quando questi comportano un rischio per la salute pubblica o per la propria salute individuale, nonché il diritto alla diffusione di tali informazioni in termini veritieri, comprensibili e appropriati per la tutela della salute.

A questo aspetto si aggiungono le informazioni che devono essere fornite sui servizi del sistema sanitario e sui diritti e doveri degli utenti dei diversi servizi sanitari, secondo quanto previsto dall'art. 9 LGS e dettagliato nell'art. 12 Lapid sull'informazione nel Sistema Nazionale di Salute (SNS)²⁸. Da questi articoli si deduce che tutte le persone che entrano in contatto con i servizi sanitari della Comunità Autonoma corrispondente devono ricevere da queste Autorità informazioni sui diritti e gli obblighi di cui godono, sia i diritti generali riconosciuti dal SNS nel suo complesso, sia quelli derivanti dalle diverse legislazioni delle Comunità Autonome. Questo diritto sarà soddisfatto dalla mera comunicazione generica da parte delle Autorità sanitarie attraverso elementi statici, come i manifesti informativi nei centri sanitari, senza poter richiedere un'attenzione verbale e personalizzata da parte loro.

Concentrandoci sulle informazioni di natura sanitaria, dobbiamo iniziare a determinarne l'ambito soggettivo. Si scopre così che il titolare del diritto è il paziente (art. 5 Lapid), per cui il medico è l'unico obbligato a fornire le informazioni di cui il paziente ha bisogno. È necessario non perdere di vista questa realtà perché la Lapid concede al medico un ampio margine di gestione della fornitura delle informazioni, che potrebbe portare a intendere che egli abbia il potere di negare le informazioni stesse, come abbiamo detto, al vero titolare del diritto.

Abbiamo già sostenuto nel paragrafo precedente che spetta al paziente modulare le informazioni da fornirgli secondo i suoi desideri. Tuttavia, quando il medico può mettere in discussione la titolarità stessa del diritto ritenendo, secondo i suoi criteri medici, che il paziente non sia in grado di comprendere le informazioni a causa delle sue condizioni fisiche o mentali, ciò lo pone in una posizione di superiorità rispetto al paziente, perché può rivolgersi direttamente ai familiari, che in casi normali

c) Ricevere informazioni sui determinanti della salute come fattori che influenzano il livello di salute della popolazione e, in particolare, sui rischi biologici, chimici, fisici, ambientali, climatici o di altro tipo rilevanti per la salute della popolazione e sul loro impatto. Se il rischio è immediato, le informazioni devono essere fornite con urgenza.

d) Tutte le informazioni devono essere fornite in forma disaggregata, in modo da poter essere comprese a seconda del gruppo interessato, e devono essere rese disponibili in condizioni e in un formato tali da essere pienamente accessibili alle persone con disabilità di qualsiasi tipo.»

²⁸ Art. 12 Lapid: «1. Oltre ai diritti riconosciuti negli articoli precedenti, i pazienti e gli utenti del Sistema Nazionale di Salute hanno il diritto di ricevere informazioni sui servizi e sulle unità di cura disponibili, sulla loro qualità e sui requisiti per accedervi.

2. I servizi sanitari devono disporre di una guida o carta dei servizi nei centri e nei servizi sanitari, che specifichi i diritti e i doveri degli utenti, i servizi disponibili, le caratteristiche assistenziali del centro o del servizio, il personale, le strutture e le risorse tecniche.

A tutti gli utenti verranno fornite informazioni sulle linee guida per la partecipazione e su suggerimenti e reclami.

3. Ogni servizio sanitario regola le procedure e i sistemi per garantire l'effettivo rispetto delle disposizioni del presente articolo».

avrebbero accesso alle informazioni solo nella misura e nel momento in cui il paziente lo desidera. Il fatto che, ai sensi dell'art. 5.3 Lapid, il medico sia sempre tenuto a fornire le informazioni necessarie alle persone legate da vincoli familiari o di fatto non implica, a nostro avviso, che questo privilegio possa essere attivato solo sulla base di un carattere restrittivo di questo criterio medico o, comunque, come *ultima ratio* per evitare di violare il diritto fondamentale del paziente.

La stessa idea si applica alla cosiddetta indicazione terapeutica o privilegio espressamente previsto dall'art. 5.4 Lapid. Questo privilegio del medico significa che il diritto del paziente all'informazione sanitaria può essere limitato dall'esistenza accreditata di uno stato di necessità terapeutica, inteso come facoltà del medico di agire professionalmente senza informare preventivamente il paziente quando, per ragioni oggettive, la conoscenza della propria situazione potrebbe nuocere gravemente alla sua salute. Si tratta indubbiamente di una delle chiavi di lettura del tradizionale rapporto medico – paziente, uno scorcio del paradigma paternalistico che, tuttavia, per garantire la buona pratica medica in alcune situazioni estreme, si ritiene necessaria una base giuridica simile. Il problema sta, allora, nel non abusare di questo privilegio e nell'intenderlo – lo ripetiamo – come un'*ultima ratio*.

Tuttavia, un'analisi sistematica dello stesso art. 5 Lapid ci porta a capire che il contenuto di questi due commi deve essere irrimediabilmente legato al principio contenuto nell'art. 5.2 Lapid, che afferma che «il paziente deve essere informato, anche in caso di incapacità, in modo adeguato alla sua capacità di comprensione». Possiamo ritenere che questo comma contenga una garanzia del diritto del paziente all'informazione, che indubbiamente influisce sui commi successivi perché scollega la mera percezione dell'incapacità del paziente dai criteri medici, cosicché i limiti che il terzo e il quarto comma pongono al diritto all'informazione devono essere intesi come sempre orientati al beneficio del paziente stesso. Potremmo quindi affermare che il privilegio terapeutico dovrebbe essere un'eccezione²⁹.

Per quanto riguarda lo scopo delle informazioni sanitarie, la Lapid prevede che esse debbano servire a consentire al paziente di dichiarare la propria volontà attraverso un documento che attesti il consenso informato. Questo ci porta inevitabilmente a interrogarci sul suo contenuto, che deve essere il minimo necessario per raggiungere questo scopo. In ogni caso, questo minimo viene determinato dall'art. 10.1 Lapid, vale a dire:

- a) Le conseguenze rilevanti o significative che l'intervento è certo di avere.
- b) I rischi legati alla situazione personale o professionale del paziente.
- c) I rischi che possono verificarsi in condizioni normali, secondo l'esperienza e lo stato dell'arte o direttamente connessi al tipo di intervento.
- d) Le controindicazioni.»

Il contenuto va completato leggendo l'art. 8 Lapid insieme all'art. 4 Lapid, che costituiscono la procedura di consenso informato. Da questi si può dedurre che, oltre a quanto sopra, al paziente deve essere fornita anche un'informazione legale sugli obblighi del medico e sui diritti specifici del paziente. Ciò è giustificato anche dal fatto che non si tratta di un *numerus clausus* delle informazioni da fornire, ma piuttosto di una descrizione della buona pratica medica che è stata inserita nella legge. Con tutto ciò,

²⁹ Cfr. P. SIMÓN LORDA, *Bioética y consentimiento informado en la atención sanitaria*, Santiago de Compostela, 1996. Da parte sua, S. GALLEGO Riestra, *op. cit.*, 816 circoscrive questo privilegio al momento iniziale della relazione giuridico – sanitaria in cui medico e paziente iniziano a stabilire il rapporto comunicativo che guiderà il processo sanitario e che avrà i suoi limiti nei giusti contorni di modulazione, titolarità e obbligo.

vogliamo sottolineare con forza il passaggio al paradigma personalista, dato che, affinché il paziente possa fare una valutazione veramente autonoma, libera e personale delle opzioni del caso, deve anche essere in grado di valutare la sua situazione giuridica e le conseguenze che, in senso lato, potrebbero derivare dalla sua scelta, basata quindi sull'esercizio di diritti e garanzie.

Per quanto riguarda la forma di questo contenuto, di norma deve essere trasmesso oralmente (*ex art. 4.2 LAPID* in combinato disposto con l'art. 8 LAPID, che fa riferimento al consenso orale). Esistono tuttavia importanti eccezioni, motivate in particolare dall'esistenza di un rischio, come si evince dal citato art. 10 LAPID. In questi casi è richiesta una formalità specifica, che consiste nel trasmettere l'informazione per iscritto, intesa come maggiore garanzia per il paziente. Ciò è coerente con l'idea che il diritto all'informazione sanitaria, nella sua natura fondamentale, presenti questo aspetto di garanzia per l'esercizio degli altri diritti in gioco e, in particolare, dell'autonoma manifestazione di volontà. Va da sé che tutto ciò è inteso come una garanzia per il paziente. D'altra parte, tale consegna scritta è compatibile con la risoluzione verbale di qualsiasi dubbio che possa sorgere, compresa la spiegazione del contenuto di tale documento. Ci si chiede se il professionista possa garantire che l'informazione sia stata compresa. A questo proposito, è fondamentale il principio della progettazione per tutti, con particolare incidenza nei casi di persone ipovedenti. Pertanto, la comprensione dell'informazione scritta da parte del professionista non coinciderà con la dichiarazione di volontà con cui il professionista attiva la fase successiva del rapporto giuridico – sanitario. In generale, questa attenzione va posta in tutti i momenti in cui si deve ottenere il consenso verbale, poiché dire «sì, ho capito» non equivale a dire «sì, voglio». La particolarità della forma scritta dell'informazione emergerà anche dalle leggi speciali che regolano la ricerca biomedica³⁰, le tecniche di procreazione umana medicalmente assistita³¹, l'interruzione volontaria di gravidanza³² o l'eutanasia³³.

4. L'informazione al paziente psichiatrico

Il primo punto da sottolineare è che, a livello nazionale, non esiste una legge, speciale e specifica, dedicata alla psichiatria e che riguardi il consenso informato o, quindi, il diritto all'informazione, che stiamo studiando. Pertanto, una prima idea è che la LAPID sia da considerarsi applicabile ai pazienti mentali, per cui il regime generale studiato è lo stesso per un paziente psichiatrico e per un paziente oncologico, per introdurre un altro tipo di paziente. Tuttavia, a causa di tutte le particolari vulnerabilità e discriminazioni a cui sono stati sottoposti i pazienti psichiatrici, è opportuno soffermarsi sulle questioni relative alla capacità, ai limiti e alle situazioni speciali previste dalla LAPID, nonché sul ruolo del medico e della famiglia che parteciperanno, se del caso, al processo decisionale.

A questo proposito, non possiamo evitare la prima e fondamentale questione: dall'art. 5 LAPID non si evince mai che i pazienti psichiatrici non abbiano diritto all'informazione, così come gli altri pazienti. Come abbiamo già sottolineato, riteniamo che il secondo comma sia un canone per interpretare le

³⁰ Legge 14/2007, del 3 luglio, sulla ricerca biomedica («BOE» n. 159, del 4 luglio 2007).

³¹ Legge 14/2006, del 26 maggio, sulle tecniche di procreazione umana assistita («BOE» n. 126, del 27/05/2006).

³² Legge organica 2/2010, del 3 marzo, sulla salute sessuale e riproduttiva e sull'interruzione volontaria della gravidanza («BOE» n. 55, del 04/03/2010).

³³ Legge organica 3/2021, del 24 marzo, sulla regolamentazione dell'eutanasia («BOE» n. 72, del 25/03/2021).

limitazioni stabilite nel terzo e nel quarto comma, che potrebbero effettivamente essere intese come destinate a questo tipo di pazienti. Tuttavia, riteniamo che, come per tutti i pazienti, non si debba cadere nella genericità e nella vaghezza, e non si debba pensare che per malato mentale si debba intendere solo chi entra in uno stato di alienazione, come è chiaro dalla definizione di salute mentale che stiamo trattando.

Nel caso in cui il paziente si trovi in uno stato psicologico che lo porti a perdere completamente la capacità di comprendere le informazioni che il medico deve fornire, allora potrebbe procedersi attraverso la trasmissione dell'informazione ai familiari. In caso contrario, si dovrebbe applicare la modulazione prevista dall'art. 5.1 LAPID, seppur qualificata a favore dell'informazione anche ai familiari, quando lo stato di alterazione mentale è sufficientemente grave da richiedere la loro assistenza nella cura del paziente. È forse nei casi di necessità terapeutica che è più difficile valutare l'operato del medico. Tenendo presente che in questo caso la famiglia ha il diritto di essere informata di tutta la situazione, l'approccio più sensato sarebbe che il medico trasmettesse sempre ai familiari un'informazione completa e che il paziente fosse limitato in base alla gravità del disturbo, senza arrivare a pensare a una limitazione assoluta dell'informazione sullo stato di salute del paziente. È vero che nell'uso di questo privilegio si deve fare una netta distinzione tra il momento in cui il paziente subisce le conseguenze più intense della malattia mentale e il momento in cui il paziente è sotto controllo e supervisione medica, momento in cui non avrebbe senso tenere il paziente completamente lontano dalle informazioni sul proprio stato di salute e sulla sua evoluzione; sempre con l'aiuto dei familiari che, a mio avviso, non possono essere modulati nelle informazioni ricevute in qualsiasi momento della durata della malattia. La limitazione derivante dalla necessità terapeutica deve essere in linea con il principio di veridicità dell'art. 4 LAPID. Pertanto, la modulazione dell'informazione non può mai comportare una menzogna o, meglio, il fatto di fornire informazioni non può essere sostituito dalla trasmissione di una menzogna per ottemperare ai doveri legali.

Per quanto riguarda il modo in cui vengono fornite le informazioni, a voce, questo non deve cambiare perché il paziente ha un problema di salute mentale. Pertanto, anche in questo caso si applicherebbe il regime generale. Tuttavia, riteniamo che, se il trattamento proposto incidesse sui diritti fondamentali dell'integrità fisica e mentale e della libertà personale, si dovrebbe prendere in considerazione un regime più protettivo, come la fornitura di informazioni per iscritto, come previsto nella legislazione speciale. Così, ad esempio, nel caso dell'uso di terapie elettroconvulsive, le informazioni dovrebbero essere fornite anche per iscritto, in modo che il paziente possa usufruire di più tempo per comprenderle e analizzarle³⁴. Oppure, nei casi di ricovero volontario, indicando chiaramente le ragioni, le condizioni e lo scopo del ricovero, spiegando i vantaggi rispetto al trattamento ambulatoriale. Il vantaggio di questa informazione scritta è che sarebbe comune anche ai familiari, che, come abbiamo visto, hanno anch'essi il diritto di essere informati. Nel caso del ricovero volontario, inoltre, la decisione ha un impatto diretto anche sui familiari che si occuperanno dell'assistenza del paziente in caso di scelta del trattamento ambulatoriale. Questi interrogativi ci portano a una conclusione, ovvero la necessità di riformare la legge per introdurre queste specialità; a mio avviso, sarebbe sufficiente che venissero introdotte nella stessa legge sull'autonomia del paziente, senza la necessità di una legge *ad hoc* per garantire che l'informazione venga fornita anche per iscritto.

³⁴ V. J. SÁNCHEZ-CARO e J. SÁNCHEZ-CARO, *op. cit.*, 81-91.

Per quanto riguarda invece i limiti per l'ottenimento del consenso ai sensi dell'art. 9 LAPID, riteniamo che i pazienti psichiatrici rientrino inizialmente tra le patologie più comuni o predisposte per l'applicazione dello stesso. In tal senso, è da considerarsi giustificabile il caso di rischio immediato e grave per l'integrità mentale del paziente, senza poter contattare i familiari in quel momento, il che non impedisce di informare il paziente della procedura e di consultare i familiari il prima possibile. Nei casi di consenso per rappresentanza, deve essere chiaro che il rappresentante deve sempre agire in accordo con il pensiero del paziente e in base a ciò che è nel miglior interesse del paziente – non del rappresentante –, nel pieno rispetto della dignità del paziente. Allo stesso modo, il paziente deve essere sempre coinvolto nel processo decisionale, soprattutto nel caso di pazienti psichiatrici, in quanto la capacità del medico di ottenere il consenso del rappresentante attraverso il proprio giudizio deve essere sempre eccezionale e limitata nel tempo. In ogni caso, ove il medico ritenga che il paziente debba essere ricoverato coattivamente, cioè non volontariamente, bisogna attenersi alle disposizioni dell'art. 763 LEC. Nella misura in cui questa disposizione incide sui diritti fondamentali, è prevista la partecipazione del giudice, che dipenderà dall'esistenza o meno dell'urgenza. In ogni caso, questo articolo deve essere letto alla luce della sentenza 141/2012 del Tribunale costituzionale³⁵.

Nel caso in cui l'internamento per disturbo psichiatrico debba essere effettuato con urgenza, il giudice del luogo in cui si trova il centro sanitario deve ratificare la decisione. La sentenza sopra citata distingue tra una fase extragiudiziale e una fase di controllo giudiziario. La prima deve soddisfare tre requisiti fondamentali: 1) una relazione medica che giustifichi l'internamento immediato e la proporzionalità della misura; 2) Il paziente e il suo rappresentante devono essere informati di ciò e questa informazione deve essere registrata per iscritto; 3) Il centro sanitario deve informare il giudice dell'internamento del paziente il prima possibile, e comunque entro 24 ore. Questo tempo deve decorrere dal momento in cui viene formulata la diagnosi e non dai primi sintomi che potrebbero giustificare l'internamento. Nella fase di controllo giudiziario, il giudice avrà massimo 72 ore di tempo dal momento in cui viene a conoscenza dell'internamento per ratificare il provvedimento³⁶.

Nel caso in cui l'internamento involontario non sia urgente, il giudice del luogo di residenza del paziente deve autorizzare preventivamente la decisione del medico, senza che la LEC stabilisca un termine per la decisione. Le garanzie stabilite dalla LEC sono simili a quelle dell'internamento urgente e, secondo la Giurisprudenza costituzionale consolidata³⁷, devono essere soddisfatti i seguenti requisiti: «a) che lo squilibrio mentale dell'interessato sia stato provato in modo convincente, vale a dire che l'esistenza di un reale disturbo mentale sia stata dimostrata all'autorità competente mediante una perizia medica obiettiva; b) che tale disturbo sia di natura o entità tale da legittimare l'internamento,

³⁵ V. L.F. BARRIOS FLORES, *El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión tras la STC 141/2012, de 2 de julio*, in *Revista de Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 32, 16, 2012; J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental*, cit; B. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. cit.*

³⁶ V. sentenza del Tribunale Costituzionale 182/2015, che chiarisce che il *dies a quo* decorre dalla comunicazione all'organo giudiziario e non dalla trasmissione del caso al giudice competente, in quanto ciò produrrebbe un ingiustificato decorso del tempo che lascerebbe senza effetto la garanzia di 72 ore stabilita, *mutatis mutandis*, dall'art. 17.2 CE per la detenzione e il diritto alla libertà personale.

³⁷ Già nelle sentenze 112/1988 e 19/1994, a seguito delle sentenze della Cedu nel caso *Winterwerp* (24 ottobre 1979), *X contro Regno Unito* (5 novembre 1981) e *Luberti* (23 febbraio 1984).

e c) che i motivi che originariamente giustificavano tale decisione non sussistano più, occorre verificare se tale disturbo persista e, di conseguenza, l'internamento deve continuare nell'interesse della sicurezza degli altri cittadini, vale a dire che l'internamento non può essere validamente prorogato quando il disturbo mentale che lo ha generato non sussiste». (STC 141/2012 FJ 3)

L'autorizzazione del giudice, quindi, deve verificare l'idoneità della misura restrittiva, la sua necessità, nel senso che non esiste un'altra misura più moderata per il raggiungimento di tale scopo con pari efficacia, e la proporzionalità *stricto sensu* della misura, in modo che l'internamento generi più benefici che danni sia per il paziente che per altri beni o valori in conflitto.

L'internamento durerà fino alla dimissione del paziente da parte dei medici responsabili della sua sorveglianza, e ciò dovrà essere comunicato al tribunale. Oppure per decisione del giudice, che dovrà monitorare i progressi del paziente ricevendo relazioni ogni sei mesi o meno, se lo decide, e potrà poi revocare la sua decisione in qualsiasi momento.

Infine, per quanto riguarda l'internamento involontario, vorremmo sottolineare il fatto che la procedura stabilita nella LEC integra le disposizioni dell'art. 9 LAPID, da cui si deduce che non si può affermare che il paziente sottoposto a questa situazione sia assolutamente privato del suo diritto di essere informato. Infatti, grazie alla sentenza citata, l'informazione non spetta solo al medico ma anche al giudice; inoltre, non ha solo uno scopo di diagnosi e cura, considerato che il paziente ha anche il diritto di essere informato dei diritti fondamentali di cui gode e, in particolare, del diritto alla rappresentanza e alla difesa davanti alle decisioni giudiziarie³⁸.

Per quanto riguarda il rifiuto delle cure, è inizialmente ipotizzabile che il paziente ne abbia diritto. Almeno dalla legge spagnola, non si può dedurre una specialità che possa essere prevista esclusivamente per il paziente mentale. Tuttavia, in questo caso dobbiamo tenere conto della protezione multilivello dei diritti e non possiamo ignorare il fatto che la Convenzione di Oviedo è stata ratificata dalla Spagna e, pertanto, fa parte del diritto interno³⁹. L'art. 7 della Convenzione di Oviedo prescrive che «una persona affetta da un grave disturbo mentale può essere sottoposta, senza il suo consenso, a un intervento destinato a curare tale disturbo, solo quando l'assenza di tale trattamento sarebbe gravemente pregiudizievole per la sua salute e nel rispetto delle condizioni di protezione previste dalla legge, comprese le procedure di supervisione e controllo, nonché le procedure di ricorso». Ci sembra di capire, con un'interpretazione sistematica della Convenzione stessa – che è la fonte del paradigma personalista – che questo art. 7 funzioni come limite al diritto di rifiutare le cure da parte del malato mentale. Riteniamo, invece, che l'intervento a cui si riferisce questo articolo non debba essere necessariamente assimilato a un intervento chirurgico o che incida direttamente sull'integrità fisica del paziente, come potrebbe accadere con le terapie elettroconvulsive, ma che da questa formulazione si possa dedurre che esso consenta l'uso di una certa forza per assicurare un trattamento farmacologico che garantisca la corretta somministrazione e l'interferenza del farmaco che eviti un rischio gravemente dannoso per il paziente stesso. Questo articolo coprirebbe anche l'adozione dell'internamento involontario per una

³⁸ La Sala de lo civil del Tribunal Supremo (Corte di Cassazione) ribadisce il diritto di essere informati del diritto all'assistenza legale nei casi di internamento a seguito della sentenza del Tribunale Costituzionale. V. STS 95/2016.

³⁹ Strumento di ratifica della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina), fatta a Oviedo il 4 aprile 1997 («BOE» n. 251 del 20 ottobre 1999).

migliore supervisione e un maggior controllo del paziente, ma sempre nel miglior interesse del paziente, nel senso sopra indicato.

Per concludere questa sezione, e riprendendo le ultime idee espresse, riteniamo che sarebbe opportuno che la regolamentazione delle specialità che abbiamo visto per l'informazione dei pazienti psichiatrici fosse espressamente inserita nella LAPID, aumentando così le garanzie per i pazienti nella corretta assunzione delle decisioni e dei loro limiti data la particolare vulnerabilità a cui sono sottoposti. Un trattamento unitario da un punto di vista prettamente sanitario, ma sempre rispettoso dei diritti fondamentali, contribuirebbe, in primo luogo, a chiarire e dare certezza all'operato degli medici e altri professionisti sanitari; in secondo luogo, a focalizzare i trattamenti sul reale beneficio del paziente, tenendo conto della sua situazione personale e familiare e in linea con i progressi della medicina in ambito psichiatrico; in terzo luogo, obbligherebbe i servizi sanitari autonomi a prestare particolare attenzione alle diverse manifestazioni dei pazienti psichiatrici, dato che la prospettiva non sarebbe tanto quella della sicurezza, quanto quella della salute – pur riconoscendo il rischio per se stessi e per i terzi come elemento di valorizzazione –; in quarto e ultimo luogo, permetterebbe al paziente di salute mentale, in ogni momento e in base al suo stato di salute, di sottrarsi allo stigma e alla vergogna e di rivendicare quella dignità che neanche un disturbo non può togliergli.

5. La legge 6/2023, del 22 marzo, per le persone con problemi di salute mentale e le loro famiglie di La Rioja: una pietra miliare in Spagna

Nella Comunità Autonoma di La Rioja è stata recentemente approvata una legge specifica per le persone con problemi di salute mentale e le loro famiglie⁴⁰. Quest'ultima ha rappresentato una pietra miliare in Spagna, poiché non esiste una normativa simile né nello Stato né nel resto delle Comunità Autonome, nemmeno in quelle che tradizionalmente sono state all'avanguardia nella regolamentazione del settore sanitario, come l'Andalusia, la Catalogna o i Paesi Baschi, in particolare. Questa legge è suddivisa in un titolo preliminare e cinque titoli, tra i quali va evidenziato il Titolo I, dedicato ai diritti dei pazienti e delle loro famiglie.

La legge mira a garantire il diritto alla tutela della salute mentale attraverso la prevenzione della malattia, l'assistenza, la cura e la riabilitazione degli utenti dei servizi di salute mentale, delle persone con problemi di salute mentale o con disabilità psicosociali, nonché delle loro famiglie, attraverso la creazione di un quadro giuridico e normativo basato sul rispetto dei diritti umani, oltre a garantire l'accesso alle cure (art. 1). Tra gli obiettivi dell'art. 2, segnaliamo la tutela – dice la Legge – del principio del consenso libero e informato come condizione per il trattamento, anche al fine di evitare, per quanto possibile, trattamenti e ricoveri involontari, stabilendo come principio generale (art. 3) criteri chiari e oggettivi per i ricoveri ospedalieri, evitando la contenzione meccanica e l'internamento involontario, e promuovendo gli internamenti volontari, in cui si stabilisce in tutti i casi l'informazione preventiva del paziente e la firma dell'autorizzazione all'internamento. A nostro avviso, sarebbe stato auspicabile indicare che questa informazione deve avvenire per iscritto, come abbiamo sostenuto in precedenza.

⁴⁰ Legge 6/2023, del 22 marzo, sulle persone con problemi di salute mentale e le loro famiglie («BOR» n. 59, del 24/03/2023).

Tra i diritti sanciti dall'art. 6, possiamo evidenziare il diritto a ricevere in ogni momento le cure che si sono dimostrate efficaci in termini di adeguatezza, frequenza e intensità, sulla base di evidenze scientifiche, e a promuovere il recupero della salute dei pazienti, nonché a ricevere informazioni sulla diagnosi e sulle alternative terapeutiche e a partecipare attivamente al proprio piano terapeutico individualizzato. La lettera k) prevede inoltre il diritto di accedere a tutte le informazioni necessarie, in forma comprensibile, in modo da poter prendere decisioni informate sul trattamento. È importante che la lettera k) riconosca il dovere di informare debitamente il caregiver e la persona di supporto principale, in modo da poter ritenere che la legge riconosca un diritto all'informazione paragonabile a quello fornito al paziente, senza – almeno sembra – la modulazione dell'art. 5 LAPID. Riteniamo che questa legge autonoma non possa far venir meno il diritto del paziente di far conoscere ai suoi familiari il grado della sua malattia nel modo e nell'intensità che egli stesso decida, ragion per cui, se il caregiver è un familiare, si verifica una collisione che, a mio avviso, in questo caso, dovrebbe risolversi a favore del paziente. Ma se il caregiver non è un familiare, bensì un professionista, allora ritengo che il caregiver abbia il diritto di essere informato alle stesse condizioni del paziente, tranne nei casi in cui il diritto alla privacy del paziente sia compromesso o l'informazione non sia strettamente necessaria per il lavoro del caregiver. Quest'ultima idea funzionerebbe anche come limite al diritto del paziente di cui all'art. 5 LAPID, nella misura in cui non potrebbe impedire al caregiver familiare di conoscere le informazioni necessarie per svolgere il proprio ruolo di assistenza.

Vorremmo sottolineare il fatto che la Legge promuove il ricovero volontario, stabilendo una serie di garanzie, tra le quali possiamo evidenziare l'informazione ricevuta. Così, l'articolo 17 stabilisce che, quando il ricovero è necessario, a discrezione del medico, al paziente devono essere fornite preventivamente le evidenze scientifiche e le informazioni necessarie, nonché le alternative disponibili. In ogni momento deve essere promossa la libertà decisionale basata sull'informazione. Il consenso verbale del paziente, a seguito delle informazioni ricevute e registrato nella cartella clinica, è sufficiente per acconsentire al ricovero volontario.

Può notarsi, quindi, che si tratta di una legge che rispetta lo spirito difeso in questo studio sull'informazione sanitaria, in modo tale che il regime giuridico delle informazioni da fornire alle persone che soffrono di disturbi mentali sia abbastanza coerente.

6. Conclusioni

La legge di La Rioja apre una strada per mettere al centro dell'attenzione la dignità del malato di salute mentale, i cui diritti sono stati storicamente fortemente indeboliti e violati dagli effetti e dalle reazioni che la malattia mentale ha tradizionalmente provocato nella società. Fortunatamente, questa visione è in via di superamento e i progressi medici in psichiatria hanno di gran lunga perfezionato i trattamenti, con un impatto positivo sulla generalità della popolazione. Ciononostante, l'internamento volontario o involontario continua a essere una misura necessaria in alcuni casi, poiché il trattamento ambulatoriale o l'affidamento alla famiglia non sarebbero sufficienti. Tutto questo incide sui diritti fondamentali. Tra questi, in queste pagine abbiamo cercato di concentrarci sul poco studiato diritto all'informazione sanitaria, di cui abbiamo cercato di mostrare la collocazione costituzionale e, quindi, il suo

carattere *iusfundamentale*, che ci ha permesso di realizzare uno studio critico del regime giuridico applicato nella LAPID e, nello specifico, ai casi che riguardano la salute mentale.

In sostanza, abbiamo constatato che, in principio, questa specialità medica non giustifica l'esistenza di specialità nel diritto, essendo i suoi postulati perfettamente applicabili alla situazione del paziente mentale. Tuttavia, per ragioni di tutela e migliore garanzia dei loro diritti, abbiamo espresso un parere favorevole a una riforma giuridica che includa, tra l'altro, una regolamentazione unitaria dell'internamento involontario, dei limiti al rifiuto delle cure e della necessità di fornire, anche per iscritto, ulteriori informazioni, più rilevanti, sia al paziente, in base alle sue condizioni, sia ai familiari, ai quali si applicano senza dubbio le regole generali previste dalla LAPID per partecipare alla conoscenza della malattia e all'assistenza richiesta nella prestazione del consenso, in alcuni casi.

Questo non è stato uno studio sul consenso informato del paziente psichiatrico. Lo scopo che abbiamo cercato di raggiungere è stato quello di osservare il diritto all'informazione in tutte le sue sfaccettature, come elemento chiave per l'autodeterminazione del paziente e, di conseguenza, come nodo centrale della relazione medico – paziente secondo il paradigma personalista. Nulla giustifica che il paziente psichiatrico ne sia escluso, anzi: la sua posizione tradizionalmente più vulnerabile non ci fa perdere di vista il fatto che le specialità derivanti dai suoi sintomi non giustificano una diminuzione delle informazioni che deve conoscere. Allo stesso tempo, essi hanno bisogno che i loro diritti siano pienamente garantiti, proprio nei momenti in cui il loro stato mentale impedisce di comprendere appieno la situazione di malattia che attraversano, di cui ovviamente non possono non essere consapevoli.

Carne a base cellulare: una nuova frontiera della ricerca

*Federica Cheli, Gabriella Tedeschi, Davide Lanzoni, Tamil Selvi Sundaram,
Antonella Baldi, Carlotta Giromini **

CELL-BASED MEAT: A NEW FRONTIER FOR RESEARCH

ABSTRACT: The constant growth of the world's population has prompted agri-food production to investigate new protein alternatives. In this context, biotechnology, and in particular cellular agriculture, plays a key role in providing nutritious, safe, healthy and sustainable products. However, there are many doubts concerning the production, safety and sustainability of cell-based products. For this reason, the aim of this chapter has been to analyse each stage of the production chain, identifying and discussing the main critical points and investigating omics techniques as a tool for obtaining cellular products. Finally, the sustainability of this new production was analysed.

KEYWORDS: Cellular agriculture; cultured meat; safety; sustainability; omic techniques

ABSTRACT: La crescita costante della popolazione mondiale ha spinto la produzione agro-alimentare ad investigare nuove alternative proteiche. In questo contesto, le biotecnologie, ed in particolare l'agricoltura cellulare, ricoprono un ruolo fondamentale nel fornire prodotti nutrienti, sicuri, sani e sostenibili. Tuttavia, sono molteplici i dubbi relativi alla produzione, sicurezza e sostenibilità dei prodotti a base cellulare. Per tale ragione, l'obiettivo di questo contributo è stato quello di analizzare ciascuna fase della

* *Federica Cheli, Professore Ordinario, Dipartimento di Medicina Veterinaria e Scienze Animali (DIVAS), Università degli Studi di Milano; CRC "Innovation for Well-Being and Environment (I-WE)", Università degli Studi di Milano. Mail: federica.cheli@unimi.it; Gabriella Tedeschi, Professore Ordinario, Dipartimento di Medicina Veterinaria e Scienze Animali (DIVAS), Università degli Studi di Milano; CRC "Innovation for Well-Being and Environment (I-WE)", Università degli Studi di Milano. Mail: gabriella.tedeschi@unimi.it; Davide Lanzoni (corresponding author), Dottorando di ricerca, Dipartimento di Medicina Veterinaria e Scienze Animali (DIVAS), Università degli Studi di Milano. Mail: davide.lanzoni@unimi.it; Tamil Selvi Sundaram, RTD/A ONFOODS, Dipartimento di Medicina Veterinaria e Scienze Animali (DIVAS), Università degli Studi di Milano. Mail: tamil.sundaram@unimi.it; Antonella Baldi, Professore Ordinario, Dipartimento di Medicina Veterinaria e Scienze Animali (DIVAS), Università degli Studi di Milano. Mail: antonella.baldi@unimi.it; Carlotta Giromini, Professore Associato, Dipartimento di Medicina Veterinaria e Scienze Animali (DIVAS), Università degli Studi di Milano; CRC "Innovation for Well-Being and Environment (I-WE)", Università degli Studi di Milano; Institute for Food, Nutrition and Health, University of Reading, Reading RG6 5EU, UK. Mail: carlotta.giromini@unimi.it. Il presente lavoro è frutto delle attività di ricerca svolte all'interno dei seguenti progetti: Progetto PRIN 2022 "The future of food, the food of the future. Novel food, innovation, sustainability and legal issues", 2022EPRMH9, finanziato dall'Unione europea – NextGeneration EU; Progetto PRIN 2022 "Cellular agriculture for sustainable and innovative food production - "CELLtoFOOD" Prot. 20229S4T77; Progetto finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU – (PNRR) - Missione 4 Componente 2 Investimento 1.3 – Avviso N. 341 del 15 marzo 2022 del Ministero dell'Università e della Ricerca, Codice progetto PE00000003, Decreto Direttoriale MUR n. 1550 dell'11 ottobre 2022 di concessione del finanziamento, CUP D93C22000890001, titolo progetto "ON Foods - Research and innovation network on food and nutrition Sustainability, Safety and Security – Working ON Foods". Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

filiera produttiva, identificando e discutendo i principali punti critici e approfondendo le tecniche omiche come strumento finalizzato all'ottenimento di prodotti cellulari. Infine, è stata analizzata la sostenibilità di questa nuova produzione.

PAROLE CHIAVE: Agricoltura cellulare; carne coltivata; sicurezza; sostenibilità; tecniche omiche

Sommario: 1. Introduzione – 2. Processo produttivo della carne coltivata – 3. Sicurezza della filiera della carne coltivata – 4. Profilo nutrizionale e funzionale della carne coltivata – 5. Scienze omiche applicate allo studio della carne coltivata – 6. Sostenibilità della carne coltivata – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

L'elevato impatto ambientale dell'odierno sistema alimentare sta attirando crescente attenzione da parte della comunità scientifica. Esso è considerato uno dei principali attori coinvolti nella deplezione di risorse, nell'elevato consumo di suolo, nell'eutrofizzazione globale di oceani e acque dolci e nel continuo e rapido aumento di gas ad effetto serra¹. Tale scenario, considerando la costante crescita della popolazione mondiale, destinata a raggiungere 9-11 miliardi di persone entro il 2050, è destinato a peggiorare². Parallelamente, si assisterà ad un incremento di beni di prima necessità, in particolare quelli di origine animale. Più precisamente, la domanda globale di carne raggiungerà quota 455 milioni di tonnellate entro il 2050, un incremento del 76% rispetto ai dati riportati nel 2005³. Alla luce di quanto riportato, è comprensibile capire quali siano le ragioni che hanno spinto la comunità scientifica ad investigare nuove alternative in grado di sostenere tali ritmi di crescita vertiginosi. Tra le varie alternative, la carne coltivata rappresenta una possibile soluzione. Quest'ultima, parte del più ampio ramo dell'agricoltura cellulare, rappresenta la produzione *in vitro* di carne senza il sacrificio dell'animale, il cui obiettivo è quello di produrre beni alimentari molecularmente identici a quelli tradizionali⁴. Ad oggi, il tema della carne coltivata è altamente dibattuto, dividendo l'opinione pubblica sulla fattibilità del processo di produzione, sulla sicurezza e sostenibilità dell'intera filiera produttiva⁵.

¹ SI V. E. LINDGREN et al., *Sustainable food systems—a health perspective*, in *Sustainability science*, 13, 2018, 1505-1517 e T.G. BENTON et al., *Food system impacts on biodiversity loss. Three levers for food system transformation in support of nature*, in *Chatham House, London*, 02-03, reperibile al sito <https://www.chathamhouse.org/2021/02/food-system-impacts-biodiversity-loss>.

² E. RÖÖS et al., *Greedy or needy? Land use and climate impacts of food in 2050 under different livestock future*, in *Global Environmental Change*, 47, 2017, 1-12.

³ C. BELLET, J. RUSHTON, *World food security, globalisation and animal farming: Unlocking dominant paradigms of animal health science*, in *Reviews in Environmental Science and Bio/Technology*, 38, 2019 383-393 e N.R. RUBIO, N. XIANG, D.L. KAPLAN, *Plant-based and cell-based approaches to meat production*, in *Nature communications*, 11, 1, 2020, 1-11.

⁴ D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges related to cultured meat production*, in *Applied Sciences*, 12, 13, 2022, 6771.

⁵ Per il parimenti importante e complesso dibattito regolatorio, si rinvia al contributo di Giulia Formici, nel presente *Focus On*.

2. Processo produttivo della carne coltivata

Come riportato nella Figura 1, il processo produttivo della carne coltivata comprende molteplici passaggi, brevemente riassumibili come di seguito descritto.

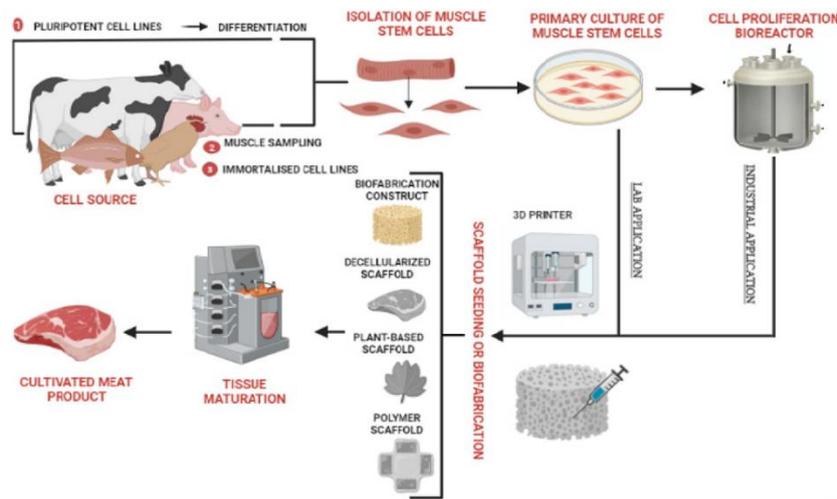


Figura 1. Processo produttivo della carne coltivata⁶

- **Prelievo cellulare:** Il punto di inizio della produzione della carne coltivata è rappresentato dal prelievo cellulare. Oltre al possibile utilizzo futuro di linee cellulari immortali e cellule pluripotenti, quali cellule staminali embrionali o cellule staminali pluripotenti indotte, il metodo di ottenimento maggiormente utilizzato e promosso dall'agricoltura cellulare è sicuramente il prelievo cellulare e/o tissutale da un animale vivo⁶. Sebbene le cellule ottenute in questo modo siano contraddistinte da un numero finito e limitato di divisioni prima di raggiungere la senescenza, esse permettono di studiare fedelmente i meccanismi di produzione della carne coltivata su scale temporali molto brevi⁷. Tuttavia, lavorare con biopsie tissutali comporta una fase aggiuntiva; l'isolamento delle singole cellule staminali muscolari (cellule satellite) dal resto delle fibre. Tale processo avviene, sfruttando proteasi in grado di garantire una selezione efficiente⁸.
- **Proliferazione:** In seguito al prelievo cellulare, è fondamentale assicurare alle cellule un ambiente adatto per la loro crescita e proliferazione, garantito dai terreni di coltura, contraddistinti dalla presenza di glucosio, sali inorganici, aminoacidi, vitamine, fattori di crescita e antibiotici⁹. Come riportato dagli stessi autori, altre sostanze quali proteine o pigmenti possono essere addizionate al terreno di coltura per conferire proprietà organolettiche simili a quelle della carne tradizionale. In scala laboratoriale, le cellule vengono fatte crescere bidimensionalmente in fiasche. Tuttavia, per un'applicazione in larga scala, come

⁶ D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit. e REISS, S. ROBERTSON, M. SUZUKI, *Cell sources for cultivated meat: applications and considerations throughout the production workflow*, in *International Journal of Molecular Sciences*, 22, 14, 2021, 7513.

⁷ D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

⁸ K.H. CHOI et al., *Muscle stem cell isolation and in vitro culture for meat production: A methodological review*, in *Comprehensive reviews in food science and food safety*, 20, 1, 2021, 429-457.

⁹ K.J. ONG et al., *Food safety considerations and research priorities for the cultured meat and seafood industry*, in *Comprehensive Reviews in Food Science and Food Safety*, 20, 6, 2021, 5421-5448.

quella industriale, è necessario utilizzare i bioreattori con l'obiettivo di aumentare la resa cellulare ottimizzando i consumi di energie e di risorse¹⁰.

- **Scaffolding:** Gli scaffolds sono strutture tridimensionali contraddistinti da una corretta porosità, specifiche proprietà meccaniche e chimiche fondamentali non solo per l'adesione, la proliferazione, il differenziamento e la maturazione delle cellule, ma attivamente coinvolti nella determinazione delle proprietà organolettiche del prodotto finale¹¹. Essi possono essere ottenuti o tramite la decellularizzazione di tessuti e organi o essere fabbricati, rispettando i requisiti di biodegradabilità e commestibilità. Sebbene, ad oggi esista anche il processo di "biofabbricazione" (creazione di costrutti utilizzando materiali contenenti cellule), l'approccio tradizionale maggiormente utilizzato nel ramo dell'agricoltura cellulare, prevede la previa fabbricazione di scaffolds e la successiva semina di cellule in una coltura 3D¹².
- **Differenziamento:** In seguito alla proliferazione, le cellule affrontano il differenziamento, conosciuto con il termine di miogenesi, ossia il passaggio da mioblasti a miociti, cellule muscolari adulte¹³. Per raggiungere questa fase è necessario fornire stimoli meccanici, chimici ed elettrici attraverso sistemi di coltura dedicati e scaffold modificati. Tale passaggio avviene all'interno di bioreattori assicurando un controllo preciso di variabili come temperatura, ossigeno, pH e densità cellulare¹⁴.
- **Maturazione:** In seguito alla proliferazione e differenziamento, prima di raggiungere lo stadio finale, le cellule sono soggette al fenomeno della maturazione. Essa avviene all'interno di bioreattori dove vengono forniti impulsi elettrici e meccanici, oltre a fattori di crescita, necessari per il suo raggiungimento¹⁵. La maturazione rappresenta un punto critico per la buona realizzazione dell'intero processo, permettendo di ottenere 1 kg di proteina da un numero di cellule di partenza compreso tra 2.9×10^{16} a 8×10^{17} .

3. Sicurezza della filiera della carne coltivata

I punti critici e la sicurezza nella filiera di produzione dei prodotti *in vitro* meritano ulteriori approfondimenti¹⁸. Più precisamente, i sostenitori della carne coltivata la considerano un prodotto maggiormente sicuro di quello tradizionale, in quanto creato in un ambiente controllato e chiuso. Sebbene questo sia vero per una produzione di nicchia, va sottolineato che su larga scala, tale alimento verrà prodotto a livello industriale, dove risulterebbe difficile eliminare completamente i possibili rischi, soprattutto quelli dovuti ad errori

¹⁰ M.S. MORITZ, S.E. VERBRUGGEN, M.J. POST, *Alternatives for large-scale production of cultured beef: A review*, in *Journal of Integrative Agriculture*, 14, 2, 2015, 208-216.

¹¹ J.S.H. SEAH, *Scaffolds for the manufacture of cultured meat*, in *Critical reviews in biotechnology*, 42, 2, 2022, 311-323.

¹² K.J. ONG et al., *op. cit.*

¹³ R.J. BRYSON-RICHARDSON, P.D. CURRIE, *The genetics of vertebrate myogenesis*, in *Nature Reviews Genetics*, 9, 8, 2009, 632-646.

¹⁴ J. ROSSER, D.J. THOMAS, *Bioreactor processes for maturation of 3D bioprinted tissue*, in *3D bioprinting for reconstructive surgery*, 2018, 191-215 e D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

¹⁵ S. RAMANI et al., *Technical requirements for cultured meat production: a review*, in *Journal of Animal Science and Technology*, 63, 4, 2021, 681.

¹⁶ J.S.H. SEAH, *op. cit.*

¹⁷ R.J. BRYSON-RICHARDSON, P.D. CURRIE, *op. cit.* e D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

¹⁸ S. CHRIKI, J.F. HOCQUETTE, *The myth of cultured meat: a review*, in *Frontiers in nutrition*, 7, 2020, 507645.

umani¹⁹. Sicuramente per prevenire errori accidentali, sarà necessario istituire nuovi percorsi di ricerca e competenze in grado di assicurare alti livelli di conoscenza²⁰. Parallelamente, come riportato nella Figura 2, sarà fondamentale tenere in considerazione tutti i possibili punti critici riscontrabili in ogni fase della filiera produttiva per poter garantire un prodotto salubre al consumatore.

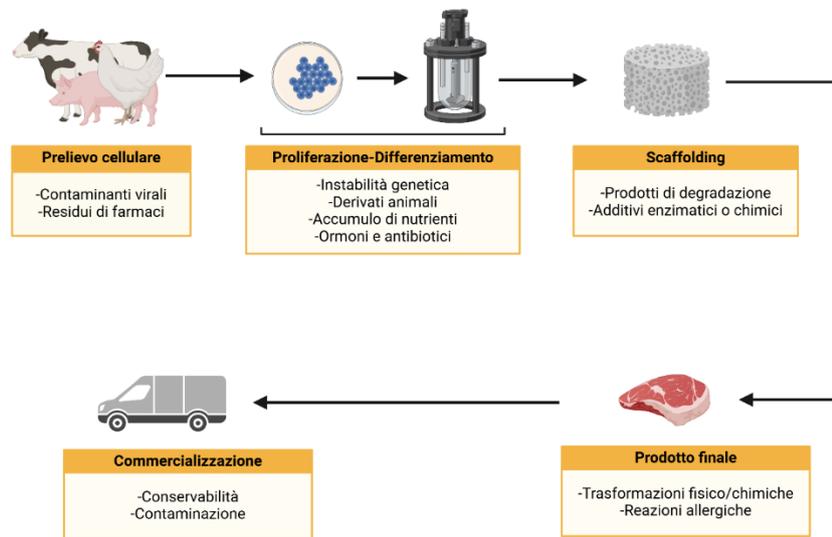


Figura 2. Descrizione di tutti i punti critici della catena di produzione della carne coltivata¹⁶.

- **Prelievo cellulare:** La scelta dell'animale non deve essere casuale, ma deve tenere in considerazione molteplici fattori tra cui, età, sesso, condizioni di stabulazione e patrimonio genetico²¹. Più precisamente, durante l'invecchiamento dell'animale, oltre ad una diminuzione fisiologica della concentrazione di cellule satelliti, quest'ultime devono affrontare continue divisioni mitotiche che comportano una riduzione della loro capacità differenziativa²². Parallelamente, animali di sesso maschile, grazie all'azione positiva del testosterone, sono contraddistinti da un maggior quantitativo di cellule staminali. Tale differenza è dimostrata anche tra animali allevati in condizioni estensive ed intensive, probabilmente a causa delle diverse tipologie di dieta²³. Ovviamente oltre a questi fattori, è fondamentale considerare lo stato di salute dell'animale evitando in questo modo la potenziale introduzione di rischi biologici nel prodotto coltivato, in particolare la trasmissione e diffusione di malattie virali infettive a carattere zoonotico²⁴.

¹⁹ D. LANZONI et al., *Cultured meat in the European Union: Legislative context and food safety issues*, in *Current Research in Food Science*, 100722, 2024.

²⁰ N.R. JAHIR et al., *Cultured meat in cellular agriculture: advantages, applications and challenges*, in *Food Bioscience*, 53, 2023, 102614.

²¹ D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

²² Si v. N. STEPHENS et al., *Bringing cultured meat to market: Technical, socio-political, and regulatory challenges in cellular agriculture*, in *Trends in food science & technology*, 78, 2018, 155-166 e L. MELZENER, *Cultured beef: from small biopsy to substantial quantity*, in *Journal of the Science of Food and Agriculture*, 101, 1, 2021, 7-14.

²³ K.H. CHOI et al., *op. cit.* e D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

²⁴ K.J. ONG et al., *op. cit.*

Sebbene quest'ultimo punto rappresenti un punto delicato per la sicurezza del consumatore, è necessario sottolineare come, oltre al fatto che non è sicura la sopravvivenza in coltura di cellule infette, questo rischio può essere facilmente circoscritto tramite una rigorosa ispezione degli animali di origine e delle cellule/tessuti per verificare la presenza di segni di infezione²⁵. Un altro possibile rischio in questa fase riguarda la contaminazione da farmaci veterinari, compresi gli antibiotici. Questi possono essere presenti come contaminanti nel tessuto utilizzato per la raccolta delle cellule e potenzialmente presenti nel prodotto finale, causando effetti negativi sulla salute umana. Tuttavia, perché ciò avvenga, il farmaco deve essere presente prima nel tessuto campionato e poi nella coltura cellulare durante tutto il ciclo di produzione, raggiungendo così il prodotto finale a una concentrazione che supera il livello massimo di sicurezza. Tuttavia, anche in questo caso, tale rischio può essere facilmente monitorato sia utilizzando test per la quantificazione dei farmaci veterinari sia sulla linea cellulare che sul prodotto finale, ma soprattutto consultando i dati sanitari degli animali di origine al momento della biopsia del tessuto²⁶.

- Proliferazione e differenziamento: I principali rischi in queste fasi sono da ricollegare non solo all'elevata capacità proliferativa delle cellule, ma soprattutto ai costituenti dei terreni di coltura²⁷. Nel primo caso, come precedentemente riportato, il numero di cellule necessarie per produrre 1 kg di proteina da cellule muscolari è compreso tra 2.9×10^{28} e 8×10^{29} . Per poter raggiungere numeri così elevati, le cellule devono affrontare numerosi cicli di divisione. Tuttavia, questo potrebbe portare alla formazione di cellule cancerogene all'interno delle colture a causa dell'instabilità genetica, senza essere chiaramente identificate³⁰. Sebbene tali cellule siano innocue, in quanto morte al momento del consumo del prodotto coltivato, rappresentano una grande sfida per l'accettazione da parte del consumatore. Nel secondo caso, sebbene i nutrienti dei terreni di coltura siano comunemente presenti negli alimenti convenzionali, un potenziale problema di sicurezza alimentare si verificherebbe se una o più di queste sostanze fossero presenti nel prodotto finale in concentrazione pericolose per il consumatore, in seguito ad un accumulo anomalo³¹. Per prevenire questo possibile rischio, esistono diversi controlli, tra cui: I) utilizzo di livelli minimi di nutrienti che permettano comunque la crescita cellulare, II) monitoraggio costante dei parametri cellulari (ad esempio vitalità e morfologia), III) analisi chimica del prodotto cellulare finale per identificare i nutrienti presenti, per cui i livelli massimi di sicurezza relativi all'assunzione sono già noti per gli alimenti tradizionali³². Per proliferare, le cellule necessitano anche di componenti secondari essenziali per la loro vitalità, replicazione e differenziamento. Tra questi, siero animale, proteine, peptidi, acidi nucleici, fattori di crescita ed ormoni³³. Sicuramente, ad oggi, la sfida più grande nella produzione di carne in coltura è quella di trovare un sostituto del siero animale, in particolare del siero fetale bovino (FBS), che possa replicarne le caratteristiche garantendo al contempo l'eticità. Il siero fetale bovino è una miscela complessa di acidi grassi, lipidi, vitamine, carboidrati, sali inorganici, fattori di crescita, proteine e oltre 400

²⁵ D. LANZONI et al., *Cultured meat in the European Union*, cit.

²⁶ World Health Organization, *Food safety aspects of cell-based food*, 2023.

²⁷ D. LANZONI et al., *Cultured meat in the European Union*, cit.

²⁸ J.S.H. SEAH, *op. cit.*

²⁹ R.J. BRYSON-RICHARDSON, P.D. CURRIE, *op. cit.* e D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

³⁰ D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

³¹ World Health Organization, *Food safety aspects of cell-based food*, cit.

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

metaboliti, essenziali per l'adesione, la crescita e la proliferazione cellulare³⁴. Nonostante questi numerosi aspetti positivi, la produzione di FBS si scontra con l'eticità promossa dall'agricoltura cellulare, in quanto viene prelevato tramite puntura cardiaca da feti di età fino a tre mesi di vacche mandate al macello³⁵. La quantità esatta di FBS prodotta e venduta in tutto il mondo è sconosciuta. Tuttavia, si stima che ogni anno vengano venduti circa 800.000 litri di FBS, che corrispondono a circa due milioni di feti sacrificati³⁶. Questi dati spiegano perché il suo utilizzo per la produzione di carne tradizionale, oltre a non essere etico, sarebbe in ogni caso insostenibile nel lungo periodo. Sebbene le aziende abbiano già trovato un valido sostituto della FBS (protetto da brevetto)³⁷, la ricerca scientifica sta studiando diversi sostituti etici. Parallelamente, l'aggiunta di proteine, peptidi ma anche fattori di crescita di origine animale, sebbene essenziali per sostenere la crescita cellulare, può introdurre contaminazioni virali o da prioni³⁸. Tuttavia, gli stessi autori suggeriscono come questo problema possa essere facilmente arginato utilizzando terreni di coltura privi di derivati animali, limitando così l'introduzione di organismi patogeni. Particolare attenzione deve essere prestata all'uso degli ormoni. Il loro consumo eccessivo può portare a squilibri e a esiti negativi per la salute umana, tra cui effetti pro-cancerogeni e tossicità riproduttiva³⁹. Per questo motivo, già nel 1996 (Direttiva 96/22 CE del Consiglio dell'aprile 1996), l'Unione Europea ha regolamentato l'uso degli ormoni nella catena alimentare tradizionale, vietando l'uso di alcune sostanze ormonali come testosterone, progesterone, zeranolo, acetato di trenbolone, acetato di melengestrolone ed estradiolo-17 β , in quanto possono rimanere come residui nella carne degli animali trattati dopo la loro macellazione⁴⁰. Possibili soluzioni, potrebbero essere l'uso di queste sostanze a concentrazioni minime che permettano comunque di ottenere l'effetto desiderato, l'utilizzo di fasi di lavaggio del prodotto e infine l'attuazione di misure di sicurezza e di controllo della qualità⁴¹. Un altro problema legato alla fase di proliferazione cellulare riguarda l'uso di antibiotici nel terreno di coltura per evitare qualsiasi contaminazione. Sebbene il laboratorio sia un ambiente controllato con un attento monitoraggio, è difficile prevenire qualsiasi segno di infezione, per questo motivo vengono aggiunti al terreno di coltura. Tuttavia, va sottolineato che questi all'interno delle colture cellulari saranno addizionati (quando necessario) a concentrazioni inferiori rispetto a quelle utilizzate nell'allevamento tradizionale e utilizzati quasi esclusivamente nelle prime fasi della produzione, dove le cellule saranno poi risciacquate e purificate, riducendo la possibilità di trovarli nel prodotto finale, senza la possibilità di causare reazioni allergiche⁴². Allo stesso tempo, un altro

³⁴ D. LANZONI et al., *Biotechnological and technical challenges*, cit.

³⁵ D. BRUNNER et al., *The serum-free media interactive online database*, in *ALTEX-Alternatives to animal experimentation*, 27(1), 2010, 53-62.

³⁶ K.S. CHELLADURAI et al., *Alternative to FBS in animal cell culture-An overview and future perspective*, in *Heliyon*, 7, 8, 2021.

³⁷ S. CHRIKI, J.F. HOCQUETTE, *op. cit.*

³⁸ D.W. JAYME, S.R. SMITH, *Media formulation options and manufacturing process controls to safeguard against introduction of animal origin contaminants in animal cell culture*, in *Cytotechnology*, 33, 1, 2000, 27-36.

³⁹ S.H. JEONG et al., *Risk assessment of growth hormones and antimicrobial residues in meat*, in *Toxicological research*, 26, 2010, 301-313.

⁴⁰ European Commission, Council Directive 96/22/EC of 29 April 1996 Concerning the Prohibition on the Use in Stock-farming of Certain Substances Having a Hormonal or Thyrostatic Action and of Beta-Agonists, and Repealing Directives 81/602/EEC, 88/146/EEC and 88/299/EEC. Si v. anche K.J. ONG et al., *op. cit.*

⁴¹ World Health Organization, *Food safety aspects of cell-based food*, cit.

⁴² K.J. ONG et al., *op. cit.*

possibile problema riguarda lo sviluppo di resistenza ai farmaci nelle cellule utilizzate. Per prevenire questo fenomeno, una possibile soluzione potrebbe essere la sostituzione degli antibiotici con peptidi antimicrobici naturali o sintetici, che non costituiscono un fattore di stress né creano resistenza ai farmaci⁴³. Tuttavia, sarà necessario documentare e registrare l'uso di antibiotici o di un sostituto, il tipo e la concentrazione, aumentando i controlli per la sicurezza della salute umana⁴⁴.

- **Scaffolding:** Come precedentemente riportato, gli scaffolds possono essere biodegradabili o commestibili. Tuttavia, a seconda della loro natura possono sorgere diversi problemi di sicurezza per il consumatore. Se l'impalcatura è progettata per degradarsi, è necessaria una attenta valutazione del materiale utilizzato e dei relativi prodotti di degradazione affinché siano adatti e sicuri per il consumo umano⁴⁵. Laddove, l'impalcatura non è progettata per degradarsi, ma è necessario agire tramite dissociazione chimica o enzimatica è doveroso approfondire gli additivi utilizzati e valutare la loro presenza nel prodotto finale⁴⁶.
- **Prodotto finale:** Considerando il prodotto finale è importante valutare le trasformazioni fisico-chimiche che possono innescarsi nel prodotto finale. Tali trasformazioni si verificano quando i componenti presenti all'interno dei prodotti interagiscono con altre sostanze causando cambiamenti nella struttura comportando la comparsa indesiderata di specie dannose per la salute umana⁴⁷. Queste modifiche possono essere causate o durante la sterilizzazione nei processi produttivi (irradiazione) o durante la lavorazione degli alimenti come i trattamenti termici e chimici⁴⁸. In quest'ultimo caso, è importante evidenziare come le alte temperature raggiunte durante la cottura di alimenti proteici, tra cui la carne coltivata, potrebbe portare alla produzione di sostanze nocive come le ammine aromatiche eterocicliche, gli idrocarburi policiclici aromatici e la glicazione avanzata, prodotti finali della reazione di Maillard⁴⁹. Tuttavia, sebbene ad oggi non vi sia alcuna conferma che ciò possa verificarsi anche nelle carni coltivate, la ricerca scientifica ha raramente segnalato la presenza di sostanze chimicamente pericolose negli analoghi della carne, questi ultimi strutturati in modo da assomigliare alla struttura tipica della carne convenzionale²⁶. Parallelamente, altro aspetto fondamentale da considerare nel prodotto finale riguarda le possibili reazioni allergiche, specie verso quegli ingredienti (materiali strutturali, sostanze nutritive di supporto e modulatori delle funzioni cellulari) introdotti durante il processo di produzione, la cui reazione avversa non è ancora nota^{26,50}.
- **Commercializzazione:** Essa rappresenta l'ultima fase della filiera di produzione. Se per le carni tradizionali, la ricerca scientifica ha studiato adeguate strategie per incrementare la conservabilità, per quelle coltivate è ancora in fase iniziale. Tuttavia, la carne coltivata, essendo preparata in condizioni di sterilità potrebbe avere un periodo di conservazione più lungo rispetto a quella tradizionale, riducendo parallelamente i

⁴³ S. RAMANI et al., *op. cit.*

⁴⁴ World Health Organization, *Food safety aspects of cell-based food*, cit. e K.J. ONG et al., *op. cit.*

⁴⁵ K.J. ONG et al., *op. cit.*

⁴⁶ N. STEPHENS et al., *op. cit.*

⁴⁷ World Health Organization, *Food safety aspects of cell-based food*, cit.

⁴⁸ D. LANZONI et al., *Cultured meat in the European Union*, cit.

⁴⁹ K. ZHANG et al., *Development of meat analogs: Focus on the current status and challenges of regulatory legislation*, in *Comprehensive reviews in food science and food safety*, 22, 2, 2023, 1006-1029.

⁵⁰ J.L. BANACH et al., *Alternative proteins for meat and dairy replacers: Food safety and future trends*, in *Critical Reviews in Food Science and Nutrition*, 63, 32, 2023, 11063-11080.

costi di trasporto, di refrigerazione e prodotti di scarto⁵¹. Tali aspetti potrebbero essere favoriti anche dal fatto che i siti di produzione potrebbero essere localizzati più vicini al consumatore, rispetto ai grandi allevamenti⁵². Nonostante questo, è necessario approfondire strategie per limitare possibili rischi durante la commercializzazione, come la contaminazione batterica, agendo su materiali di qualità nella creazione di packaging appositi⁵³.

4. Profilo nutrizionale e funzionale della carne coltivata

Ad oggi, una delle principali sfide della carne coltivata è quella di dover replicare le proprietà organolettiche, nutrizionali e funzionali della carne tradizionale, aspetti fondamentali per la futura accettazione da parte del consumatore⁵⁴.

Le proprietà organolettiche comprendono la consistenza, colore e sapore.

- **Consistenza:** La consistenza della carne tradizionale è il risultato della “maturazione”. Tale processo che si verifica solamente in seguito alla morte dell’animale. Più precisamente, la mancanza di ossigeno porta all’accumulo di acido lattico con una conseguente decrescita dei valori del pH, in grado di attivare enzimi fondamentali per la rottura di proteine e il successivo intenerimento della carne. Ad oggi, a causa di ridotte informazioni a disposizione, è difficile confermare se questo possa verificarsi anche nella produzione *in vitro*⁵⁵. Tuttavia, questo non rappresenterebbe un problema nella creazione di prodotti quali hamburger o salsicce, dove la sovrapposizione di strati sottili di cellule possono replicarne la consistenza. Situazione diversa si verificherebbe per tagli interi, dove lo spessore, l’assenza di sangue, la limitata diffusione di nutrienti e ossigeno renderebbero complicato il raggiungimento della consistenza tradizionale³¹. Tuttavia, ad oggi, la ricerca scientifica sta vagliando diverse soluzioni, tra cui la più promettente, la co-coltura di mioblasti-fibroblasti-adipociti in grado di garantire la formazione del tessuto muscolare, connettivo e lipidico, rispettivamente⁵⁶.
- **Colore:** Il colore della carne tradizionale dipende principalmente da due parametri, quali ferro e mioglobina⁵⁷. Sebbene ad oggi, come evidenziato dagli stessi autori, le fibre muscolari prodotte *in vitro* siano contraddistinte da un colore giallo a causa delle ridotte concentrazioni di ferro nei principali terreni di coltura e perché in presenza di ossigeno, le cellule inibiscono la produzione di mioglobina, sono molteplici le soluzioni adottate dalla ricerca scientifica per ricalcare l’aspetto tradizionale. Tra queste, l’aggiunta di ferro disponibile per le cellule, la stimolazione di mioglobina tramite la riduzione della concentrazione di

⁵¹ K. GASTERATOS, *90 Reasons to consider cellular agriculture*, 2019, reperibile al sito: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:38573490>.

⁵² H.L. TUOMISTO, M.J. TEIXEIRA DE MATTOS, *Environmental impacts of cultured meat production*, in *Environmental science & technology*, 45, 14, 2011, 6117-6123.

⁵³ S.A. SIDDIQUI et al., *Cultured meat: Processing, packaging, shelf life, and consumer acceptance*, in *LWT*, 172, 2022, 114192.

⁵⁴ D. LANZONI et al., *Cultured meat in the European Union*, cit.

⁵⁵ K. BROUCKE et al., *Cultured meat and challenges ahead: A review on nutritional, technofunctional and sensorial properties, safety and legislation*, in *Meat science*, 195, 2023, 109006.

⁵⁶ I. FRAEYE et al., *Sensorial and nutritional aspects of cultured meat in comparison to traditional meat: much to be inferred* in *Frontiers in nutrition*, 7, 2020, 35.

⁵⁷ M.J. POST, J.F. HOCQUETTE, *New sources of animal proteins: cultured meat*, in P.P. Purslow (ED.), *New aspects of meat quality. From genes to ethics*, Duxford, 2017, 425-441.

ossigeno e l'aggiunta di coloranti naturali direttamente nel prodotto finale, rappresentano soluzioni applicabili su larga scala⁵⁸.

- Sapore: Il sapore della carne tradizionale non è garantito solo dal muscolo, ma è il risultato dell'assunzione dell'alimentazione e del metabolismo biologico dell'animale. Tali fattori, uniti all'interazione di proteine, lipidi, carboidrati, nervi e vasi sanguigni sono responsabili del gusto tipico della carne tradizionale⁵⁹. Considerando la carne coltivata, è difficile comprendere come questi cambiamenti possano verificarsi in assenza della macellazione. Tuttavia, come riportato in letteratura, sono molteplici le soluzioni a disposizione⁶⁰. Tra queste, oltre ad intervenire direttamente sulle linee cellulari, prediligendo la co-coltura di cellule muscolari e adipociti per aumentare la frazione di grasso, fondamentale per l'aroma, succosità e tenerezza del prodotto finale, l'aggiunta di idrolizzati quali salsa di soia o soia sgrassata rappresenta una valida alternativa⁶¹. Più precisamente, tale opzione, impiegata nella creazione di prodotti vegetariani e vegani, permette l'ottenimento di sapori equivalenti, grazie alla capacità di liberare composti aromatici simili a quelli della carne tradizionali, in seguito alla loro cottura⁶².

Come anticipato, obiettivo principale dei prodotti *in vitro* è quello di ricalcare l'importante profilo nutrizionale della carne tradizionale, in particolare la presenza di micronutrienti, il contenuto proteico e lipidico.

- Micronutrienti: I principali micronutrienti presenti nella carne tradizionale, minerali (ferro, selenio e zinco) e vitamine (vitamina B₁₂), ricoprono un ruolo primario nel mantenimento della salute umana. Tuttavia, le cellule in coltura non sono in grado di sintetizzarli autonomamente. Per tale ragione, è fondamentale aggiungere nei terreni di coltura questi nutrienti associati a proteine di trasporto per stimolarne l'assorbimento da parte delle cellule⁶³. Sebbene tale pratica sia fattibile, occorre verificare se anche nei prodotti di coltura questi micronutrienti forniscano gli stessi effetti positivi per la salute umana⁶⁴.
- Contenuto lipidico: Come precedentemente riportato, le co-colture con cellule adipose consentirebbero un incremento del contenuto lipidico nella carne coltivata. Tuttavia, la carne tradizionale è contraddistinta da una elevata presenza di acidi grassi saturi (37g/100g), negativamente associati alle patologie cardiache⁶⁵. Per tale ragione, l'aggiunta della frazione di acidi grassi polinsaturi, riconosciuti per gli importati benefici per la salute umana, rappresenterebbe una valida opzione per la creazione di un prodotto funzionale e benefico per il consumatore⁶⁶.
- Contenuto proteico: Ad oggi, caratterizzare il profilo proteico dei futuri prodotti *in vitro* risulta complicato a causa delle informazioni limitate a disposizione. Sicuramente, l'obiettivo principale è quello di simulare l'elevato contenuto proteico della carne tradizionale (20-24 g /100 g)⁶⁷. Per raggiungere questo risultato,

⁵⁸ I. FRAEYE et al., *op. cit.*

⁵⁹ J.F. HOCQUETTE, *Is in vitro meat the solution for the future?*, in *Meat science*, 120, 2016, 167-176.

⁶⁰ K. BROUCKE et al., *op. cit.* e I. FRAEYE et al., *op. cit.*

⁶¹ D. LANZONI et al., *Cultured meat in the European Union*, cit.

⁶² G. ZHANG et al., *Challenges and possibilities for bio-manufacturing cultured meat*, in *Trends in Food Science & Technology*, 97, 2020, 443-450.

⁶³ K. BROUCKE et al., *op. cit.*

⁶⁴ S. CHRIKI, J.F. HOCQUETTE, *op. cit.*

⁶⁵ P.C. CALDER, *Very long-chain n-3 fatty acids and human health: fact, fiction and the future*, in *Proceedings of the Nutrition Society*, 77, 1, 2018, 52-72 e J.J. DINICOLANTONIO, S.C. LUCAN, J.H. O'KEEFE, *The evidence for saturated fat and for sugar related to coronary heart disease*, in *Progress in cardiovascular diseases*, 58, 5, 2016, 464-472.

⁶⁶ D. LANZONI et al., *Cultured meat in the European Union*, cit.

⁶⁷ L. THORREZ, H. VANDENBURGH, *Challenges in the quest for 'clean meat'*, in *Nature Biotechnology*, 37, 3, 2019, 215-216.

esistono molteplici approcci: I) Stimolazione elettrica per la sintesi dei sarcomeri. Tale metodo, sebbene efficiente, è contraddistinto da un costo elevato e perciò difficilmente impiegabile su larga scala⁶⁸. II) Incremento di amminoacidi liberi nel terreno di coltura con conseguente aumento del contenuto proteico. Sebbene tale alternativa risulti meno costosa, è doveroso approfondire i possibili cambiamenti subiti dai nutrienti in seguito all'internalizzazione. III) Creazione di scaffolds ricchi di amminoacidi essenziali. Tale approccio, oltre ad essere applicabile su larga scala grazie ai costi contenuti, permetterebbe di modulare il profilo amminoacidico dei prodotti coltivati, incrementando positivamente la frazione proteica⁶⁹.

5. Scienze omiche applicate allo studio della carne coltivata

Con il termine “scienze omiche” si intendono tutte quelle scienze che hanno come obiettivo principale quello di identificare, descrivere e quantificare tutte le biomolecole e i processi molecolari che contribuiscono alla forma e alla funzione di cellule e tessuti. Le tecnologie su cui si basano sono ad oggi una pietra angolare della moderna biotecnologia applicata all'agricoltura, offrendo uno sguardo approfondito sulle varie componenti molecolari e sui processi che compongono una cellula vivente. Esse comprendono una gamma di discipline e strumenti, ognuno dei quali si concentra su un aspetto diverso della cellula, come riportato nella Figura 3.

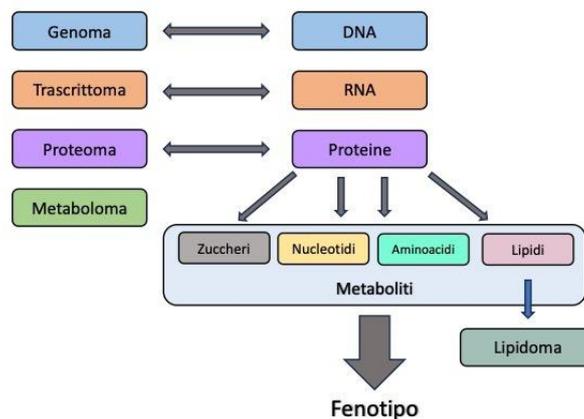


Figura 3. Schema delle scienze omiche applicate allo studio e alla caratterizzazione della carne coltivata

- Genomica: è lo studio dei genomi, che fornisce approfondimenti sulla sequenza completa del DNA degli organismi;
- Trascrittomica: concentrandosi sull'RNA (i messaggi codificati dal DNA nelle regioni codificanti dei genomi), rivela informazioni sui modelli di espressione genica;
- Proteomica: è l'esame dell'intero set di proteine tradotte dai messaggi dell'RNA, che è fondamentale per comprendere le funzioni cellulari, che in sostanza avvengono a livello del proteoma;
- Metabolomica: è l'analisi dell'intero set di metaboliti, che derivano in gran parte dal funzionamento degli enzimi e delle proteine in generale. Nell'ambito della metabolomica possono essere considerati anche molecole specifiche quali i lipidi, oggetto dello studio della lipidomica;

⁶⁸ L. THORREZ, H. VANDENBURGH, *op. cit.*

⁶⁹ K. BROUCKE et al., *op. cit.*

- Multiomica e biologia dei sistemi: è l'integrazione e la combinazione di queste tecnologie omiche, note collettivamente come multiomica, che consentono una visione completa dei sistemi biologici. Questo approccio è essenziale nella biologia dei sistemi, offrendoci un quadro dettagliato delle complessità delle funzioni cellulari e degli organismi.

L'applicazione di queste tecniche in campo alimentare ha portato nel 2009 a coniare il termine "Foodomics" per la disciplina che studia gli aspetti dell'alimentazione e della nutrizione attraverso l'applicazione e l'integrazione di tecnologie omiche avanzate per migliorare il benessere, la salute e la fiducia dei consumatori⁷⁰.

- Pertanto, uno studio approfondito dei processi di produzione della carne coltivata, dei relativi punti critici e della sicurezza nella filiera della sua produzione nonché nella caratterizzazione del suo profilo nutrizionale e funzionale non può non avvalersi di queste tecniche all'avanguardia caratterizzate da un alto grado di precisione e sensibilità⁷¹. Tra gli aspetti più importanti della loro applicazione si possono ricordare: garantire la stabilità genetica delle linee cellulari, l'ottimizzazione della crescita, la consistenza e la nutrizione mappando i modelli cellulari mediante la genomica; monitorare l'espressione genica in varie condizioni di coltura e ottimizzare i supporti di crescita per garantire una qualità del prodotto costante mediante la trascrittomica e la proteomica; analizzare i profili proteici per l'ottimizzazione del gusto, della consistenza e delle proprietà nutrizionali e caratterizzare le interazioni proteiche per una migliore formazione delle fibre muscolari mediante la proteomica; studiare i profili metabolici per comprendere la salute delle cellule, il tasso di crescita e l'utilizzo dei nutrienti nonché per regolare i terreni di coltura per una produzione efficiente di metaboliti mediante la metabolomica. Mentre mediante la lipidomica è possibile caratterizzare i profili lipidici per influenzare la distribuzione dei grassi e il processo di marmorizzazione che determinano la palatabilità dell'alimento e il suo gusto. In conclusione, si può sostenere che le scienze omiche vengono oggi ampiamente applicate in ogni step della filiera produttiva della carne coltivata a partire dallo sviluppo e ottimizzazione dei terreni di coltura e delle condizioni di crescita, all'analisi dei componenti nutritivi e della qualità del prodotto finale. Non si deve dimenticare anche l'importante contributo delle scienze omiche nel supportare aspetti legati alla conformità normativa per i prodotti a base di carne coltivata garantendo elevati standard di qualità del prodotto, di sicurezza della filiera produttiva e di tracciabilità dei materiali e dei processi impiegati. Le analisi mediante tecniche omiche possono garantire che i prodotti a base di carne coltivata soddisfino i requisiti di etichettatura nutrizionale e gli standard stabiliti dalle autorità di regolamentazione alimentare. Fornire informazioni nutrizionali accurate è anche essenziale per ottenere la fiducia e l'accettazione da parte dei consumatori, in particolare per coloro che hanno esigenze o preferenze alimentari specifiche.

6. Sostenibilità della carne coltivata

Come anticipato in precedenza, uno dei più grandi dubbi riguardo alla produzione di carne coltivata concerne la sua sostenibilità, specie qualora venisse impiegata su larga scala. I prodotti *in vitro* sono generalmente descritti come maggiormente sostenibili rispetto a quelli tradizionali. Tuttavia, tale confronto risulta

⁷⁰ A. CIFUENTES, *Foodomics, foodome and modern food analysis in TrAC Trends in Analytical Chemistry*, 96, 2018, 1 e L.O. ROCHA, N.C.C. SILVA, *Application of omics-based technologies and the impact on food science*, in *Frontiers in Microbiology*, 14, 2023, 1155757.

⁷¹ A.J. TOMIYAMA et al., *Bridging the gap between the science of cultured meat and public perceptions*, in *Trends in Food Science & Technology*, 104, 2023, 144-152.

incompleto e non corretto a causa della mancanza di dati certi, ma solo proiezioni nel lungo periodo, difficilmente confrontabili con quelli certi della carne tradizionale⁷². Sicuramente, la produzione di carne coltivata richiederà un minor utilizzo di terreno⁷³. Tale dato ricopre fondamentale importanza se si considera che la produzione alimentare globale odierna utilizza circa il 38% della superficie globale e che il restante 62% risulta non adatto alla coltivazione a causa del clima, della topografia, della scarsa qualità del suolo, del processo di urbanizzazione o perché occupato da terreni naturali come foreste⁷⁴. Parallelamente, è ipotizzabile come la produzione *in vitro* richiederà un minor consumo di risorse idriche. Più precisamente, 1 kg di carne coltivata richiederà approssimativamente 50 litri di acqua (destinata quasi totalmente per la produzione di terreni di coltura); consumi decisamente inferiori se confrontati con quelli dei prodotti tradizionali (550-700 litri)⁷⁵. Tuttavia, è doveroso valutare la qualità dell'acqua risultante dalla lavorazione. I terreni di scarto, contraddistinti dalla presenza di fattori di crescita, ormoni e altre sostanze chimiche, rappresenterebbero una forte criticità per la sostenibilità ambientale⁷⁶. Ciò nonostante, la ricerca scientifica sta vagliando soluzioni *green* per un loro futuro impiego, soddisfacendo i requisiti di una economia circolare. Infine, rispetto all'allevamento convenzionale, sarà importante valutare l'impatto dell'anidride carbonica, principale gas serra prodotto nella produzione di carne in coltura, contraddistinta da un periodo di bioaccumulo più lungo rispetto al metano⁷⁷. Nonostante questo, prima di poter fare confronti diretti tra le due tipologie di produzione, sarà necessario aspettare che i prodotti coltivati raggiungeranno una larga scala di produzione.

7. Conclusioni

Sebbene la ricerca sulla carne coltivata sia recente, l'idea originale ha radici antiche. Apparve per la prima volta nel 1897 in un romanzo scientifico intitolato *Auf Zwei Planetem*, e poi in altri resoconti del secolo scorso⁷⁸. A partire dalla fine del XX secolo, prima con il primo brevetto del metodo di produzione di carne coltivata da parte di Willem van Eelen e poi con la coltivazione di carne di pesce rosso da parte della NASA, la carne coltivata iniziò a ricevere un interesse crescente⁷⁹. La popolarità della carne coltivata si è consolidata nel 2013 con la presentazione in diretta televisiva del primo hamburger coltivato da parte del ricercatore olandese Mark Post. Successivamente, come riportato dal numero di pubblicazioni scientifiche, le ricerche sull'agricoltura cellulare hanno iniziato ad aumentare in modo esponenziale fino alla commercializzazione del primo prodotto a base di carne coltivata nel dicembre 2020 a Singapore⁸⁰. Dalle evidenze emerse dalla ricerca, si può concludere che le carni coltivate potrebbero rappresentare una valida alternativa alle proteine

⁷² S. CHRIKI, J.F. HOCQUETTE, *op. cit.*

⁷³ Y. HARAGUCHI, Y. OKAMOTO, T. SHIMIZU, *A circular cell culture system using microalgae and mammalian myoblasts for the production of sustainable cultured meat*, in *Archives of Microbiology*, 204, 10, 2022, 615.

⁷⁴ S. RIZVI et al., *Global land use implications of dietary trends*, in *PloS one*, 2018, 13, 8, e0200781.

⁷⁵ Y. HARAGUCHI, Y. OKAMOTO, T. SHIMIZU, *op. cit.*, e S. CHRIKI, J.F. HOCQUETTE, *op. cit.*

⁷⁶ Y. HARAGUCHI, Y. OKAMOTO, T. SHIMIZU, *op. cit.*, e S. CHRIKI, J.F. HOCQUETTE, *op. cit.*

⁷⁷ J. LYNCH, R. PIERREHUMBERT, *Climate impacts of cultured meat and beef cattle*, in *Frontiers in sustainable food systems*, 3, 2019, 421491.

⁷⁸ N. TREICH, *Cultured Meat: Promises and Challenges*, in *Environmental and Resource Economics*, 2021, 79, 1, 33-61.

Per ulteriori approfondimenti sui profili regolatori, anche con riferimento a Singapore, si rinvia al contributo di G. Fornici nel presente *Focus On*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem* e S. CHRIKI, J.F. HOCQUETTE, *op. cit.*

Focus on di origine animale, la cui futura ampia introduzione sul mercato necessita di accurate valutazioni preventive dei rischi per salvaguardare la salute dei consumatori. Tale valutazione deve essere effettuata in ogni fase della filiera produttiva, più precisamente dal prelievo delle cellule e dalla relativa proliferazione e differenziazione, fino alla commercializzazione del prodotto finale, individuando possibili soluzioni. Sebbene questi aspetti debbano continuare a essere indagati per garantire un prodotto sicuro per il consumatore, la crescente domanda di diversificazione del mercato e le opportunità di sicurezza alimentare associate alla scarsità di cibo, oltre a giustificare la commercializzazione della carne di coltura, rappresenterebbero un'opportunità per posizionare la carne di coltura come alimento del futuro.

Un assaggio di futuro? La carne a base cellulare e il vivace dibattito regolatorio dentro e fuori i confini dell'Unione europea

Giulia Formici*

TASTING THE FUTURE? CELL-BASED MEAT AND THE REGULATORY DEBATE IN THE EU AND BEYOND
ABSTRACT: Cell-based meat is currently at the center of an intense scientific, ethical, political but also legal debate. In fact, the multitude of regulatory approaches disciplining this innovative food highlights the complex balancing between various rights and interests, from consumer health protection to the promotion of technical-scientific development, from environmental sustainability to the guarantee of food security. The paper aims at providing food for thoughts on the topic, presenting the legislative choices promoted both in the EU and outside, with a look at jurisdictions where cell-based meat is already marketed.

KEYWORDS: Cell-based meat; novel foods; food safety; food security; innovation

ABSTRACT: La carne a base cellulare risulta oggi al centro di un intenso dibattito scientifico, etico, politico ma anche giuridico. La molteplicità delle scelte normative che disciplinano questo innovativo alimento, infatti, mostrano la complessità delle valutazioni volte a definire un bilanciamento tra diverse esigenze di tutela, dalla salute del consumatore alla promozione dello sviluppo tecnico-scientifico, dalla sostenibilità ambientale alla garanzia della *food security*. Il presente contributo intende alimentare le riflessioni sul tema, fornendo una panoramica degli approcci regolatori rinvenibili tanto nell'UE quanto fuori dai suoi confini, con uno sguardo agli ordinamenti in cui la *cell-based meat* è già sul mercato.

PAROLE CHIAVE: Carne a base cellulare; novel foods; food safety; food security; innovazione

* Ricercatore RTD/B in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Parma, Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali, Mail: giulia.formici@unipr.it. Il presente lavoro è frutto delle attività di ricerca svolte all'interno del Progetto Dipartimento di Eccellenza 2023-2027 "Food for Future", Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali, Università degli Studi di Parma, nonché del Progetto PRIN 2022 "The future of food, the food of the future. Novel food, innovation, sustainability and legal issues", 2022EPRMH9, finanziato dall'Unione europea – NextGeneration EU. Il contributo rappresenta una sostanziale rielaborazione del blog "Il lungo viaggio della cell-based meat tra Singapore, Usa e Israele, passando per l'Unione europea", pubblicato sul sito <https://www.foodforfuture.unipr.it> nel febbraio 2024. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. Alimentare il dibattito: carne a base cellulare, sfide e prospettive regolatorie – 2. Oltre la carne? *Food safety, food security*, sostenibilità e innovazione alla prova della transizione proteica – 3. La disciplina europea in materia di *Novel Foods* e la carne a base cellulare: spinte centrifughe e domande di riforma – 4. La carne a base cellulare nel mondo tra approcci regolatori divergenti e tendenze comuni – 5. La carne a base cellulare come caso emblematico: alcuni spunti di riflessione sul futuro della regolamentazione dell'innovazione nel settore agro-alimentare.

1. Alimentare il dibattito: carne a base cellulare, sfide e prospettive regolatorie

Il 2024 deve certamente essere ricordato come un anno cruciale per la diffusione della carne a base cellulare¹. Mentre gennaio si è aperto con l'annuncio dell'autorizzazione alla commercializzazione della carne coltivata di manzo nel territorio israeliano², nel mese di luglio si sono registrati ulteriori sviluppi di rilievo: innanzitutto il via libera nel Regno Unito all'immissione sul mercato inglese della carne a base cellulare come alimento per animali domestici³, e successivamente la presentazione della prima richiesta di autorizzazione di *cell-based meat* – nel caso specifico di *foie gras* – depositata dinnanzi alla Commissione europea⁴.

Quest'ultima notizia segna, nel contesto eurounitario, la più recente tappa di una discussione politica e regolatoria, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, senza dubbi destinata ad importanti evoluzioni nel prossimo futuro. Se diversi Stati membri paiono infatti intenzionati a seguire la “strada italiana”, segnata dalla approvazione, alla fine del 2023, di una normativa in materia di divieto di

¹ In termini estremamente semplicistici, con il termine “carne a base cellulare” si fa riferimento alla carne ottenuta in vitro a partire da cellule tissutali prelevate dall'animale – nella maggior parte dei casi dall'animale vivo mediante biopsia –, fatte proliferare e differenziare all'interno di bioreattori attraverso tecniche di coltura cellulare e ingegneria tissutale, in terreni di coltura contenenti fattori di crescita di diversa origine, al fine di ricavare fibre e tessuti. Il prodotto così ottenuto rappresenta una fonte alternativa di proteine animali. Si rinvia, per un'ampia analisi della definizione nonché dei profili tecnico-scientifici relativi a tale alimento innovativo, al contributo della Prof.ssa Cheli *et al.* nel presente *Focus On*. Merita sin da subito poi svolgere due precisazioni metodologiche: pur nella consapevolezza che la carne a base cellulare viene variamente denominata, si è deciso in questa sede di propendere per l'impiego del termine maggiormente diffuso nei documenti ufficiali delle organizzazioni internazionali quali la *Food and Agriculture Organisation* (FAO) e la *World Health Organization* (WHO) nonché da parte della comunità scientifica. “Carne a base cellulare”, infatti, risulta un'espressione descrittiva del prodotto stesso, scevra così da valutazioni di valore che possono invece soggiacere all'utilizzo di denominazioni quali *clean meat*, *slaughter free meat*, carne coltivata, carne sintetica, carne artificiale, carne da laboratorio. Per alcuni studi sulla terminologia e il suo rilievo, nonché sul dibattito connesso, si rinvia, tra i molti, a: C. BRYANT, J.C. BARNETT, *What's in a name? Consumer perceptions of in vitro meat under different names*, in *Appetite*, 137, 2019, 104-113 e degli stessi Autori: *Consumer acceptance of cultured meat: An updated review (2018-2020)*, in *Applied Sciences*, 15, 10, 2020, 1-25. Infine si vuole precisare come l'ambito di indagine del presente lavoro sia limitato allo studio delle normative e delle sfide giuridiche attinenti alla carne a base cellulare per il consumo umano. Benché di certo rilievo, non verranno pertanto svolte considerazioni quanto alle discipline regolatorie riguardanti la *cell-based meat* quale alimento per animali (domestici o da allevamento).

² *Israel Ministry of Health, First in the world: the Ministry of Health has approved cattle-based cultivated meat*, 24 gennaio 2024, <https://www.gov.il/en/pages/17012024-02> (ultima consultazione 23/7/2024).

³ Come riportato dall'azienda autorizzata, Meatly: <https://meatly.pet/meatly-approval/> (ultima consultazione 23/7/2024).

⁴ La notizia dell'avvenuta *application* è stata dichiarata dall'azienda richiedente stessa, la francese Gourmey: <https://www.just-food.com/news/gourmey-applies-to-sell-cultivated-meat-in-eu/> (ultima consultazione 8/8/2024).

“produzione e immissione sul mercato di alimenti e mangimi costituiti, isolati o prodotti a partire da colture cellulari o tessuti derivanti da animali vertebrati”⁵, in seno all’Unione europea (UE) le istanze di un gruppo tutt’altro che isolato di governi nazionali hanno innescato un dialogo quanto mai aperto con le Istituzioni eurounitarie, al fine di evidenziare la complessità delle questioni sanitarie⁶, etiche e culturali⁷, ambientali⁸, socio-economiche⁹, nonché giuridiche legate alla commercializzazione di tale innovativo alimento.

Simili interrogativi sono poi emersi anche oltreoceano, negli Stati Uniti d’America, dove si stanno moltiplicando in questo anno gli interventi legislativi – statali e federali – volti a bloccare la produzione e

⁵ Si fa riferimento alla L. 1° dicembre 2023, n. 172, di cui si parlerà nel prosieguo di questo contributo.

⁶ I dati al momento disponibili non consentono infatti di addivenire a conclusioni definitive e in termini assoluti sul fronte della sicurezza del prodotto per la salute dei consumatori (*food safety*). Su tale profilo, oltre al già richiamato contributo della Prof.ssa Cheli *et al.* in questo *Focus On*, si rinvia qui solo brevemente allo studio FAO, WHO, *Food safety aspects of cell-based food*, Roma, 2023, nel quale viene posta in rilievo la necessità di approfondire specifici profili di sviluppo e ricerca che attengono: i) alla implementazione di metodi di produzione che considerino i possibili *hazards* (diversi dai rischi acclarati), anche con riferimento agli effetti a lungo termine della crescita cellulare; ii) alle proprietà organolettiche e all’“aspetto” della carne coltivata – quanto al colore, ad esempio, o alla capacità di riprodurre strutture sempre più simili alla fisiologia dei diversi tagli di carne –; iii) allo sviluppo di “terreni di coltura” non di origine animale. Per un’analisi di tale dossier, si legga, tra i tanti, D. LANZONI ET AL., *Cultured meat in the European Union: Legislative context and food safety issues*, in *Current Research in Food Science*, 8, 2024, 1-16.

⁷ Pensiamo ad esempio agli interrogativi che attengono al rapporto tra consumo della carne a base cellulare e rispetto di talune specifiche prescrizioni religiose (N. STEPHENS *et al.*, *Bringing cultured meat to market: Technical, socio-political, and regulatory challenges in cellular agriculture*, in *Trends in Food Science & Technology*, 78, 2018, 155-166; M. HAMDAN *et al.*, *Cultured meat: Islamic and other religious perspectives*, in *International Journal of Islamic and Civilizational Studies*, 2, 8, 2021, 11-19; L. SAPORITO, *Global meat complex, nuove tecnologie alimentari, sostenibilità: la prospettiva delle religioni sulla carne coltivata*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2, 2024, 1-15); o ancora alle questioni che riguardano la salvaguardia di un patrimonio culturale che trova significativa esplicazione anche nelle tradizioni culinarie di un popolo e che può risultare così potenzialmente minacciato dalla diffusioni di nuovi alimenti. Sul rapporto tra cibo e cultura, tra i molti, si rinvia ai diversi contributi presenti in L. SCAFFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, Roma, Vol. I e II, 2020 nonché a G. BOGGERO, J. LUTHER (a cura di), *Alimentare i diritti culturali*, Roma, 2018; S. LANNI, *Gli insetti edibili tra globalizzazione scambista e interculturalità*, in *DPCE Online*, 2, 2019, 1321-1344; A. MORRONE, *Lineamenti di una Costituzione alimentare*, in A. MORRONE, M. MOCCHEGIANI (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, Bologna, 2022, 7-30.

⁸ Sul punto, ancora controverso, dell’impatto della produzione di carne a base cellulare su ambiente ed ecosistema si rinvia, *ex multis*: S. CHRIKI, J-F. HOCQUETTE, *The myth of cultured meat: A review*, in *Frontiers in Nutrition*, 7, 2020, 1-9; M.J. POST ET AL., *Scientific, sustainability and regulatory challenges of cultured meat*, in *Nature Food*, 1, 2020, 403-415; J. HADI, G. BRIGHTWELL, *Safety of alternative proteins: Technological, environmental and regulatory aspects of cultured meat, plant-based meat, insect protein and single-cell protein*, in *Foods*, 10, 2021, 1226; F.S. NOBRE, *Cultured meat and the sustainable development goals*, in *Trends in Food Science & Technology*, 124, 2022, 140-153; M. OLENIC, L. THORREZ, *Cultured meat production: What we know, what we don’t know and what we should know*, in *Italian Journal of Animal Science*, 1, 22, 2023, 749-753; H.L. TUOMISTO, T. RYNNANEN, *Environmental impacts of cultivated meat*, in C.R. SOCCOL, C.F. MAIOLINO MOLENTO, G. GLUFKE REIS, S.G. KARP (eds.), *Cultivated meat. Technologies, commercialization and challenges*, Cham, 2024, 277-298.

⁹ Per considerazioni attinenti ai riverberi della produzione di carne a base cellulare sulla sussistenza degli allevamenti “convenzionali” e sul tessuto socio-economico ad essi legato: M.C. MANCINI, F. ANTONIOLI, *The future of cultured meat between sustainability expectations and socio-economics challenges*, in B. RAJEEV (ed.), *Future foods. Global trends, opportunities, and sustainability challenges*, Londra, 2021, 331-350.

vendita della *cell-based meat*, a dettare disposizioni restrittive in materia di etichettatura o a vietare l'impiego di fondi pubblici per attività di ricerca e sviluppo su tale fronte¹⁰.

Le richiamate recenti evoluzioni normative, registrate in diversi ordinamenti, consentono sin da subito di cogliere tanto la marcata eterogeneità degli scenari regolatori quanto la grande attenzione mediatica, politica ed economica – in termini di investimenti – riservata alla carne a base cellulare; una attenzione, questa, che ha sovente finito col polarizzare l'opinione pubblica e provocare l'attivismo di diverse organizzazioni di categoria o gruppi di pressione¹¹, con un interessamento piuttosto sorprendente se si considera che tale alimento è ancora ben lontano dal poter essere prodotto e consumato su ampia scala¹².

In tale scenario, accanto a fondamentali attività di ricerca scientifica finalizzate a raccogliere maggiori dati e a chiarire i numerosi profili ancora incerti che caratterizzano la produzione della carne a base cellulare, pare allora necessario promuovere studi giuridici attenti, così da cogliere appieno la molteplicità dei parametri di tutela che legislatori e *policymakers* debbono tentare di condurre ad unità, in un continuo aperto – ma non acritico – dialogo con la scienza e con le incertezze legate al progresso tecnico-scientifico.

Il presente contributo intende fornire una panoramica delle più rilevanti disposizioni vigenti o, *de iure condendo*, oggetto di discussione, proponendo cenni di comparazione utili a ravvisare trend comuni e divergenze regolatorie nonché a tracciare le principali questioni giuridiche sottese. Una simile analisi, tuttavia, può essere appieno compresa solo se inserita nel quadro più ampio. Il Para. 2 prenderà perciò avvio da una sintetica ricostruzione delle sfide che la regolamentazione dei *food systems* globali è chiamata a considerare. L'innovazione e l'esigenza di una sua promozione e, al contempo, di una sua chiara disciplina non possono essere lette disgiuntamente da altre parole chiave, quali sostenibilità e sicurezza alimentare (nella sua duplice accezione di *food safety* e *food security*), che divengono – o dovrebbero divenire – principi cardine della *food law* e delle *food policies* globali.

Svolta questa fondamentale premessa, nel Para. 3 troverà spazio la disamina del panorama normativo nell'UE, dove iniziative legislative nazionali e diritto eurounitario si incontrano – e si scontrano, sotto taluni profili – in un dibattito, dai toni a tratti accesi, che certamente merita di essere osservato nelle sue prospettive di sviluppo¹³. Nel Para. 4, poi, si volgerà lo sguardo oltre i confini dell'UE, con particolare riguardo agli ordinamenti in cui è già stata consentita la commercializzazione della carne a base cellulare: USA, Israele e Singapore paiono, in tal senso, portatori di approcci e decisioni sulla disciplina di tale alimento talvolta convergenti e talaltra distanti.

¹⁰ Si rinvia all'analisi svolta nel Para. 3 del presente contributo.

¹¹ Basti pensare al caso italiano, non certo isolato, in cui particolarmente attive nel dibattito sono state le associazioni di categoria degli allevatori e agricoltori nonché le associazioni ambientaliste. Sul punto: R. DAMENO, *La carne coltivata. Riflessioni e spunti per una ricerca socio-giuridica*, in *Sociologia del diritto*, 2, 50, 2023, 7-33.

¹² Per alcune considerazioni sulla attuale portata e dimensione delle aziende attive nella produzione di carne a base cellulare e sulle difficoltà di una produzione "industriale": D. HUMBERD, *Scale-up economics for cultured meat*, in *Biotechnology and Bioengineering*, 118, 2021, 3239-3250; Good Food Institute, *Cultivated meat and seafood: State of the industry Report*, 2022.

¹³ Si precisa sin da ora che nella presente trattazione, per restringere il campo di indagine e fornire una prima panoramica delle sfide giuridiche maggiormente rilevanti sul tema, l'attenzione verrà prestata principalmente alle normative che concernono l'immissione in commercio della carne a base cellulare; solo taluni cenni, invece, saranno dedicati alla disciplina, pure interessante e complessa, che attiene alla etichettatura di tali prodotti.

Nel conclusivo Para. 5 si cercherà infine di promuovere considerazioni che, muovendo dallo specifico caso studio della carne a base cellulare e dai cenni di comparazione svolti, mirano più ampiamente a riflettere sulle tensioni e difficoltà regolatorie determinate dalle sempre più ampie applicazioni biotecnologiche in un settore delicato e vitale quale quello agro-alimentare, nonché sulla necessità di intervenire a “innovazioni giuridiche” capaci di accompagnare il progresso tecnico-scientifico dinanzi alle sfide della sostenibilità e della sicurezza alimentare.

2. Oltre la carne? Tutela della *food safety*, *food security*, sostenibilità e innovazione alla prova della transizione proteica

I sistemi agro-alimentari mondiali stanno affrontando minacce inedite e urgenti quanto a portata ed estensione, che si stanno sempre più traducendo in tentate o realizzate azioni – anche sul piano normativo – di cambiamento.

Le drammatiche tensioni geopolitiche degli ultimi anni¹⁴, unitamente alla pandemia da Covid-19¹⁵, hanno mostrato con chiarezza la fragilità dei sistemi alimentari odierni, fortemente interdipendenti e interconnessi in un mercato ormai globalizzato, in cui le vicende politiche, economiche e produttive di un ordinamento, i nazionalismi – o i “paternalismi”¹⁶ – non possono che avere eco sull’accesso al cibo in diverse realtà territoriali, travalicando i confini statali.

La portata globale dei “fattori di stress” per i *food systems* caratterizza altresì un ingente fattore, quello dei cambiamenti climatici che si ripercuote con evidenza tangibile sul settore *agri-food*. Numeri ben noti, che debbono divenire strumenti irrinunciabili di valutazione anche per il giurista, rivelano un rapporto, forse consapevolmente – e colpevolmente – ignorato nella sua profondità, tra clima e cibo. Se da un lato il *climate change* incide enormemente sull’intera filiera produttiva, con effetti che colpiscono la quantità e la qualità degli alimenti¹⁷, dall’altro lato il comparto *agri-food*, nella sua complessità intesa, contribuisce in misura tutt’altro che insignificante a tale fenomeno, producendo non solo gas serra ma gravando anche sulla disponibilità di risorse naturali non rinnovabili, quali suolo e acqua, con conseguenze considerevoli su biodiversità ed equilibrio degli ecosistemi¹⁸.

¹⁴ Oltre alle tragiche guerre in Ucraina e nel Medio-Oriente, che hanno avuto un forte impatto sulla sicurezza alimentare (intesa qui come *food security*) (per approfondimenti: World Food Programme, *Food security implications of the Ukraine Conflict*, 2022; I. CANFORA, *La sicurezza alimentare nel nuovo scenario geopolitico ed economico globale: le scelte per il futuro e l’importanza di un approccio multidisciplinare*, in F. ROSSI DAL POZZO, V. RUBINO (a cura di), *La sicurezza alimentare tra crisi internazionali e nuovi modelli economici*, Bari, 2023, 3-13; IPC, *The Gaza Strip*, 2024), devono essere considerati anche gli effetti della c.d. immigrazione climatica; sul tema, si leggano i diversi contributi inseriti nella sezione *La sfida della migrazione climatica*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1, 2024.

¹⁵ Si rimanda agli Atti del Convegno AIDA, *Emergenza Covid e novità disciplinari nel settore agro alimentare a livello internazionale, unionale e domestico*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2021, 5 ss.

¹⁶ M.A. FINO, A.C. CECCONI, A. BEZZECCHI, *Gastronazionalismo*, Varese, 2021.

¹⁷ A. MAGGIORE, A. AFONSO, F. BARRUCCI, G. DE SANCTIS, *Climate change as a driver of emerging risks for food and feed safety, plant, animal health and nutritional quality*, EFSA Publication, 2020, 1-146.

¹⁸ Per dati aggiornati sull’impatto ambientale delle attività agro-alimentari, che si stima essere responsabili del 30% delle emissioni di gas serra derivanti da attività umane a livello globale, si veda: FAO, *Achieving SDGs without breaching the 1.5C threshold: A global roadmap*, Roma, dicembre 2023.

Questo scenario a tinte fosche, aggravato dalle stime di una popolazione mondiale in continua crescita, ha riportato politici, scienziati e giuristi a riscoprire, negli ultimi decenni, il concetto ampio e polisemico di sicurezza alimentare. Questa non è più solo da intendersi come *food safety* – dimensione che ha condotto alla adozione di importanti normative volte a tutelare la salubrità del cibo e quindi la salute del consumatore – ma anche quale *food security*, cioè garanzia di un accesso al cibo sufficienti per tutti¹⁹.

Anche i Paesi occidentali, nei quali soprattutto a partire dagli anni '90 dello scorso secolo ha assunto particolare rilievo lo sviluppo di un vasto diritto dell'alimentazione, hanno quindi recentemente dedicato una rinnovata attenzione al diritto all'alimentazione, riconoscendo il diritto al cibo nella molteplicità delle sue specificazioni²⁰, che si concretizzano essenzialmente in un diritto ad un cibo sano e altresì culturalmente adeguato, accessibile e sufficiente.

Un diritto al cibo così inteso, inserito nel contesto sopra delineato di finitezza delle risorse del nostro Pianeta e di impatto negativo del cambiamento climatico, non può allora che farsi portatore di una inedita esigenza di sostenibilità, ovvero di una produzione e consumo che sappiano includere tra «gli attori da tenere presenti anche le generazioni future»²¹ e di assicurare la tutela dell'ambiente unitamente alla garanzia di diritti e libertà di coloro che operano e lavorano nella filiera agro-alimentare. Non è un caso, pertanto, che il concetto di sviluppo sostenibile, nella sua triplice accezione²², sia gradualmente ma significativamente divenuto centrale nelle scelte e nei dibattiti politico-costituzionali nonché nella predisposizione di strategie e scelte normative a garanzia del diritto al cibo: «*without*

¹⁹ Sul concetto di *food security* si rimanda, per ampie analisi, ai volumi: A. MORRONE, M. MOCCHIGIANI (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, cit.; L. CALIFANO (a cura di), *Sicurezza alimentare, diritto al cibo, etica della sostenibilità*, Milano, 2022; F. ROSSI DAL POZZO, V. RUBINO (a cura di), *La sicurezza alimentare tra crisi internazionali e nuovi modelli economici*, cit.; S. PITTO, *La rilevanza costituzionale e globale della sicurezza alimentare. Una lettura olistica e comparata della food security*, Napoli, 2024.

²⁰ Per citare il termine impiegato da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 128. Per un'analisi delle diverse specificazioni del diritto al cibo, sia consentito di rinviare a G. FORMICI, *Regolamentare il "cibo incommestibile": identità culturale, sicurezza alimentare e food divide*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, 2022, 279-295.

²¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 128. Sul diritto al cibo, senza pretesa di completezza, si indicano, J. ZIEGLER, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano, 2004; M. GIUFFRIDA, *Il diritto fondamentale alla sicurezza alimentare tra esigenze di tutela della salute umana e promozione della libera circolazione delle merci*, in *Rivista di diritto alimentare*, 3, 2015, 34-44; B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2016, 1-80; G. CERRINA FERONI, T-E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Firenze, 2016; G. CORDINI, *Il diritto al cibo, le generazioni future e il mercato*, in *DPCE*, Fasc. Spec., 2019, 145-162; S. PITTO, *Diritto al cibo (food security)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Milano, 2021, 111-136; L. SCAFFARDI, *La sicurezza alimentare ovvero come il "diritto a togliersi la fame" evolve in un mondo che cambia*, in *DPCE Online*, 2, 2023, 2167-2193.

²² Come notoriamente definito nel *Rapporto di Bruntland* del 1987. Sul tema, *ex multis*: L. DAVICO, *Lo sviluppo sostenibile. Le dimensioni sociali*, Roma, 2004; R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010; G. ATKINSON, S. DIETS, E. NEUMAYER (a cura di), *The principle of sustainability*, Londra, 2016; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017.

integrating sustainability as an explicit dimension of food security, today's policies and programmes could become the very cause of increased food insecurity in the future»²³.

Tale riconoscimento emerge del resto in diversi atti di *hard* e *soft law* a livello internazionale, sovranazionale e nazionale, succedutesi negli ultimi decenni, che marcano un'evoluzione della *food law* ormai arricchita di strumenti e politiche nuove – e talvolta ambiziose –: se la lotta alla *food insecurity* è addirittura elevata in diversi contesti statuali a questione di sicurezza nazionale²⁴, le Nazioni Unite, nella nota Agenda 2030, hanno inserito al Target 2.4. – riferito al Goal n. 2 “Zero Hunger” – proprio l’obiettivo di «*ensure sustainable food production systems and implement resilient agricultural practices that increase productivity and production, that help maintain ecosystems, that strengthen capacity for adaptation to climate change, extreme weather [...] and that progressively improve land and soil quality»²⁵.*

Anche l’UE ha dato risalto e concretezza – non senza difficoltà ed ostacoli – all’obiettivo di sostenibilità dei *food systems*, a partire dalla Strategia “*From farm to fork*”²⁶, intesa quale tassello essenziale del *Green Deal* e, dunque, del processo di transizione ecologica²⁷. Una Strategia, quella citata, che ha conosciuto realizzazione in diversi ambiti con atti di *hard law*²⁸ e che è sfociata altresì nella proposta di adozione di un Regolamento titolata “*Sustainable food system framework initiative*”; tale ultima iniziativa risulta attualmente in fase di stallo tanto per ragioni politiche (le recenti elezioni europee e dunque il riassetto delle Istituzioni sovranazionali *in primis*), quanto per l’evidente complessità di fornire una definizione giuridica del concetto vasto e composito di sostenibilità nel settore agro-alimentare nonché di assicurare un approccio regolatorio “complessivo” e in grado di far fronte – contemporaneamente – ad esigenze di sostenibilità sociale, ambientale ed economica²⁹.

È proprio in questo vasto contesto di cambio di paradigma nell’ambito *agri-food*³⁰ che trova ragion d’essere – e quindi ben si può comprendere – il dibattito, anche regolatorio, sulla transizione proteica.

²³ E.M. BERRY, *Food security and sustainability: can one exist without the other?*, in *Public Health Nutrition*, 18, 2015, 2293-2302, tanto che viene suggerito di considerare la *food sustainability* come uno dei pilastri della *food security*. Si veda, sul tema, anche A. IANNARELLI, *Cibo e diritti. Per un’agricoltura sostenibile*, Torino, 2015.

²⁴ Si pensi, ad esempio, al dossier *National Security Strategy* del Governo USA, 12 ottobre 2022, in cui ampio spazio viene dedicato proprio alla sfida della *food insecurity*.

²⁵ UN, *Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 21 ottobre 2015, A/RES/70/1.

²⁶ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione. Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell’ambiente*, 20 maggio 2020, COM(2020)381final.

²⁷ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione. Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019, COM(2019)640final. Sul tema: P. LATTANZI, *La transizione verso un sistema alimentare sostenibile nel Green Deal*, in P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell’Unione europea*, Milano, 2024, 29-44.

²⁸ Si fa riferimento alle normative più disparate, da quelle sull’agricoltura biologica al contrasto al fenomeno del *greenwashing*. Su tali aspetti: N. LUCIFERO, *La sostenibilità nella filiera agroalimentare: il quadro normativo tra criticità applicative e prospettive evolutive*, in *Atti dell’Accademia dei Georgofili*, Vol. 18, 2021, 60-75.

²⁹ Su questa interessante proposta e il suo futuro, anche nel contesto di realizzazione della Strategia “*Farm to Fork*”: H. SCHEBESTA, *How to save the Farm to Fork Strategy: A two-phased approach*, in *European Food & Feed Law Review*, 4, 2023, 231-238; F. CAZZINI, M. ALESSANDRINI, S. ROLANDI, C. MACCHI, S.E. AKDOGAN, H. SCHEBESTA, *Tour de Table: Farm to Fork law update*, in *European Food & Feed Law Review*, 3, 2024, 110-118.

³⁰ «La sostenibilità del sistema agroalimentare europeo (...) implica quindi la complessiva capacità del sistema di perseguire la neutralità ambientale e climatica, pur mantenendosi in grado di nutrire la popolazione residente

All'interno dei dati allarmanti più sopra evocati con riferimento all'impatto della filiera agro-alimentare sul *climate change* e del simultaneo aumento del fabbisogno alimentare si possono infatti enucleare informazioni importanti sulla produzione di proteine animali, con particolare riferimento agli allevamenti; essi sono ritenuti responsabili dell'utilizzo del 30% della superficie terrestre coltivabile e dell'8% dell'acqua dolce³¹, mentre alla *livestock supply chain* nella sua interezza è imputabile circa il 12% della produzione di gas serra a livello mondiale³². Dinnanzi a tali numeri si registra inoltre una crescita della domanda di proteine animali che risulta triplicata negli ultimi 50 anni e che è destinata a conoscere un significativo incremento in quelle aree del mondo in cui lo sviluppo economico ha reso o sta rendendo sempre più possibile l'accesso a tali prodotti³³.

Non stupisce allora che organizzazioni quali la FAO o il World Economic Forum abbiano posto in rilievo come «*in the future, the delivery of safe, affordable and sustainable protein will be critical*»³⁴, sottolineando la necessità, anche in questo settore specifico, di una trasformazione; quest'ultima non può essere raggiunta, come evidenziato, solo mediante «*incremental improvements*»³⁵ diretti ad assicurare una maggiore sostenibilità degli allevamenti "convenzionali", bensì attraverso scelte produttive e di consumo che sappiano guardare ad altre fonti di proteine³⁶, quali alghe, insetti, fermentazione

nell'UE, garantendole alimenti materialmente ed economicamente accessibili, grazie ad un corretto rapporto di grandezza fra il loro costo e il reddito disponibile (...). Sostenibilità, quindi, come azione di contrasto a lungo termine del cambiamento climatico, ma anche come capacità del sistema produttivo agroalimentare di modificarsi, adattarsi e sopravvivere al fenomeno», P. BORGHI, "La" sostenibilità e "le" sostenibilità. L'UE, la sicurezza alimentare e il senso di un sistema agroalimentare più sostenibile, in F. ROSSI DAL POZZO, V. RUBINO (a cura di), *La sicurezza alimentare tra crisi internazionali e nuovi modelli economici*, cit., 248. Sul tema, *ex multis*, M. BEHNASSI, *Managing food systems, climate change and related challenges to ensure sustainable food security: The urgent need of a paradigm shift*, in M. BEHNASSI, O. POLLMANN, G. KISSINGER (eds.), *Sustainable food security in the era of local and global environmental change*, Cham, 2013, 3-18; M. MONTEDURO, *Alimentazione e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Milano, 2021, 352-365; A. LUPO, *Il diritto al cibo nella crisi climatica tra sicurezza e "sostenibilità" alimentare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2023, 277-292; G. STEGHER, *La sicurezza alimentare come nuova frontiera del costituzionalismo ambientale?*, in *DPCE Online*, Sp-2, 2023, 785-801; M. COCCONI, *Sostenibilità dell'accesso al cibo e neutralità climatica: un equilibrio da ricomporre?*, in *Federalismi.it*, 27, 2023, 1-16.

³¹ M. SANTINELLO, M. FACCIN, M. PENASA, F. CHELI, C. GIROMINI, *Carne coltivata e convenzionale tra rischi e opportunità*, in *L'Informatore Agrario*, 30, 2023, 31-35.

³² FAO, *Pathways towards lower emissions. A global assessment of greenhouse gas emissions and mitigation options from livestock agrifood system*, Roma, 2023.

³³ J. HADI, G. BRIGHTWELL, *Safety of alternative proteins: Technological, environmental and regulatory aspects of cultured meat, plant-based meat, insect protein and single-cell protein*, in *Foods*, 10, 2021, 1226; L. CHEN et al., *Large-scale cultured meat production: Trends, challenges and promising biomanufacturing technologies*, in *Bio-materials*, 280, 2022.

³⁴ World Economic Forum, *A meal deal for the world*, Press Release, 25 gennaio 2018, <https://www.weforum.org/press/2018/01/a-meal-deal-for-the-world-how-new-ways-of-sourcing-protein-will-cut-emissions-and-improve-nutrition/> (ultima consultazione 23/7/2024).

³⁵ L. CHEN et al., *Large-scale cultured meat production*, cit.

³⁶ Sulle questioni attinenti al futuro consumo delle proteine animali: E. SIRSI, *Della carne degli animali e del consumo etico*, in *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*, 1, 2018, 33-70; J. D'SILVA, *The meat crisis: The ethical dimensions of animal welfare, climate change and future sustainability*, in M. BEHNASSI, O. POLLMANN, G. KISSINGER (eds.), *Sustainable food security in the era of local and global environmental change*, cit., 19-32; A. LANHTENMAKI-UUTELA ET AL., *Alternative proteins and EU food law*, in *Food control*, 130, 2021; E. SON, K.H. KWON, *Would adopting a meat tax encourage the shift towards a more sustainable diet?*, in *European Food & Feed Law Review*, 5, 2023, 296-

microbica e, appunto, carne a base cellulare, che possono rappresentare soluzioni maggiormente sostenibili, soprattutto nel lungo periodo e in termini di riduzione dell'impatto ambientale e di una maggiore circolarità dell'economia³⁷.

La predisposizione di strategie ed investimenti pubblici³⁸ nel campo della produzione di proteine alternative è quindi divenuta punto essenziale nelle riflessioni sui sistemi alimentari sostenibili, aprendo questioni politiche, sociali, economiche, etiche ma anche giuridiche complesse, che non possono che concernere anche la disciplina della commercializzazione di tali alternativi prodotti, frutto di tradizioni culinarie – e, dunque, culturali – diverse da quelle dei Paesi occidentali, come nel caso degli insetti, o risultato dell'innovazione tecnologica, come i prodotti da fermentazione o da c.d. "agricoltura cellulare"³⁹.

Comprendendo allora l'ambito più ampio che si è voluto qui tratteggiare, si può meglio cogliere la complessità delle scelte legislative e delle discussioni che caratterizzano l'immissione sul mercato della carne a base cellulare: assicurare e promuovere prodotti e metodi produttivi alternativi e innovativi, capaci di rappresentare potenziali alleati della sostenibilità ambientale e della lotta al cambiamento climatico, diviene un tassello – sebbene non certamente l'unico – di grande rilievo per la garanzia della *food security* e, dunque, dell'accesso al cibo per tutti. Tale necessità però si scontra con l'incertezza e il rischio che caratterizzano le innovazioni scientifiche, specialmente quelle pionieristiche – tra cui certamente rientra la *cell-based meat* –, che impongono una valutazione attenta dei pericoli per il diritto alla salute del consumatore, unitamente ad un vaglio dell'impatto in termini di sostenibilità sociale ed economica.

Il contemperamento – decisivo per il futuro della carne a base cellulare – tra questi diversi diritti ed interessi da parte dei legislatori in diversi ordinamenti sarà quindi oggetto di analisi nei prossimi paragrafi.

3. La disciplina europea in materia di *Novel Foods* e la carne a base cellulare: spinte centrifughe e domande di riforma

Nell'UE la commercializzazione della carne a base cellulare è stata oggetto di grande attenzione, aprendo ad interessanti e articolate riflessioni giuridiche e di riforma normativa, innescate anche da istanze – o iniziative – provenienti dagli Stati membri; proprio questi ultimi, come si dirà, si sono rivelati in diversi casi attori di spinte regolatorie centrifughe. Simili riflessioni paiono destinate certamente ad

300; P. CORTE, *Protecting the meat sector in the EU: Sustainability, tradition, and innovation*, in *European Food & Feed Law Review*, 1, 2024, 4-10.

³⁷ Per una ricostruzione della tematica, si legga: European Parliamentary Research Service, *Alternative protein sources for food and feed*, Bruxelles, 2024.

³⁸ Una panoramica globale sulle strategie, *policies* e investimenti pubblici nell'ambito delle proteine alternative è reperibile in Good Food Institute, *State of Global Policy Report*, 2023, <https://gfi.org/resource/alternative-proteins-state-of-global-policy/> (ultima consultazione 23/7/24).

³⁹ «*Cellular agriculture aims to produce animal proteins using fewer animals and less animal-derived material than the current livestock industry by utilizing culturing techniques*», N. STEPHENS et al., *Bringing cultured meat to market*, cit.; R. EIBL ET AL., *Cellular agriculture: Opportunities and challenges*, in *Annual Review of Food Science and Technology*, 12, 2021, 51-73; A. SANCHEZ, *Laws and regulations concerning cell-cultured meat and cellular agriculture*, in *FDLI Update*, 1, 2018, 18-23.

accrescersi nei prossimi anni a seguito della già citata recente presentazione della prima richiesta di autorizzazione all'immissione in commercio di carne a base cellulare di *foie gras* sulla base della normativa in materia di *Novel Foods*.

Tale disciplina risulta essere punto di partenza essenziale per la ricostruzione del complesso quadro legislativo europeo. Sulla base, infatti, del Reg. UE 2015/2283⁴⁰ – entrato in vigore il 1° gennaio 2018, in sostituzione dell'ormai vetusto primo Reg. CE 258/97⁴¹ – sono alimenti “nuovi” tutti quelli che rispettano contestualmente due requisiti, temporale e sostanziale. Il primo, rimasto invariato rispetto alla previa disciplina legislativa, prevede che sia “nuovo” qualunque alimento non utilizzato in misura significativa per il consumo umano nel territorio dell'UE prima del 15 maggio 1997 (data di entrata in vigore del primo Regolamento in materia). Il secondo criterio, invece, richiede che l'alimento sia compreso in una delle categorie indicate nel lungo Art. 3, tra le quali troviamo, per quanto qui interessa maggiormente, al co. 2, a), vi), gli «alimenti costituiti, isolati o prodotti a partire da colture cellulari o di tessuti derivanti da animali», mentre al punto vii) sono inclusi gli alimenti risultanti «da un nuovo processo di produzione non usato per la produzione di alimenti nell'Unione prima del 15 maggio 1997, che comporti cambiamenti significativi nella composizione o struttura dell'alimento».

Come ben si comprende, dunque, la carne a base cellulare, rientrando nella definizione promossa dal Regolamento vigente in materia di *Novel Foods*⁴², deve sottostare ad una lunga e articolata procedura centralizzata di previa autorizzazione. La scelta del legislatore europeo dinanzi a prodotti innovativi riflette innanzitutto un approccio di prevenzione, ritenendo *per se* la novità dell'alimento o del metodo di produzione quale motivo sufficiente a richiedere un vaglio preventivo finalizzato alla garanzia di un elevato standard di tutela della salute dei consumatori⁴³.

⁴⁰ Reg. (UE) 2015/2283 del 25 novembre 2015 relativo ai nuovi alimenti e che modifica il Reg. (UE) 1169/2011 e abroga il Reg. (CE) 258/97 e il Reg. (CE) 1852/2001.

⁴¹ Reg. (CE) 258/97 del 27 gennaio 1997 sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari. Per una disamina delle principali modifiche ed evoluzioni introdotte dal Regolamento vigente, si rinvia, *ex multis*, a I. CANFORA, *Alimenti, nuovi alimenti e alimenti tradizionali nel mercato dell'UE dopo il Regolamento 2015/2283*, in *Diritto agroalimentare*, 1, 2016, 29-46; D. PISANELLO, G. CARUSO (a cura di), *Novel Foods in the European Union*, Cham, 2018; S. RIZZOLI, *Novel Food*, in L. COSTATO, F. ALBISINNI (a cura di), *European and Global Food Law*, Padova, 2019, p. 487-504; C. BALLKE, *The New Novel Food Regulation – Reform 2.0*, in *European Food and Feed Law Review*, 9, 2014, p. 285-292; L. SCAFFARDI, *Novel Food, un futuro ancora da definire*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 43-66; V. PAGANIZZA, *I nuovi alimenti (“Novel foods”)*, in P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, cit., 802-816; H. SCHEBESTA, K. PURNHAGEN, *Pre-market authorization of novel products: Novel Food Regulation*, in H. SCHEBESTA, K. PURNHAGEN, *EU Food Law*, Oxford, 2024; sia consentito anche rinviare a G. FORMICI, *L'evoluzione della disciplina normativa in materia di Novel Food: una sfida sul tavolo del legislatore europeo*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1, 2018, 1-30.

⁴² Già nel 2018, a seguito di interrogazione promossa in seno al Parlamento europeo (E-004200/2018), la Commissione aveva avuto modo di specificare come la normativa applicabile alla carne a base cellulare fosse quella in materia di *Novel Foods*. Merita precisare comunque come, nel caso in cui venissero impiegati Organismi Geneticamente Modificati (OGM) nella produzione di carne a base cellulare (prospettiva poco considerata, quantomeno nel contesto eurounitario), andrebbe applicata la normativa in materia di alimenti contenenti OGM (Reg. (CE) 1829/2003 sugli alimenti e mangimi geneticamente modificati). Sul punto, A. SEEHAFER, M. BARTELS, *Meat 2.0 – The regulatory environment of plant-based and cultured meat*, in *European Food & Feed Law Review*, 14(4), 2019, 323-331.

⁴³ Art. 1, co. 2, Reg. (UE) 2015/2283.

In estrema sintesi, gli *applicants* interessati all'immissione in commercio di cibi innovativi debbono presentare alla Commissione un dossier scientifico, contenente dati e prove scientifiche attestanti che il nuovo alimento non presenta rischi per la salute umana⁴⁴. La Commissione, rendendo nota la domanda a tutti gli Stati membri, sottopone il dossier all'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), alla quale viene affidato il delicato compito di pubblicare un proprio parere sulla *food safety* dell'alimento, frutto di *risk assessment*⁴⁵.

La fase successiva di *risk management* è invece assegnata nuovamente alla Commissione che dovrà predisporre una bozza di atto di esecuzione recante la decisione finale quanto all'autorizzazione o meno del nuovo alimento. A tal fine, è bene evidenziarlo sin da ora, la valutazione scientifica di EFSA non rappresenta l'unico elemento che la Commissione è chiamata a vagliare: quest'ultima, al contrario, potrà tenere conto anche delle disposizioni pertinenti del diritto dell'UE, tra cui il principio di precauzione – richiamato peraltro al Considerando n. 20 del Regolamento stesso – nonché di eventuali “altri fattori legittimi”⁴⁶. Tali fattori risultano di particolare interesse, soprattutto per il dibattito in materia di carne a base cellulare, e meritano pertanto alcune specificazioni: «*while irrational fears or other purely emotional reactions (such as the “junk factor” or the “wisdom of repugnance”) cannot be considered legitimate factors since they lack the legitimacy generally associated with this notion, certain non-scientific considerations may be relevant in the risk management phase*»⁴⁷, tra cui ben possono essere fatte rientrare considerazioni economiche, sociali, etiche e ambientali, richiamando quanto indicato anche nel Considerando 19 del Reg. (CE) 178/2002, in cui parimenti si parla di «altri fattori pertinenti» che riguardino cioè aspetti «di natura societale, economica, tradizionale, etica e ambientale nonché la realizzabilità dei controlli»⁴⁸.

La bozza dell'atto di esecuzione così disposto dalla Commissione dovrà successivamente essere discusso in seno al Comitato permanente per le piante, gli animali, gli alimenti e i mangimi (c.d. Comitato PAFF)⁴⁹, composto dai rappresentanti degli Stati membri, il quale voterà a maggioranza qualificata⁵⁰. In caso di voto positivo all'atto autorizzatorio, il *Novel Food* verrà inserito nella *Union List*, pubblicamente accessibile, e potrà dunque fare il proprio ingresso nel mercato europeo.

⁴⁴ Art. 10, Reg. (UE) 2015/2283.

⁴⁵ Sulla valutazione di EFSA, si rinvia a C. DALL'ASTA, *Why “new” foods are safe and how they can be assessed*, in L. SCAFFARDI, G. FORMICI (eds.), *Novel Foods and edible insects in the European Union. An interdisciplinary analysis*, Cham, 2022, 81-98.

⁴⁶ Art. 12, co. 1, Reg. (UE) 2015/2283.

⁴⁷ A. VOLPATO, *Novel Foods in the EU integrated administrative space: An institutional perspective*, in L. SCAFFARDI, G. FORMICI (eds.), *Novel Foods and edible insects in the European Union*, cit., 23.

⁴⁸ Sul punto, per un richiamo ad alcune rilevanti decisioni in materia, si rinvia a F. PLANCHENSTAINER, *'Meat me in Italy': The Italian ban on meat-sounding names and cell-cultured meat*, in *European Food & Feed Law Review*, 2, 2024, 66-71. Si legga anche A. SZAJKOWSKA, *Different actors, different factors. Science and other legitimate factors in the EU and national food safety regulation*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2, 2011, 523-539.

⁴⁹ A. SANTINI, *Sicurezza alimentare e innovazione tecnologica: il caso dei novel foods*, in *Rivista Eurojus*, 1, 2023, 134-148.

⁵⁰ Per uno studio degli scenari che possono avere origine dal voto in seno al Comitato PAFF: A. VOLPATO, *Novel Foods in the EU integrated administrative space*, cit., in particolare 24-26.

Così rapidamente descritta la procedura “standard”⁵¹ di autorizzazione e il ruolo delle diverse Autorità ed Istituzioni chiamate ad intervenire nelle differenti fasi decisorie, è possibile trarre un primo bilancio della disciplina attuale, come esercizio che risulta estremamente utile per comprendere la portata potenzialmente dirompente del più recente dibattito sulla *cell-based meat*. Fino ad ora, infatti, il Reg. (UE) 2015/2283 – pur non esente da critiche⁵² – ha dato prova di efficace funzionamento sotto il profilo del dialogo tra i decisori coinvolti, permettendo di registrare una sostanziale convergenza di posizioni tra EFSA, Commissione e rappresentanti degli Stati membri in seno al Comitato PAFF⁵³. Tale allineamento ha trovato conferma anche dinnanzi alla valutazione di fonti alternative di proteine come gli insetti e le farine da essi derivate, rispetto ai quali non si è registrata una frattura tra esito del *risk assessment* e gestione “politica” del rischio. Uno scenario, questo, che «*contrast sharply with the ones available on the procedure for authorizing a GMO for food and feed, where similar economic, scientific and societal issues are at stake [...]; the approval of Novel Foods did not raise similar tensions between levels of governance*»⁵⁴. Una simile tendenza pare del resto trovare spiegazione nel fatto che, diversamente dagli OGM, fino ad ora i *Novel Foods* oggetto di *applications* non hanno attirato grande attenzione o creato particolari nervosismi né a livello sovranazionale né nazionale, né nella politica né nella società civile.

Se è quindi vero che «*the new procedure has yet to be tested against truly controversial matters*»⁵⁵, il caso della carne a base cellulare potrebbe rappresentare un inedito *stress test*: è da chiedersi cioè se tale alimento sia in grado di interrompere la tendenza attuativa sopra descritta e di mettere per la prima volta alla prova la disciplina in materia di *Novel Foods* e, nello specifico, la sua capacità di

⁵¹ È prevista infatti – ed è uno degli elementi maggiormente innovativi rispetto al previo Regolamento del 1997 – una procedura semplificata di notifica dedicata agli alimenti tradizionali provenienti da Paesi terzi, che possono, cioè, vantare, diversamente dai cibi innovativi *tout court*, una storia di uso sicuro al di fuori dei confini dell’UE. Sul tema, B. LA PORTA, *Il Regolamento europeo in materia di Novel Food: riflessioni sugli “alimenti tradizionali dei Paesi terzi”*, in *Cultura e Diritti*, 1, 2020, 59-80; sia permesso rinviare anche a G. FORMICI, *Novel food tra esigenze di mercato, sicurezza alimentare e sviluppo sostenibile: la complessa disciplina degli alimenti tradizionali provenienti da Paesi terzi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 67-87.

⁵² Per rilievi critici sulla disciplina vigente, con riferimento alla complessità, onerosità e lunghezza della procedura, nonché alle problematiche attinenti alla disciplina in materia di protezione dei dati presentati dalle aziende in sede di *application* o, ancora, alle difficoltà che connotano ad oggi l’immissione in commercio di cibi tradizionali provenienti da Paesi terzi: J. OLIVEIRA, F. MONTANARI, I. FERREIRA, *Notification of traditional foods from Third Countries as Novel Foods – Which lessons can be learned after a few years of implementation?*, in *European Food & Feed Law Review*, 6, 17, 2022, 386-398; K. NIEWALDA, *Systematics of the Novel Food Regulation – An analysis of the consultation results to date*, in *European Food & Feed Law Review*, 1, 2023, 10-21; A. MONACO, *Data protection under the Novel Food Regulation: Valuable instrument or barrier to innovation? Insights from the insect sector*, in *European Food & Feed Law Review*, 3, 2023, 172-178; M. GRUBE, K. PASCH, S. TOPFL, *The food law assessment of Novel Foods by process*, in *European Food & Feed Law Review*, 3, 2023, 166-171. Borghi evidenzia come i *Novel foods* rappresentino «esempi di tecnologie alimentari la cui diffusione è limitata dalla complessità del quadro normativo e dai connessi oneri economici. Per essi una regolamentazione più moderna ed “efficiente”, senza rinunciare a una fondamentale protezione della salute e dell’ambiente, potrebbe favorire non soltanto l’accesso di tante piccole e medie imprese (di fatto oggi tagliate fuori da una disciplina che comporta costi esorbitanti) al loro mercato, ma anche creare nuove filiere alimentari o potenziale filiere attualmente considerata “di nicchia”», P. BORGHI, *“La” sostenibilità e “le” sostenibilità*, cit., 257.

⁵³ A. VOLPATO, *Novel Foods in the EU integrated administrative space*, cit., 30.

⁵⁴ *Ibidem*, 31.

⁵⁵ *Ibidem*, 33.

giungere, grazie alla partecipazione di diverse Istituzioni nel percorso autorizzatorio, ad una decisione finale condivisa.

Un simile scenario appare tutt'altro che futuribile o meramente ipotetico: se, nel momento in cui si scrive, nessuna procedura di autorizzazione avente ad oggetto *cell-based meat* è ancora giunta a conclusione, è altrettanto da rilevarsi come l'*application* recentemente attivata per la carne cellulare di *foie gras* sia destinata a rinvigorire un dibattito avviatosi, in realtà, già anteriormente al deposito di tale prima *application*. Nello scorso anno, infatti, il Reg. (UE) 2015/2283 è stato oggetto di forte discussione tanto da parte degli Stati membri, con approcci, come si dirà, molto differenti, nonché in seno alle Istituzioni eurounitarie, in particolare Consiglio dell'UE e Parlamento europeo.

Partendo da quest'ultimo, merita sottolineare come nel testo della Risoluzione "Strategia europea per le proteine"⁵⁶ sia stato introdotto uno specifico riferimento agli "alimenti a base cellulare". Essi, sulla base di tale documento, «presentano sfide etiche, sociali, ambientali ed economiche e che il regolamento sui nuovi alimenti non è adatto allo scopo; sottolinea che occorre tenere maggiormente conto degli interessi e delle aspettative dei consumatori» (Para. 44). Mentre la visione espressa su altre fonti di proteine alternative, quali insetti e prodotti da fermentazione, è maggiormente positiva, sebbene cauta⁵⁷, quanto a potenzialità e impatti benefici, la posizione assunta con riguardo alla carne a base cellulare si concentra maggiormente sui molteplici nodi ancora da sciogliere nonché sulla dichiarata inadeguatezza della normativa vigente sui *Novel Foods*⁵⁸. Le future mosse del Parlamento UE potranno rivelare se l'affermazione richiamata vada letta quale invito alla adozione di una disciplina sovranazionale *ad hoc* dedicata a tali prodotti o se possa piuttosto essere foriera di scenari di frammentarietà e incertezza regolatoria, già ravvisati durante il dibattito in materia di OGM.

Quel che pare certo è che la necessità di una riflessione accurata sugli interrogativi – non solo scientifici – posti dalla produzione di alimenti a base cellulare è condivisa da diversi Stati membri, come dimostra la nota⁵⁹ presentata il 22 gennaio 2024 da Austria, Francia e Italia – con il supporto di altri dieci Stati membri, Repubblica Ceca, Cipro, Grecia, Ungheria, Lussemburgo, Malta, Polonia, Romania, Slovacchia e Spagna – in occasione dell'*Agriculture and Fisheries Council* e dedicata proprio ai *lab-grown artificial cell-based foods*.

⁵⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 19 ottobre 2023 "Strategia europea per le proteine" (2023/2015(INI)), P9 TA(2023)0375.

⁵⁷ «[Il Parlamento europeo] sottolinea che gli insetti, a condizione che rispondano a elevati standard di sicurezza, potrebbero essere considerati un'utile fonte alternativa circolare di proteine, in particolare per l'alimentazione animale biologica e convenzionale, contribuendo a ridurre il deficit proteico dell'UE e ad accrescere la circolarità dell'agricoltura», para. 41.

⁵⁸ «[Il Parlamento europeo] ritiene che le autorizzazioni rilasciate attraverso la legislazione sui nuovi prodotti alimentari dovrebbero basarsi sulle più rigorose garanzie di sicurezza alimentare del prodotto e che andrebbe considerato il loro impatto sulla salute umana e sull'ambiente, in linea con il principio di precauzione; insiste sulla necessità che il processo di autorizzazione sia più trasparente e più efficiente, senza affievolire le elevate norme di sicurezza alimentare; evidenzia che per quanto riguarda lo sviluppo della produzione di nuove proteine si deve seguire un approccio "One Health" e rispettare la legislazione in materia di benessere animale e ambiente», para. 42.

⁵⁹ *Note from the Austrian, French and Italian delegations, "CAP's role in safeguarding high-quality and primary farm-based food production"*, 22 gennaio 2024, 5469/1/24.

La produzione di questi alimenti, a parere dei segnatari, «*represents a threat to primary farm-based approaches and genuine food production methods*» e imporrebbe dunque l'apertura di approfondite valutazioni volte a coinvolgere non solo Stati membri e Commissione, ma anche *stakeholders* e cittadini. Oltre alle questioni etiche, economiche, ambientali, sociali e sanitarie ancora aperte indicate nel documento, è di estremo interesse quanto affermato con riferimento alla cornice regolatoria esistente: non solo, infatti, viene posta in dubbio la capacità della normativa in materia di *Novel Foods* di «*provide a suitable and comprehensive frame to assess the potential risks associated with these products while taking fully into account the precautionary principle*», ma viene anche enucleata l'esigenza di adottare rinnovate e dedicate linee guida da parte di EFSA, comprensive di «*pre-clinical and clinical studies*» da richiedersi sull'esempio di quanto disposto dalle normative in materia di medicinali. Un ampio *impact assessment* dovrebbe essere poi predisposto dalla Commissione⁶⁰ «*before taking any market authorisation decisions*», con la raccomandazione di assicurare un accurato impiego di dati e informazioni *science-based* e di rifuggire da quelle che vengono definite «*deceiving greenwashing campaigns*», che metterebbero ingannevolmente in evidenza un impatto positivo sull'ambiente e sul benessere animale non dimostrato e anzi smentito da taluni richiamati studi⁶¹.

Già durante l'incontro dell'*Agriculture and Fisheries Council* del 23 gennaio 2024, Stella Kyriakides, *Commissioner for Health and Food Safety*⁶², ha affrontato gli interrogativi sollevati nella citata nota, precisando innanzitutto che «*on food safety, we are on very solid ground*», grazie alla procedura di previa autorizzazione sancita dal Reg. UE 2015/2283 e al *risk assessment* affidato ad EFSA; a tal proposito è stato messo in rilievo come, nonostante non fossero ancora state in quel momento depositate richieste di autorizzazione, la Commissione avesse già invitato EFSA a rivedere e aggiornare le linee guida e la documentazione richiesta per lo svolgimento del *risk assessment*, allo scopo di incentivare l'«*introduction of state-of-the-art provisions for the safety and nutritional assessment of lab-grown and cell-based foods*»⁶³. Nel ricordare come anche sfide e questioni di tipo etico, socio-economico e

⁶⁰ Viene sottolineata, inoltre, l'opportunità di avviare una «*public consultation on lab grown meat*», così da garantire un maggiore coinvolgimento di cittadini e consumatori.

⁶¹ In particolare, viene fatto rinvio a D. RISNER, Y. KIM, C. NGUYEN, J.B. SIEGEL, E.S. SPANG, *Environmental impacts of cultured meat: A cradle-to-gate life cycle assessment*, pubblicato sulla piattaforma *bioRxiv*, 21 aprile 2023, doi.org/10.1101/2023.04.21.537778. Sul profilo della sostenibilità della produzione di carne a base cellulare, si rinvia nuovamente al contributo della Prof.ssa Cheli *et al.*, nel presente *Focus On*.

⁶² *Opening remarks by Commissioner Stella Kyriakides at the Agrifish Council Meeting – High quality and primary farm-based food production*, 23 gennaio 2024, <https://bit.ly/3DfalPo> (ultima consultazione 23/7/2024). Posizione simile era stata in passato resa dalla Commissione (E-001778/2023, 2 agosto 2023); anche in quella occasione, infatti, era stato affermato come: «*The legislation also foresees that other legitimate factors relevant to the application under consideration may be taken into account for the authorisation. Moreover, the whole acquis of the EU food law, when relevant, would apply to these products. The Commission thus considers that the current rules are sufficient to make well-informed decisions on the authorisation of lab-grown meat production*».

⁶³ EFSA ha approvato nuove *Guidance documents for novel foods and for traditional foods from third countries*, di cui si prevede la pubblicazione nel settembre 2024; si dovrà osservare se in tali linee guida e indicazioni verranno previste disposizioni specifiche per gli alimenti a base cellulare; EFSA, comunque, sin dal 2023 ha avviato diverse iniziative volte a promuovere un dibattito scientifico quanto alla *food safety* della carne a base cellulare, mostrando quindi interesse e attenzione a tale ambito di studio e valutazione del rischio anche prima della presentazione di una *application* e dell'attivazione della procedura autorizzatoria. Particolarmente utile per comprendere le posizioni di EFSA su questi temi è il documento: EFSA, *Event Report: EFSA Scientific Colloquium 27: Cell Culture-derived Foods and Food Ingredients*, in *EFSA Supporting Publications*, 21(3), 2024,

ambientale siano già parte del *decision-making process* stabilito per l'autorizzazione dei nuovi alimenti – grazie alla possibilità di considerare, nella fase di *risk management*, i famosi “altri fattori”, citati all'Art. 12 Reg. UE 2015/2283 –, Kyriakides ha inoltre riconosciuto l'importanza della ricerca, al fine di ottenere quei dati scientifici, al momento scarsi, che soli possono consentire precise valutazioni sui *cell-based foods*.

Una posizione, quella espressa, che pare quindi discostarsi – almeno parzialmente – da quanto affermato dagli Stati membri proponenti la nota esaminata: nelle parole della *Commissioner* possiamo cogliere una riaffermazione dell'adeguatezza della cornice normativa esistente, capace di integrare e di tenere in debita considerazione, nella sua forma attuale e secondo la procedura designata, questioni – di carattere appunto etico, economico, ambientale etc. – importanti e ulteriori rispetto a quelle meramente connesse alla *food safety*.

Questo primo momento di riflessione in seno alle Istituzioni europee pare segnare l'avvio di quello che si prefigura un ampio e articolato dialogo tra livello sovranazionale e nazionale, che ha trovato – e troverà anche in futuro, a partire dal nuovo anno – una spinta significativa nel dibattito e nelle scelte legislative frammentarie e non sempre convergenti riscontratesi in taluni Stati membri.

Mentre, infatti, nei Paesi Bassi è stata approvata dal Parlamento una mozione (*Kamerstuk 27428*, n. 383)⁶⁴ volta a rendere possibile il *tasting* di carne coltivata – in condizioni controllate, disposte da un codice di condotta determinato dal Governo nel luglio 2023⁶⁵ –, in Francia sono state presentate due *Proposition de loi* finalizzate a vietare la produzione, commercializzazione e vendita della c.d. *viande de synthèse*⁶⁶; similmente, l'Ungheria ha predisposto un progetto di legge nazionale di divieto della “carne da laboratorio”⁶⁷. In Italia, invece, è stata approvata la Legge n. 172 del 1 dicembre 2023 (GU n. 281, 1° dicembre 2023) recante “Disposizioni in materia di divieto di produzione e immissione sul mercato di alimenti e mangimi costituiti, isolati o prodotti a partire da colture cellulari o di tessuti derivanti da animali vertebrati nonché di divieto della denominazione di carne per prodotti trasformati

<https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.2903/sp.efsa.2024.EN-8664> (ultima consultazione 23/7/2024). Anche in tale contesto viene ribadito: «*The EU Regulatory framework and the current EFSA NF Guidance are effective and suitable to investigate and address safety aspects of cell culture-derived foods and food ingredients*», 19.

⁶⁴ *Motie van de leden Tjeerd de Groot en Valstar over onder gecontroleerde omstandigheden proeverijen van kweekvlees mogelijk maken*, 8 marzo 2022, <https://bit.ly/3ZXOhXO> (ultima consultazione 23/7/2024).

⁶⁵ *Uitvoering van de motie van de leden Tjeerd de Groot en Valstar over onder gecontroleerde omstandigheden proeverijen van kweekvlees mogelijk maken (Kamerstuk 27428-383)*, 5 luglio 2023, https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2023D30899&did=2023D30899 (ultima consultazione 23/7/2024); a tale indirizzo è possibile reperire il “*Code of Practice for Safely Conducting Tastings of Cultivated Foods Prior to EU Approval*” adottato.

⁶⁶ Si tratta della *Proposition de loi* n. 1965 del 5 dicembre 2023 (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b1965_proposition-loi, ultima consultazione 23/7/2024) e della n. 2172 del 13 febbraio 2024 (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b2172_proposition-loi#:~:text=Enregi-str%C3%A9%20%C3%A0%20la%20Pr%C3%A9sidence%20de,natio-nale%20le%2013%20f%C3%A9vrier%202024.&text=PROPOSITION%20DE%20LOI-,visant%20%C3%A0%20inter-dire%20la%20production%20et%20la%20vente%20de%20viandes,30%20et%2031%20du%20R%C3%A8gle-ment, ultima consultazione 23/7/24).

⁶⁷ Si fa riferimento, come si dirà meglio in seguito in questo Para., alla proposta di legge ungherese “che vieta la produzione e l'immissione sul mercato di carne coltivata”.

contenenti proteine vegetali”. Pur non volendo soffermarsi in questa sede sulla già ampiamente commentata normativa⁶⁸, che ha sollevato quesiti quanto al corretto richiamo del principio di precauzione⁶⁹ nonché al rispetto della c.d. Procedura TRIS europea⁷⁰, ciò che preme evidenziare è come tale

⁶⁸ M. PANEBIANCO, *Brevi considerazioni sul comunicato della Presidenza della Repubblica del 1 dicembre 2023*, in *ConsultaOnline*, III, 2023, 1072-1075; M.G. CORAZZA, *Alla frontiera della produzione alimentare: la carne c.d. coltivata nell’Unione europea fra divieti e mancanza di pareri scientifici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2023, 212-221; V. RUBINO, *La battaglia della carne coltivata dalle aule parlamentari a quelle di giustizia? Considerazioni a margine della legge 172/2023 fra armonizzazione, leale cooperazione e margini di autonomia degli Stati membri*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2024, 34-55; G. SPOTO, *Libertà di ricerca e paternalismo giuridico in Italia: la carne coltivata in laboratorio*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2024, 56-61; F. ROSSI DAL POZZO, V. RUBINO, *Il quadro regolatorio per l’autorizzazione all’immissione in commercio della carne coltivata nella UE. Questioni giuridiche e scelte della politica*, in *Rivista Eurojus*, 2, 2024, 317-325; F. PLANCHENSTAINER, “Meat me in Italy”, cit.; F. LAUS, *L’approccio precauzionale al rischio nella sicurezza alimentare: riflessioni intorno alla legge sullo stop alla carne coltivata*, in *Federalismi.it*, 5, 2024, 61-93. Sia consentito il rinvio a G. FORMICI, “Meating” the future: alcune riflessioni sulla necessità di promuovere un attento dibattito regolatorio in materia di c.d. carne sintetica, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2023, 15-19.

⁶⁹ Sebbene non si voglia entrare nel dettaglio di tali questioni, merita rilevare brevemente come la normativa in materia di *Novel Foods* vigente, diversamente dal passato, «presenta un grado di armonizzazione massimo perché copre ognuna delle fasi che possono portare a immettere sul mercato questo e altri prodotti, rispetto alle quali, quindi, il legislatore nazionale è privo di competenza. [...] Le regole procedurali contenute nella normativa sui *novel foods* segnano, dunque, una sorta di *preemption* di campo [...] e quindi precludono, se non violando il principio del primato del diritto UE, qualsiasi intervento autonomo», F. ROSSI DAL POZZO, V. RUBINO, *Il quadro regolatorio per l’autorizzazione all’immissione in commercio della carne coltivata nella UE*, cit., 322; sul punto anche A. SANTINI, *La revisione della disciplina dei novel foods tra tutela di interessi generali e obiettivi economici*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 3/2017, 625-650. Dinanzi a tale primo profilo critico ci si potrebbe chiedere se i singoli Stati membri abbiano comunque il potere di vietare la produzione e commercializzazione di un alimento sulla base del principio di precauzione, disciplinato dall’Art. 7 del fondamentale Reg. (CE) 178/2002. Con riferimento a questo profilo, rispetto al quale si rimanda più ampiamente a V. RUBINO, *La battaglia della carne coltivata dalle aule parlamentari a quelle di giustizia?*, cit. e agli altri contributi indicati *supra* nota n. 68, si vuole solo sottolineare che, come emerso da ampia giurisprudenza – soprattutto in materia di OGM –, il rinvio al principio di precauzione necessita non solo dell’assenza di misure di armonizzazione adottate a livello europeo in un dato ambito regolatorio ma anche della sussistenza di incertezze sul piano scientifico e della possibilità di effetti dannosi per la salute umana; le misure di gestione del rischio adottabili sulla base di tale principio, inoltre, debbono essere proporzionate e mantenere un carattere provvisorio, oltre a non poter essere motivate da un approccio puramente ipotetico e basato su supposizioni non accertate scientificamente (sul principio di precauzione, *ex multis*, si rinvia a I. CANFORA, *I principi: principio di precauzione, analisi del rischio, trasparenza*, in P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare*, cit., 112-120). È discusso pertanto che simili requisiti possano ravvisarsi pienamente con riferimento alla regolamentazione italiana della carne a base cellulare, soprattutto qualora EFSA dovesse esprimere un parere positivo quanto alla *food safety* dell’alimento.

⁷⁰ In estrema sintesi, la procedura TRIS (*Technical Regulation Information System*), regolata dalla Direttiva (UE) 2015/1535, stabilisce in capo agli Stati membri il dovere di notificare qualsiasi progetto di regolamentazione tecnica che attenga, tra gli altri, alla circolazione di prodotti industriali, dell’agricoltura, della pesca. Ciò al fine di consentire alla Commissione, entro un termine di 90 giorni – prorogabile –, di svolgere un’analisi delle disposizioni notificate e di poter emettere un parere formulando eventuali osservazioni critiche quanto alla coerenza con il diritto dell’UE delle discipline nazionali passibili di avere un impatto sul mercato unico europeo. Attivata la descritta procedura, si apre pertanto un periodo di c.d. *status quo* durante il quale il progetto di regola tecnica non può essere adottato in via definitiva dal notificante (Art. 6). È all’interno di tale cornice regolatoria, dunque, che il Governo italiano ha provveduto a notificare la normativa nazionale in materia di divieto di *cell-based foods* in data 1 dicembre 2023 – quindi dopo l’approvazione in Parlamento ma prima della pubblicazione in G.U. –. La Commissione europea in data 29 gennaio 2024 (Comunicazione della Commissione — TRIS/(2023) 0244;

primo divieto risulti esemplificativo di un approccio di chiusura netta⁷¹ nei confronti della commercializzazione di prodotti a base cellulare, che non può che innescare riflessioni attente sui suoi possibili sviluppi e risvolti. Se la normativa nostrana vieta al momento un alimento che, non avendo superato alcuna procedura di autorizzazione, già non può essere legittimamente immesso sul mercato dell'UE sulla base della normativa in materia di *Novel Foods*, essa nondimeno rappresenta un chiaro segnale di spinte centrifughe⁷²: queste, al di là dei pur essenziali quesiti sulla compatibilità con il diritto dell'UE⁷³, meritano di essere comunque osservate sotto il profilo sostanziale per il loro inevitabile riverbero sul dialogo con e all'interno delle Istituzioni europee; un dialogo che, dinanzi ad un prodotto così controverso, potrebbe assumere toni accesi e di scontro, finendo così per provocare spaccature e contrapposizioni non solo tra Stati membri e Commissione ma anche tra valutazioni scientifiche demandate ad EFSA e considerazioni di gestione del rischio affidate, nella procedura attuale di autorizzazione dei nuovi alimenti, come noto, a Commissione e Comitato PAFF (dunque Stati membri).

Le prospettive che si aprono allora nel contesto eurounitario sono molteplici e difficili da prevedere: il dibattito politico e tra diversi livelli di *governance* appena iniziato condurrà all'adozione di una normativa *ad hoc* per i prodotti a base cellulare? Si riproporrà, in altre parole, quanto in passato accaduto per gli alimenti e mangimi contenenti OGM, inizialmente inclusi nella definizione di *Novel Foods* e successivamente fatti oggetto di disposizioni separate, date la delicatezza e la complessità dei quesiti scaturiti dalla loro commercializzazione? Oppure le istanze ad oggi mostrate da Parlamento europeo e da taluni Stati membri non intaccheranno la procedura di autorizzazione stabilita dal Reg. (UE) 2015/2283 e già recentemente avviata con la prima *application* relativa al *foie gras*?

Notifica: 2023/675/IT) ha però archiviato la notifica italiana e chiuso anticipatamente la procedura, rilevando come, durante il periodo di *status quo*, la legislazione nostrana sia entrata in vigore (nello specifico il 16 dicembre 2023). Registrando il mancato rispetto del termine di differimento sancito dalla procedura TRIS, la Commissione europea ha pertanto invitato l'Italia «a informarla del seguito dato [alla legge], anche alla luce della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia». Tale richiamo finale sembra far riferimento alla vasta giurisprudenza europea che riconosce l'inapplicabilità delle regole tecniche nazionali in caso di inadempimento dell'obbligo di notifica o di adozione del progetto notificato prima della fine del termine di differimento. Tale epilogo, che la Commissione ha motivato sulla base del solo profilo procedurale, è stato oggetto di critiche: «sarebbe stato necessario rigettare (la notifica) esplicitamente in base a quanto previsto dall'art. 114 TFUE per le ragioni di preclusione formale e sostanziale (...). La mancanza di coraggio politico in questa fase rischia, così, di alimentare l'idea che un qualche margine di manovra in materia possa esistere, seppur con procedure più accorte, circostanza che potrebbe portare a ulteriori futuri equivoci», V. RUBINO, *La battaglia della carne coltivata dalle aule parlamentari a quelle di giustizia?*, cit., 52. Come si dirà a breve, la Commissione avrà occasione di occuparsi di una notifica relativa ad una normativa simile a quella italiana, presentata dall'Ungheria (v. *infra* nota n. 79).

⁷¹ Il divieto previsto è infatti generale e riguarda la vendita, detenzione, importazione, produzione per esportazione, somministrazione o distribuzione di alimenti e mangimi costituiti, isolati o prodotti a partire da colture cellulari o di tessuti derivanti da animali vertebrati; merita rilevare che, come evidenziato da Spoto, la specificazione "animali vertebrati" «lascerebbe fuori dall'ambito di applicazione del divieto tutti gli animali non vertebrati utilizzati nell'alimentazione come molluschi, polpi, seppie, calamari e in generale crostacei», G. SPOTO, *Libertà di ricerca e paternalismo giuridico in Italia*, cit., 56.

⁷² Per taluni (F. ROSSI DAL POZZO, V. RUBINO, *Il quadro regolatorio per l'autorizzazione all'immissione in commercio della carne coltivata nella UE*, cit., 325), le iniziative nazionali come quella italiana, pur con le criticità rilevate, hanno il «merito di aver sollevato il problema».

⁷³ Sul punto, si rinvia *supra* note n. 69 e 70.

Anche in tale ultimo scenario, le strade che possono aprirsi sono molteplici: dinnanzi ad un eventuale parere positivo da parte di EFSA quanto alla *food safety* della carne a base cellulare, la Commissione potrebbe considerare “altri fattori legittimi” e valutarli come preminenti, decidendo così di discostarsi dal mero esito del *risk assessment* e proponendo così un atto di esecuzione di diniego dell’autorizzazione; oppure, in caso di proposta di autorizzazione da parte della Commissione, la maggioranza qualificata degli Stati membri⁷⁴, in seno al Comitato PAFF, potrebbe votare negativamente, opponendosi all’immissione in commercio del prodotto⁷⁵.

Molteplici e di grande interesse sono poi i quesiti giuridici che questi scenari hanno aperto, sui quali anche la dottrina ha iniziato ad interrogarsi e che concernono, più in generale, l’adeguatezza della normativa in materia di nuovi alimenti. Taluni autori hanno infatti ritenuto insufficiente e inappropriato relegare il dibattito sui prodotti a base cellulare alla fase finale di adozione dell’atto esecutivo, come ad oggi disposto: «quel tipo di procedura potrebbe al massimo portare a una moratoria *de facto* o a una autorizzazione con qualche raccomandazione d’uso, come avvenuto per gli OGM, ma non potrebbe certamente incorporare considerazioni di più ampio respiro su limiti e finalità che l’azione normativa inevitabilmente comporta. D’altra parte, la portata delle implicazioni legate alle scelte non può che richiedere il coinvolgimento di tutte le istituzioni democratiche anche a livello UE, in primis il Parlamento europeo»⁷⁶.

E ancora, ci si deve domandare se l’armonizzazione massima imposta dal Regolamento sui *Novel Foods* – che non lascia possibilità, una volta giunti all’autorizzazione, per “deviazioni” e decisioni discordanti da parte degli Stati membri – debba essere rivista e ripensata, per dare spazio, piuttosto, a interventi autonomi nazionali – come quello italiano –, purché fondati su qualche evidenza scientifica; una simile flessibilità, che avrebbe tuttavia inevitabili ripercussioni sul buon funzionamento del mercato interno, potrebbe essere vista quale soluzione per evitare il riproporsi di quei deleteri contenziosi, giunti persino dinnanzi alla Corte di giustizia dell’UE, che hanno caratterizzato le vicende sugli OGM e che si sono – solo in parte – concluse in una finale concessione di un margine di valutazione autonoma da parte dei decisori nazionali⁷⁷.

⁷⁴ Come riportato da Planchenstainer, «*as observed by some food law scholar, following the rules of comitology, if the same Member States [firmatari della già citata Nota del gennaio 2024, ndr] opposed a Commission Implementing Act approving a cell-based novel food, such qualified majority could successfully curtail the ability of placing such product on the EU market*», F. PLANCHENSTAINER, ‘Meat me in Italy’, cit., 70.

⁷⁵ In tal caso si aprirebbe uno scenario complesso, nel quale la Commissione si troverebbe a dover valutare due diverse opzioni: «*the Commission can submit an amended version of the draft implementing act to the same committee within 2 months, hoping for a different outcome to overcome the veto. Otherwise, it can decide to submit the same draft implementing act to the Appeal committee within one month from the negative opinion*», A. VOLPATO, *Novel Foods in the EU integrated space*, cit., 25; in tale capitolo si trovano altresì dettagli quanto alla procedura seguita dall’*Appeal committee* e alle conseguenze di una “no opinion” del Comitato PAFF.

⁷⁶ F. ROSSI DAL POZZO, V. RUBINO, *Il quadro regolatorio per l’autorizzazione all’immissione in commercio della carne coltivata nella UE*, cit., 325.

⁷⁷ Solo con riferimento a quanto disposto dalla Direttiva (UE) 2015/412 dell’11 marzo 2015 che modifica la Direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (OGM) sul loro territorio. Per una ricostruzione delle articolate vicende in materia di OGM, si rinvia, ex multis, a E. SIRSI, *Gli alimenti geneticamente modificati e gli alimenti ottenuti con le nuove tecniche genomiche*, in P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell’Unione europea*, cit., 788-801.

Infine, sotto un profilo differente, potrebbe essere indagata l'opportunità, dinnanzi a prodotti innovativi così complessi e dai potenziali effetti dirompenti, di affidare ad un'autorità indipendente – anche la stessa EFSA – il compito di redigere un parere scientifico che non consideri solo la *food safety* ma anche gli aspetti, centrali per quanto riguarda il dibattito sulla carne a base cellulare, della sostenibilità ambientale della produzione e dell'impatto sul benessere animale; ciò consentirebbe alla Commissione e agli Stati membri all'interno del Comitato PAFF di disporre di un *risk assessment* più ampio di quello attualmente previsto dal Reg. (UE) 2015/2283.

Come e se gli interrogativi qui proposti verranno in futuro affrontati a livello sovranazionale è una prospettiva ancora tutta da determinarsi: oltre alle importanti discussioni apertesi a gennaio 2024 in seno al Consiglio dell'UE e che stanno proseguendo anche in occasione di incontri informali del Agriculture and Fisheries Council⁷⁸, osservata speciale dovrà essere non solo la procedura di autorizzazione avviata a luglio di quest'anno ma anche la procedura TRIS attivata dall'Ungheria il 10 luglio 2024⁷⁹, con la quale è stata notificata la bozza di normativa nazionale volta a proibire la produzione e commercializzazione di *laboratory-grown meat*. Diversamente da quanto avvenuto nella stessa procedura attivata dalla notifica italiana, dinnanzi alla proposta legislativa ungherese la Commissione potrebbe avere l'occasione di prendere posizione sotto il profilo sostanziale, vagliando la compatibilità di tale approccio regolatorio statale con il diritto dell'UE⁸⁰; ciò potrebbe avere evidenti riverberi sulla normativa italiana, sulla simile proposta di legge francese nonché, più in generale, sul destino delle spinte centrifughe analizzate.

Ne deriva insomma come il quadro normativo che si verrà a determinare nel contesto eurounitario appaia ad oggi ancora estremamente incerto e dai contorni difficili da prevedere.

4. La carne a base cellulare nel mondo tra approcci regolatori divergenti e tendenze comuni

L'Unione europea non è certo l'unico ordinamento in cui il panorama regolatorio in materia di *cell-based meat* appare ancora incerto. Negli USA, anzi, la partita sul futuro di tale prodotto pare appena agli inizi e qualsiasi previsione su possibili scenari futuri sembra quantomai complessa da formulare.

⁷⁸ Il sito Euractiv riporta come il 15 luglio 2024, in occasione dell'*Agriculture and Fisheries Council*, in un momento informale di incontro e discussione, i Ministri partecipanti abbiano dibattuto quanto alla necessità di tutelare la tradizione culinaria e limitare quindi la diffusione di *Novel foods*, concepiti come potenziale minaccia. All'interno dell'*Agrifish Council*, secondo quanto riportato sempre da Euractiv, sarebbero emerse posizioni nazionali discordanti in materia (Euractiv, *Hungarian presidency launches offensive against "novel" food to defend EU's "culinary tradition"*, 10 luglio 2024, <https://www.euractiv.com/section/agriculture-food/news/hungarian-presidency-launches-offensive-against-novel-food-to-defend-eus-culinary-tradition/> e *EU ministers clash over Hungary's stance on vegetarian, insect-based food*, 16 luglio 2024, <https://www.euractiv.com/section/agriculture-food/news/eu-ministers-clash-over-hungarys-stance-on-vegetarian-insect-based-food/>, ultima consultazione 23/7/2024).

⁷⁹ Si fa riferimento alla notifica 2024/0394/HU.

⁸⁰ La Direttiva TRIS, come già mostrato *supra* in nota n. 70, attribuisce alla Commissione un periodo di 90 giorni per pronunciarsi quanto alla compatibilità con il diritto dell'UE della proposta di legge nazionale notificata. La decisione è quindi attesa entro il 11 ottobre 2024.

In un contesto in cui numerose *start-up* californiane hanno iniziato a sviluppare alimenti a base cellulare con il supporto di notevoli investimenti privati⁸¹, il dibattito sulla commercializzazione di *lab-grown meat* e sulla sua regolamentazione oltreoceano ha preso avvio già nel 2018, quando politica e dottrina hanno cominciato ad interrogarsi sull'adeguatezza del quadro normativo esistente⁸². In assenza, infatti, di una legge federale in materia di *Novel Foods*, tutt'ora assente, è parso sin da subito complesso far rientrare la carne a base cellulare entro l'ambito di applicazione di disposizioni vigenti quali quelle concernenti i *food additives* – poiché la carne è un prodotto finale⁸³ –, i *meat by-products* – che fanno sempre riferimento a “parti di animale” – o gli OGM⁸⁴. Grande incertezza ha riguardato inoltre la determinazione dell'Autorità – tra la *Food and Drug Administration* (FDA) e il *US Department of*

⁸¹ Sugli investimenti privati e pubblici, si veda Congressional Research Service US, *Cell-cultivated meat: An overview*, 19 settembre 2023, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47697> (ultima consultazione 23/7/24).

⁸² È interessante notare come anche il *National Academies of Sciences, Engineering and Medicine* nel 2017 avesse posto in evidenza la portata potenzialmente dirompente delle biotecnologie sul sistema regolatorio statunitense (in *Preparing for future products of biotechnology*, <https://nap.nationalacademies.org/catalog/24605/preparing-for-future-products-of-biotechnology>, ultima consultazione 23/7/24).

⁸³ Sulla base delle Sections 201, lett. s) e 409 del *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* (Title 21, Chapter 9 del United States Code), è da definirsi *food additive* «any substance the intended use of which results or may reasonably be expected to result – directly or indirectly – in it becoming a component or otherwise affecting the characteristics of any food»; tali additivi sono soggetti ad un controllo preventivo alla immissione in commercio e ad una approvazione da parte della *Food and Drug Administration* (FDA), salvo il caso in cui l'ingrediente venga ritenuto *generally recognized as safe* (GRAS) «among experts qualified by scientific training and experience to evaluate its safety, as having been adequately shown through scientific procedures» (Section 201, lett. s). Sulla base di questa qualifica, non sarà necessaria una previa autorizzazione bensì una mera notifica – peraltro non obbligatoria – alla FDA da parte dell'azienda interessata alla commercializzazione a seguito di parere sulla *food safety* redatto da un panel di esperti, incaricati dall'azienda stessa. In particolare, per gli ingredienti GRAS si richiede che «all data necessary to establish safety must be publicly available and its safe use must be generally recognized by qualified experts», così che il ruolo di FDA dinanzi ad una *notice* è semplicemente quello di «consider whether the notice demonstrates that the ingredient is safe under the conditions of its intended use and whether the criteria for general recognition are satisfied» (<https://www.fda.gov/food/food-additives-and-gras-ingredients-information-consumers/understanding-how-fda-regulates-food-additives-and-gras-ingredients#GRAS>, ultima consultazione 8/8/2024). Come ritenuto da diversi Autori, tuttavia «cultivated meat should not be regulated under GRAS process. Classification of products as GRAS is most typically used for food additives rather than food products and would subject cultivated meat to a less stringent regulatory review. A GRAS classification could allow for cultivated meat producers to circumvent premarket review of new products by convening an independent panel of experts to determine their products are safe», J.B. DAVULT, M.S. SINHA, *Meat, the future: The role of regulators in the lab-grown revolution*, in *American Journal of Law & Medicine*, in corso di pubblicazione; dello stesso avviso Atkins che rileva oltretutto come «such an approach fails to account for the potential, unique risk that could arise due to the cell-culture process», J. ATKINS, *Regulating the impending transformation of the meat industry: cultured meat*, in *Journal of Technology Law & Policy*, 1, 2019, 19.

⁸⁴ Su questo profilo: J. PENN, *Cultured meat: Lab-grown beef and regulating the future meat market*, in *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 36(1), 2018, 104-126.

Agriculture (USDA)⁸⁵ – cui assegnare il compito di procedere a controlli quanto alla *food safety* del prodotto e alla catena di produzione nel suo complesso⁸⁶.

In tale confuso panorama, con una mossa anticipatoria e lungimirante, nel 2019 FDA e USDA hanno siglato un interessante *inter-agencies formal agreement* con il quale sono state ripartite le competenze e i ruoli con riferimento alla commercializzazione di prodotti alimentari a base cellulare⁸⁷. Sulla base di tale accordo, la FDA deve svolgere valutazioni sulla *food safety* relativamente alla prima fase della produzione, ovvero «*the cell collection, banking, growth and differentiation of the celles*»⁸⁸, mediante quello che è definito un *premarket consultation process*. Quest'ultimo, come specificato dalla stessa FDA, non rappresenta una procedura di autorizzazione: «*instead it means that after our careful evaluation of the data and information shared by the firm, we have no further questions at this time about the firm's safety conclusion*»⁸⁹.

⁸⁵ In estrema sintesi e per fornire alcune utili coordinate di massima sulla *food law* nel sistema statunitense, merita precisare come «la disciplina sui prodotti alimentari negli USA è regolata da tre Dipartimenti del Governo federale: l'HHS (*Department of Health and Human Services*) è il Dipartimento incaricato della protezione della salute dei cittadini americani; la FDA è una delle sue autorità interne, con competenza su regolamentazione e supervisione della sicurezza alimentare, integratori, farmaci, vaccini e prodotti medico-biologici; lo USDA è responsabile per lo sviluppo e l'attuazione delle politiche del governo federale americano relative all'allevamento, all'agricoltura e al cibo. In sostanza ha la competenza sulle carni ed il pollame, mentre tutti gli altri prodotti sono regolati dal punto di vista tecnico dalla FDA. [...] La differenza fondamentale tra gli alimenti sottoposti alla disciplina della USDA e quelli che rientrano nell'ambito regolamentare della FDA è che i primi devono essere sempre autorizzati, mentre i secondi possono circolare senza un controllo preventivo, a meno che non siano additivi». Dunque emerge sin da subito come, diversamente da EFSA, considerata «un'agenzia di tipo scientifico, che dunque ha il solo ruolo di valutare il rischio», la FDA «sembrerebbe avere contemporaneamente i connotati di una autorità indipendente, di una autorità regolatoria e di una agenzia di tipo scientifico», F. BRUNO, *Il diritto alimentare nel contesto globale. USA e UE a confronto: food safety, food health e food security*, Padova, 2017, 155-156; più ampiamente anche M.T. ROBERTS, *Food law in the United States*, Cambridge, 2015; M.C. SANCHEZ, *Food law and regulation for non-lawyers. A US perspective*, Cham, 2018.

⁸⁶ DaVault e Sinha hanno infatti evidenziato come «*determining what regulatory body should have jurisdiction over the regulation of cultivated meat is difficult, as cultivated meat crosses into the regulatory jurisdiction of multiple agencies. The production processes behind the cell cultivation and procurement lend more toward the expertise at FDA, but the final product falls under the USDA's area of expertise*», J.B. DAVALT, M.S. SINHA, *Meat, the future*, cit., p. 28.

⁸⁷ Per un'analisi delle vicende che hanno condotto all'adozione di tale Agreement: M. ROSSO GROSSMAN, *USDA and FDA formal agreement on regulation of cultured meat*, in *European Food & Feed Law Review*, 4, 14, 2019, 385-389.

⁸⁸ È interessante notare come la competenza e coinvolgimento del USDA valga unicamente con riferimento ai tipi di carne indicati nell'accordo; per quanto attiene a pesci e molluschi, dunque, la competenza, anche con riferimento a controlli, ispezioni ed etichettatura, è interamente attribuita alla FDA; sul punto B.P. SYLVESTER, N.A. BEAVER, K. SCHOONOVER, J.I. TIETZ, *From petri dish to main dish: The legal pathway for cell-based meat*, in *Kentucky Journal of Equine, Agriculture & Natural Resources Law*, 2, 12, 2020, 243-309.

⁸⁹ FDA, *FDA completes first pre-market consultation for human food made using animal cell culture technology. Constituent Update*, 16 novembre 2022, <https://www.fda.gov/food/cfsan-constituent-updates/fda-completes-first-pre-market-consultation-human-food-made-using-animal-cell-culture-technology> (ultima consultazione 23/7/24). Attualmente la FDA sta sviluppando alcune aggiornate linee guida che riguardano anche la *Premarket consultation on cultured animal cell foods* e che mirano a disporre altresì una *Draft guidance for industry*; la pubblicazione di tali documenti è prevista, come comunicato dalla stessa FDA, per la fine di dicembre 2024 (<https://www.fda.gov/food/guidance-documents-regulatory-information-topic-food-and-dietary-supplements/foods-program-guidance-under-development>, ultima consultazione 23/7/24).

Il USDA è invece responsabile «*for the oversight of the processing, labelling and packaging*»⁹⁰. Come efficacemente sintetizzato dal Report elaborato dal *Congressional Research Service*,

«*FDA is to ensure that companies producing cell-based meat products follow current Good Manufacturing Practices and preventive control regulations to ensure that the substances leaving the culturing process are safe and not adulterated. At the point of harvest, FDA transfers oversight to USDA. Companies harvesting cells for human food will be subject to FSIS (Food Safety and Inspection Service)*⁹¹ regulations on sanitation, Hazard Analysis and Critical Control Point verification⁹², and testing to ensure that the products are unadulterated, wholesome and properly labeled under the Federal Meat Inspection Act and the Poultry Products Inspection Act»⁹³.

È stato proprio sulla base di tale descritto percorso di valutazione che il 16 novembre 2022 la FDA ha completato la prima *premarket consultation* promossa dall'azienda Upside Foods, emanando, al termine delle operazioni di controllo, una “*no questions letter*”; in questo documento l'Autorità ha sostanzialmente affermato di non avere ulteriori quesiti quanto alla *food safety* del prodotto esaminato – *cell-based meat* di pollo – e al rispetto delle normative vigenti da parte dell'azienda produttrice⁹⁴. Il 21 marzo 2023 è giunto poi a conclusione, con lo stesso esito e con riferimento alla stessa tipologia di carne a base cellulare, il secondo processo di consultazione attivato da GOOD Meat. Infine, per entrambe le aziende, nel giugno 2023, il *premarket regulatory process* si è concluso con la predisposizione da parte del USDA di un “*grant of inspection*”, che ha dato esito positivo a seguito della verifica degli impianti di produzione. Si è inoltre provveduto in questa fase a fornire indicazioni quanto all'etichettatura del prodotto, sul quale deve comparire la dicitura “*cell-cultivated chicken*”.

Tali prime rilevanti decisioni, che hanno così aperto alle due aziende citate la possibilità di commercializzare il prodotto oggetto di verifiche, non hanno però esaurito il dibattito regolatorio in questo ordinamento. Già a seguito dell'*agreement* tra FDA e USDA, infatti, diverse sono state le critiche manifestate avverso, innanzitutto, la scelta di condivisione e suddivisione delle competenze: alcuni Autori hanno sul punto individuato nella FDA il soggetto maggiormente adeguato, preparato ed “imparziale” per lo svolgimento delle attività di controllo⁹⁵. Accanto a tali considerazioni, altre più strettamente

⁹⁰ Il *formal agreement* è disponibile a questo link: <https://www.fda.gov/food/human-food-made-cultured-animal-cells/formal-agreement-between-fda-and-usda-regarding-oversight-human-food-produced-using-animal-cell> (ultima consultazione 23/7/24).

⁹¹ Lo USDA si dirama in diverse Agenzie, tra cui appunto il FSIS.

⁹² C.d. HACCP; per dettagli su tale disposizione: M.C. SANCHEZ, *Food law and regulation for non-lawyers*, cit.

⁹³ Congressional Research Service US, *Cell-cultivated meat*, cit., p. 2.

⁹⁴ Come si legge al seguente link: <https://www.fda.gov/media/163260/download?attachment> (ultima consultazione 23/7/24).

⁹⁵ Per uno studio delle diverse posizioni e giudizi espressi con riferimento all'efficacia ed opportunità di tale accordo, si rinvia a J.B. DAVULT, M.S. SINHA, *Meat, the future*, cit., che esprimono peraltro un parere positivo quanto alla decisione di una ripartizione di competenze tra le due Autorità; se è infatti vero che la sovrapposizione di poteri e aree di intervento tra FDA e USDA non è nuova, gli Autori ritengono che l'accordo «*adequately address the unique nuances of regulating cultivated meat products while simultaneously acknowledging each agency's strengths and weaknesses*», 32. Della stessa opinione anche K. SOLLEE, *The regulation of lab-grown meat under existing jurisdictional authority*, in *Journal of Health Care Law and Policy*, 25(2), 2022, 289-312. Si leggano anche, per profili di riflessione ulteriori e non del tutto concordi, W.G. JOHNSON, *Conflict over cell-based meat: Who should coordinate Agencies in US biotechnology regulation?*, in *Food and Drug Law Journal*, 3, 74, 2019, 478-500; T.S. ETHERIDGE, *What's the beef? The FDA, USDA, and cell-cultured meat*, in *Washington and Lee Law Review*,

sostanziali si sono moltiplicate, a dimostrazione di una frammentarietà di approcci e di una molteplicità di questioni che ancora debbono trovare piena risposta: sul fronte federale, le tensioni politiche sul destino della carne a base cellulare hanno trovato riverbero in talune iniziative legislative quali la recente proposta HR 8757, presentata dal Repubblicano Davidson e da altri 8 membri del Camera dei Rappresentanti, volta a proibire l'utilizzo di fondi federali per attività di ricerca, produzione, sviluppo o supporto alla carne a base cellulare⁹⁶; a ciò è da sommarsi la proposta S3674 *School Lunch Integrity Act* 2024 avanzata dal Senatore Repubblicano M. Rounds, che mira invece a vietare l'inserimento di carne a base cellulare all'interno dei pasti scolastici rientranti nello *School lunch program* disciplinato dal *Richard B. Russell National School Lunch Act* e dal *Child Nutrition Act* del 1966⁹⁷.

Se tali iniziative federali risultano al momento ancora in una fase iniziale, pur essendo chiaramente indicative di un orientamento politico e regolatorio volto a limitare gli investimenti pubblici nel settore, talune iniziative statali sono invece già giunte a compimento: è del maggio 2024 la legge approvata nello Stato della Florida (SB 1084) che vieta e punisce penalmente e con sanzioni amministrative la produzione, vendita e distribuzione di *cultivated meat* – come viene definita – nel territorio statale; tale disposizione è stata seguita da una pressoché identica normativa approvata nello Stato dell'Alabama (SB23), che entrerà in vigore a partire dal 1 ottobre 2024. Il contenuto di tali legislazioni, la cui adozione è peraltro similmente discussa in altri Stati, tra cui l'Arizona (HB 2244), inducono ad un evidente parallelismo con la normativa italiana sopra esaminata e vanno lette unitamente ad ulteriori normative o proposte di legge statali finalizzate ad impedire l'utilizzo del termine "carne" – anche – per i prodotti a base cellulare⁹⁸. Lo scopo delle leggi statali approvate, come emerge dalle dichiarazioni

78(5), 2022, 1729-1802; Z.A. BERNSTEIN, *The fight over Frankenmeat: The FDA as the proper Agency to regulate cell-based "clean meat"*, in *Brooklyn Law Review*, 2, 86, 2021, 593-626.

⁹⁶ Su tale proposta, si leggano le motivazioni del Senatore Davidson: [https://davidson.house.gov/2024/6/rep-davidson-introduces-the-real-meat-act-of-2024#:~:text=Warren%20Davidson%20\(R%2DOH\),enhancement%20of%20cell%2Dcultured%20meat.&text=The%20REAL%20Meat%20Act%20of%202024%20is%20co-sponsored%20by%20Reps](https://davidson.house.gov/2024/6/rep-davidson-introduces-the-real-meat-act-of-2024#:~:text=Warren%20Davidson%20(R%2DOH),enhancement%20of%20cell%2Dcultured%20meat.&text=The%20REAL%20Meat%20Act%20of%202024%20is%20co-sponsored%20by%20Reps) (ultima consultazione 23/7/2024). Un emendamento simile era stato peraltro proposto in precedenza all'interno dell'*Agriculture, Rural Development, Food and Drug Administration, and Related Agencies Appropriations Act, 2024* (HR 4368) – legge poi non approvata –, allo scopo di vietare l'uso di fondi federali per finanziare attività di ricerca e sviluppo di carne a base cellulare per consumo umano.

⁹⁷ Per seguire gli avanzamenti di tale proposta di legge: <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/3674/all-info> (ultima consultazione 23/7/2024).

⁹⁸ Si fa riferimento alle normative adottate in Alabama, Arkansas, Georgia, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Mississippi, Missouri, Montana, North Dakota, Oklahoma, South Carolina, South Dakota, Texas, Wyoming, secondo quanto riportato da J.B. DAVALT, M.S. SINHA, *Meat, the future*, cit.; per riflessioni sulla legittimità di tali disposizioni nonché sulle vicende anche giurisprudenziali in materia – diverse corti, talvolta giungendo ad esiti differenti, si sono pronunciate sulla legittimità delle disposizioni concernenti l'etichettatura della carne a base cellulare o di proteine alternative di origine vegetale –, si leggano: S. TAI, *Legalizing the meaning of meat*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 51, 2020, 743-789; S.A. GRAFTON, *Welcome to the world of tomorrow: An exploration of cell-based meats and how the FDA and USDA may protect intellectual property rights*, in *Catholic University Journal of Law and Technology*, 2, 28, 2020, 175-218; J. PITKOFF, *State bans on labeling for alternative meat products: Free speech and consumer protection*, in *New York University Environmental Law Journal*, 2, 29, 2021, 297-348; C. WYATT, *Where's the meat? A constitutional analysis of Arkansas' law prohibiting the use of "meat" terms on plant- and cell-based products*, in *University of Cincinnati Law Review*, 3, 89, 2021, 731-756 – quest'ultimo ritiene necessario l'intervento del USDA ai fini di una determinazione a livello federale della terminologia e dell'etichettatura da predisporre; una soluzione, questa, che secondo l'Autore, dovrebbe impedire ai singoli Stati l'adozione di normative in materia–; X. TAO, G. RAZICK, *Alternative proteins: Navigating the maze of*

rese da diversi politici⁹⁹, è quello di tutelare la salute del consumatore, garantire una chiara informazione e quindi ridurre i rischi di confusione per l'acquirente, nonché salvaguardare la tradizione e l'economia statale, che in molti casi vede il settore dell'allevamento tra le maggiori fonti di reddito e di lavoro. Risulta pertanto chiaro, dinnanzi a tali posizioni, come le valutazioni espresse dalle autorità FDA e USDA quanto al rispetto delle normative federali in materia di *food safety*¹⁰⁰ non abbiano affatto sedato una discussione che si fa anzi sempre più aperta e in continua evoluzione nei diversi livelli di *governance*¹⁰¹ e le cui prospettive future, sul fronte delle iniziative tanto in seno al Congresso quanto ai singoli Stati federati, debbono essere ancora osservate nei loro sviluppi.

Sotto diversi profili appare invece differente la situazione in altri ordinamenti in cui, similmente agli USA, già si è conclusa una procedura di controllo preventiva quanto alla sicurezza del prodotto per la salute del consumatore.

È il caso di Singapore, in cui nel 2020, per la prima volta al mondo, è stata consentita la commercializzazione della carne coltivata di pollo, e di Israele che ha invece autorizzato nel 2024, anche in questo caso segnando un primato mondiale, l'immissione sul mercato di *cell-based meat* di manzo. Il percorso regolatorio che ha condotto a tali esiti, e che vuole qui essere solo brevemente riportato, pare di utilità per muovere poi, nelle conclusioni, a talune riflessioni derivanti proprio dai cenni di analisi comparata. Prendendo avvio dal paese asiatico, il percorso autorizzatorio che ha portato alla commercializzazione dei "*chicken nuggets and processed shredded poultry products containing cell-based chicken*" nel 2020

the US federal and State meat labelling requirements, in *FDLI Update*, 2, 2023, 35-41; E. GRANOFF, *State regulation of cultured meat: would a meat by any other name taste as good?*, in *Seton Hall University Repository*, 2024. Si rileva come l'adozione di una specifica disciplina in materia di etichettatura per la carne a base cellulare – e non solo – sia stata proposta anche a livello federale (HR 7130, *FAIR Labels Act of 2024*, depositata il 30 gennaio 2024); tale atto, ancora nella fase iniziale del percorso legislativo, prevede: «*No cell-cultured meat product shall be sold or offered for sale in commerce by any person, firm, or corporation without clearly indicating in a prominent and conspicuous manner the words 'cell-cultured' or 'lab-grown', in type of uniform size and prominence, immediately adjacent to the name of the food on the label*». Tale proposta a livello federale apre certamente a valutazioni delicate e necessarie quanto alla compatibilità della stessa con le singole leggi statali già vigenti in materia, nonché con l'accordo tra FDA e USDA che attribuisce a questo ultimo, come si è visto, la competenza di provvedere ad indicazioni sull'etichettatura – come del resto già provveduto nei confronti della carne a base cellulare di pollo di Upside Foods e GOOD Meat –; sul punto si legga quanto rilevato dal report Congressional Research Service US, *Cell-cultivated meat*, cit., in particolare 14.

⁹⁹ Esemplicative paiono, sul punto, le dichiarazioni del Governatore della Florida DeSantis reperibili al link: <https://www.flgov.com/eog/news/press/2024/governor-desantis-signs-legislation-keep-lab-grown-meat-out-florida> (ultima consultazione 23/7/2024).

¹⁰⁰ Del resto è da riportare come anche rispetto a taluni additivi si sia aperto un dibattito acceso e ancora in evoluzione quanto alla legittimità di alcune normative statali (ad esempio quella californiana) che hanno previsto il divieto di utilizzo di taluni additivi nonostante l'autorizzazione espressa della FDA; sul tali casi: A.C. McCANN, *The Skittles Bill: A Legal Analysis of California's Ban on Disease-Linked Food Additives*, in *Syracus University Law Review*, 2 novembre 2023, <https://lawreview.syr.edu/the-skittles-bill-a-legal-analysis-of-californias-ban-on-disease-linked-food-additives/> (ultima consultazione 23/7/2024).

¹⁰¹ Pur non volendo – e non potendo, per ragioni di spazio – entrare nel dettaglio delle questioni giuridiche derivanti dall'adozione di normative statali di divieto di produzione e commercializzazione della carne a base cellulare, deve comunque utilmente essere accennata la questione attinente al riparto di competenze tra livello federale e statale e la possibilità che venga invocata la *federal preemption* (*Supremacy Clause*, Art. VI, co. II, Costituzione USA) per contestare la validità delle normative statali di divieto di circolazione di un prodotto. Su tali questioni si legga B.P. SYLVESTER, N.A. BEAVER, K. SCHOONOVER, J.I. TIETZ, *From petri dish to main dish*, cit.



è riconducibile alla procedura in materia di *Novel Foods*; secondo le disposizioni introdotte dalla *Singapore Food Agency (SFA)*¹⁰² nel 2019 (*Novel Foods and Novel Food Ingredients*)¹⁰³, rientrano nella definizione di nuovi alimenti tutti quei prodotti che non vantano una “history of safe use”; con tale espressione ci si riferisce a tutte quelle «*substances that have been consumed as an ongoing part of the diet by a significant population (e.g. the population of a country) for a period of at least 20 years and without reported adverse human health effects*»¹⁰⁴. I *food business operators* interessati alla commercializzazione dei *Novel Foods* così definiti sono pertanto tenuti a predisporre complessi dossier nei quali inserire studi attestanti la *food safety* del prodotto, da inviare poi alla SFA. È a questa autorità governativa che viene affidato il compito di svolgere attente considerazioni di *risk assesment* e *management* sulla base della documentazione presentata e di addivenire ad una valutazione finale quanto alla commercializzazione del prodotto. Specifiche linee guida, contenenti un dettagliato elenco di dati e studi necessari alla predisposizione dell'*application*, sono periodicamente aggiornate dalla SFA nonché, al suo interno, dal *Novel Food Safety Expert Working Group*, composto da esperti specializzati. La presenza di un forte dialogo, anche preventivo, tra autorità di controllo e aziende – attraverso la promozione di c.d. *Novel Food Virtual Clinics* che consentono un confronto con la SFA sin dalle prime fasi di ricerca e sviluppo del prodotto¹⁰⁵ – ha facilitato la presentazione di *applications* riguardanti *cell-based foods*, così conducendo, a seguito della prima autorizzazione del 2020 nei confronti del prodotto dell'azienda Eat Just, ad ulteriori approvazioni di diversi formati di carne di pollo coltivata nel 2021 e, più recentemente, nel 2023, di “*serum-free media*” per la produzione di *cell-based meat*¹⁰⁶. L'attenzione delle autorità pubbliche di Singapore verso fonti di proteine alternative va peraltro inserita nel più ampio progetto “*30 by 30*”¹⁰⁷ volto a rafforzare la resilienza del *food system* e a ridurre la sua forte dipendenza dalle importazioni, fissando quale ambizioso obiettivo quello di ampliare la produzione di cibo su territorio nazionale sino a coprire almeno il 30% del fabbisogno alimentare interno entro il 2030. Un progetto, questo, che ha portato ad indirizzare ingenti finanziamenti all'innovazione

¹⁰² «*The Singapore Food Agency (SFA) was formed as a statutory board under the Ministry of the Environment and Water Resources (MEWR) on 1 April 2019 to oversee food safety and food security from farm-to-fork. MEWR has been renamed as the Ministry of Sustainability and the Environment (MSE). The SFA brings together food-related functions carried out by the former Agri-Food & Veterinary Authority of Singapore, the National Environment Agency and the Health Sciences Authority*», <https://www.sfa.gov.sg/about-sfa/what-we-do> (ultima consultazione 23/7/2024).

¹⁰³ Su tale *regulatory framework*, si veda <https://www.sfa.gov.sg/food-information/novel-food> (ultima consultazione 23/7/2024)

¹⁰⁴ SFA, *Requirements for the Safety Assessment of Novel Foods and Novel Food Ingredients*, 20 luglio 2023.

¹⁰⁵ Come riportato anche in FAO, *Food safety aspects of cell-based food. Background document 3 – Regulatory framework*, 2022.

¹⁰⁶ Singapore Economic Development Board, *GOOD Meat receives approval to commercialize serum-free media*, 18 gennaio 2023, <https://www.edb.gov.sg/en/about-edb/media-releases-publications/good-meat-receives-approval-to-commercialize-serum-free-media.html> (ultima consultazione 23/7/2024). Recenti notizie rilasciate dall'azienda Vow (<https://medium.com/vow-food/vow-is-officially-on-market-f2b3028abb5e>, ultima consultazione 23/7/2024) dichiarano l'ottenimento della autorizzazione da parte di SFA alla commercializzazione della carne di quaglia a base cellulare.

¹⁰⁷ Reperibile all'indirizzo: <https://www.ourfoodfuture.gov.sg/> (ultima consultazione 23/7/2024).

e alla ricerca nell'ambito dei *future foods*, senza dimenticare iniziative specifiche finalizzate a sostenere la riconversione dei lavoratori agricoli e a formare nuove figure professionali¹⁰⁸.

Il qui descritto panorama regolatorio e di *policies* caratterizzante il paese asiatico pare trovare forti similitudini nel contesto israeliano: qui, nel gennaio 2024, l'azienda Aleph Farms ha annunciato l'avvenuta autorizzazione all'immissione in commercio in Israele della carne coltivata di manzo. Tale decisione è stata adottata dall'*Israel Ministry of Health* (MoH) e, in particolare, al suo interno, dal *National Food Service*, a seguito della procedura di *pre-market approval* disciplinata dalla normativa in materia di *Novel Foods*¹⁰⁹. Questa disposizione definisce cibi innovativi tutti quei prodotti che non sono consumati in misura significativa dall'uomo nel territorio di Israele prima del 19 febbraio 2006, data di entrata in vigore della legislazione in materia, e che rientrano in una delle categorie indicate, tra cui cibi che hanno

«a novel primary molecular structure or has undergone an intentional alteration in its primary molecular structure, for which there is insufficient history of safe human consumption before February 2006; contain a genetically modified organism or a part thereof; contain a plant, animal, microorganism, fungi or algae, or derived from these, for whom there is insufficient history of safe human consumption; were manufactured in a process which was not used in Israel for the manufacturing of this specific food or food component, and this process has led to a substantial change in the composition of the food, its structure or components, and has affected its nutritional value, its metabolic qualities or the level of undesired substances in it»¹¹⁰.

Il *National Food Service* è quindi chiamato, sulla base di una domanda presentata dal *food business operator* interessato, a svolgere una valutazione quanto ad aspetti legati alla *food safety* – dalla tossicologia agli allergeni, alla *microbiological safety* dell'intero processo produttivo – nonché alla etichettatura e quindi alle informazioni da fornire ai consumatori, decidendo infine se autorizzare l'immissione in commercio del *Novel Food*, che, in caso di risposta positiva, viene inserito nella lista pubblica dei nuovi cibi.

La recente decisione riguardante la carne a base cellulare di bovino, secondo quanto riportato nella *Press Release* pubblicata dal *Ministry of Foreign Affairs* israeliano¹¹¹, è stata accolta dal Primo Ministro Netanyahu come un «*global breakthrough in the field of alternative protein and important news for food security, environmental protection and concern for animals*». Del resto, negli ultimi anni il Governo dello stato ebraico ha osservato con interesse gli sviluppi tecnologici in ambito *agri-food*, individuando nei cibi innovativi una possibile soluzione alle storiche difficoltà di approvvigionamento di acqua e alle connesse sfide della *food security* e della sostenibilità alimentare che contraddistinguono, per posizione geografica, situazione geopolitica e caratteristiche territoriali, il settore agro-alimentare nazionale. Non stupisce dunque che nel 2022 la *Israel Innovation Authority* – un'agenzia indipendente

¹⁰⁸ Sugli investimenti e strategie pubbliche adottate da Singapore: Y. YE, J. ZHOU, X. GUAN, X. SUN, *Commercialization of cultured meat products: current status, challenges and strategic prospects*, in *Future Foods*, 6, 2022, 1-14; H. STEVENS, *Smart food: Novel foods, food security, and the Smart Nation in Singapore*, in *Food, Culture & Society*, 3, 2024, 754-774.

¹⁰⁹ Direttiva 004-08 del 2006, in parte integrata dalla *Public Health Food Protection Law* del 2015.

¹¹⁰ In FAO, *Food safety aspects of cell-based food*, cit.

¹¹¹ Reperibile al link: <https://www.gov.il/en/pages/regulatory-measures-approved-for-the-production-of-beef-without-using-animals-17-jan-2024> (ultima consultazione 23/7/2024).

finanziata con fondi pubblici – abbia devoluto \$ 18 milioni alla creazione di un grande consorzio, composto da istituti di ricerca pubblici e aziende private, volto a favorire attività di ricerca e sviluppo in materia di proteine animali alternative e, specificamente, di carne a base cellulare¹¹².

Se il mercato di tale prodotto innovativo, come dimostra l'analisi sin qui svolta, risulta in continua e rapida evoluzione¹¹³, è solo da accennarsi un più recente sviluppo, destinato anch'esso ad incidere sul futuro della carne a base cellulare: nel luglio 2024 l'azienda Meatly ha ottenuto nel Regno Unito l'autorizzazione alla vendita di *cell-based meat* di pollo come alimento per animali domestici¹¹⁴. Sebbene il presente contributo sia incentrato sull'utilizzo di prodotti a base cellulare per il consumo umano, questa notizia consente certamente di rilevare l'ampiezza degli ulteriori potenziali impieghi di tali alimenti in settori diversi¹¹⁵.

5. La carne a base cellulare come caso emblematico: alcuni spunti di riflessione sul futuro della regolamentazione dell'innovazione nel settore agro-alimentare

Nonostante la produzione e il consumo di carne a base cellulare siano ad oggi estremamente limitati, per non dire del tutto irrilevanti, le discussioni “divampate” in diversi ordinamenti trovano pochi precedenti, forse rinvenibili solo nelle vicende caratterizzanti gli OGM¹¹⁶.

La grande attenzione rivolta da Istituzioni, gruppi di interesse, società civile, media e, non da ultimo, dalla comunità scientifica trova probabilmente le sue ragioni nella portata innovativa del metodo di

¹¹² Per approfondimenti su tali investimenti, si rinvia a R. GROSLIK, A. RAZ, D.R. SHAHAR, N. AVIELI, *Considering alternatives: lessons from Israel's meat substitutes initiatives*, in *Frontiers in Sustainable Food Systems*, 11 gennaio 2024, 1-6.

¹¹³ Profili regolatori interessanti, che non possono tuttavia essere in questa sede ricostruiti, sono quelli che riguardano Australia e Nuova Zelanda, dove l'azienda Vow ha presentato domanda di autorizzazione della carne a base cellulare di quaglia, secondo la procedura in materia di *Novel Foods* (Standards 1.1.1 e 1.5.1, *Australia New Zealand Food Standards Code*); si è dunque in attesa di una valutazione da parte della *Food Standards Australia New Zealand*. Per approfondimenti: A. CABRAL, I. DE OLIVEIRA PEREIRA, A. LEITOLIS, *Regulatory aspects of cultivated meat*, in C.R. SOCCOL, C.F. MAIOLINO MOLENTO, G. GLUFKE REIS, S.G. KARP (eds.), *Cultivated meat. Technologies, commercialization and challenges*, Cham, 2024, 299-318. Da fonti giornalistiche, paiono inoltre esservi sviluppi quanto ai profili regolatori, in Giappone, India e Sud Corea (<https://www.greenqueen.com.hk/south-korea-regulation-free-special-zone-cultivated-meat/>; <https://www.greenqueen.com.hk/india-cultivated-meat-lab-grown-seafood-regulatory-framework/#:~:text=India%20is%20joining%20the%20ranks,India%20has%20joined%20the%20bandwagon>, ultima consultazione 23/7/2024).

¹¹⁴ Come riportato dall'azienda Meatly (<https://meatly.pet/meatly-approval/>). Pare di interesse sottolineare che, sin dal 2022, il Governo del Regno Unito e la *Food Standard Agency* (FSA) hanno avviato un intenso dibattito quanto alla necessità di riformare la normativa in materia di *Novel Foods* (come dichiarato in UK Government, *The benefits of Brexit: How the UK is taking advantage of leaving the EU*, gennaio 2022); la vigente normativa risulta sostanzialmente mutuata da quella unionale (ad eccezione delle autorità coinvolte).

¹¹⁵ È necessario puntualizzare come, nel contesto dell'UE, sulla base del Reg. (CE) 999/2001 del 22 maggio 2001 recante disposizioni per la prevenzione, il controllo e l'eradicazione di alcune encefalopatie spongiformi trasmissibili, siano disposti rigidi limiti alla possibilità di utilizzare c.d. *processed animal proteins* (PAPs) per l'alimentazione di animali da allevamento, con talune eccezioni introdotte dal Reg. (UE) 2021/1372 del 17 agosto 2021.

¹¹⁶ Come messo in evidenza da A. CABRAL, I. DE OLIVEIRA PEREIRA, A. LEITOLIS, *Regulatory aspects of cultivated meat*, cit. Sotto un profilo non strettamente giuridico, sono ravvisati comunque significativi parallelismi tra le vicende che hanno contraddistinto gli OGM e le discussioni che attengono ai *Novel Foods*: J. MOHORCICH, J. REESE, *Cell-cultured meat: Lessons from GMO adoption and resistance*, in *Appetite*, 143, 2019, 1-9.

produzione di proteine animali¹¹⁷, che risulta pressoché inedita per profondità e possibili effetti in grado di coinvolgere – e potenzialmente sconvolgere¹¹⁸ – una delle attività più antiche dell’uomo quale quella dell’allevamento¹¹⁹.

Non stupisce allora che dinnanzi ad un simile progresso legislatori e *policymakers* abbiano avviato – anche con scelte anticipatorie – percorsi regolatori dimostratisi complessi, talvolta divisivi e forieri di frammentazioni e divergenze, anche tra diversi livelli di *governance*. Tale complessità individua senza dubbio le proprie radici nella molteplicità dei profili di tutela da considerare e nella delicatezza delle scelte normative, capaci di realizzare un impatto decisivo sulla futura diffusione del prodotto stesso. Come noto, una regolamentazione che impone requisiti eccessivamente stringenti di *food safety* in capo dei *food business operators* si può riverberare negativamente sugli investimenti nella ricerca e sviluppo di innovazioni tecnico-scientifiche; normative troppo elastiche, determinanti l’accettazione di un maggior livello di rischio per i consumatori possono, al contrario, aprire le porte ad una innovazione priva di limiti e comprimere, con conseguenze severissime, la fondamentale tutela della salute umana e animale. In questo già difficile esercizio di bilanciamento di diritti e interessi, si innesta poi l’esigenza di promuovere un progresso tecnico-scientifico che si faccia «strumento di accelerazione del cambiamento»¹²⁰ dei sistemi agro-alimentari verso la sostenibilità e, dunque, volto a contribuire alla garanzia di un diritto di accesso al cibo sufficiente per tutti, anche per quelle generazioni future verso le quali si parla sempre più di una responsabilità intergenerazionale¹²¹.

¹¹⁷ Pare interessante notare come, da una analisi storica di questo metodo di produzione, l’idea del cibo a base cellulare non sia affatto nuova, benché abbia trovato realizzazione tecnica solo negli ultimi decenni; se già agli inizi di questo secolo la Nasa aveva avviato progetti sulla *cell-based meat* (C. WYATT, *Where’s the Meat?*, cit.), è curioso registrare come già Winston Churchill, nel 1931, avesse preconizzato la necessità di sviluppare forme di produzione innovative della carne: «*We shall escape the absurdity of growing a whole chicken in order to eat the breast or wing, by growing these parts separately under suitable medium*», *Fifty years hence*, 1932, para. 390.

¹¹⁸ Merita ribadire comunque come, secondo la gran parte degli Autori (N. STEPHENS et al., *Bringing cultured meat to market*, cit.), se e quando la carne a base cellulare riuscirà ad essere introdotta nel mercato su ampia scala, essa non determinerà la scomparsa totale dell’allevamento e dell’industria della carne “convenzionale”.

¹¹⁹ Come sintetizzato in M.C. MANCINI, F. ANTONIOLI, *The future of cultured meat between sustainability expectations and socio-economics challenges*, cit., «*The so-called “protein transition” towards meat alternatives might significantly affect some producers and rural communities where intensive farming is deeply rooted, like some North American states. There, a reduction in livestock demand could result in higher unemployment at farming and meat processing levels, rural population loss, and the disintegration of rural economies dependent on agriculture*», 343. Per quanto, come specificato dagli stessi Autori, tale scenario non sia condiviso da tutti gli studiosi del tema, di certo la produzione di carne a base cellulare comporterà l’impiego di expertise e profili professionali molto differenti rispetto a quelli richiesti nell’attuale industria e allevamento. La sfida, per la politica – se e quando tale rischio dovesse concretizzarsi – sarà quella di incentivare una riqualificazione professionale nonché di creare *policies* che possano riconvertire allevamento e agricoltura verso diverse esigenze produttive – ad esempio la produzione di *biofuels* –.

¹²⁰ E. SIRSI, *Il nome delle cose e i paradigmi dell’innovazione nel mercato agro-alimentare. Il caso delle carni alternative*, in S. CARMIGNANI, N. LUCIFERO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza. Diritti nazionali, regole europee e convenzioni internazionali su agricoltura, alimentazione, ambiente*, Napoli, 2020, 665-708.

¹²¹ Oltre a richiamare i riferimenti bibliografici citati *supra* in n. 21 e 22, si leggano anche, *ex multis*: A. SPADARO, *L’amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Diritto e società*, 2, 2008, 169-217; A. D’ALOIA, voce *Generazioni future*, in AAVV., *Enciclopedia del diritto*,

Inserite nel contesto di sfide urgenti e profonde delineate nel Para. 2, le scelte regolatorie che sono state oggetto di analisi nelle pagine precedenti conducono quindi a due ordini di considerazioni, che – lungi dal volersi porre quale chiusura – mirano ad aprire ad ulteriori riflessioni sul tema, certamente necessarie; in particolare, le prime considerazioni prendono le mosse dai cenni di comparazione proposti, mentre le seconde sono più ampie e volte a leggere, attraverso la lente della carne a base cellulare come caso paradigmatico, l'articolato rapporto tra innovazione e diritto nell'ambito della *food law* e le sfide che ancora lo caratterizzano.

Prendendo pertanto avvio dallo studio delle molteplici discipline che regolano la commercializzazione della *cell-based meat*, si possono rilevare interessanti profili di convergenza e altri invece di distanza. Nell'UE, così come in Singapore, USA e Israele – ma anche in Australia e Regno Unito, per citarne altri – si rinviene la sussistenza di un approccio attento alle specificità e ai possibili pericoli insiti nei cibi innovativi, così che in tutti questi ordinamenti sono previsti più o meno intensi controlli preventivi all'immissione sul mercato, finalizzati alla valutazione del rischio per la salute dei consumatori e al rispetto, nella fase produttiva in stabilimento, di tutte le normative in materia di produzione di carne (HACCP, *Good Manufacturing Practices* etc.). Al momento, negli stati considerati, le legislazioni di riferimento applicabili alla carne a base cellulare sono quelle attinenti agli alimenti – e, in molti degli ordinamenti citati, alle apposite discipline in materia di *Novel Foods*¹²² – e non le discipline previste per i farmaci; queste ultime sono considerate, sotto certi profili, portatrici di tutele e procedure più stringenti che, come evidenziato da talune istanze riformatorie¹²³, potrebbero risultare maggiormente adeguate e tutelanti, soprattutto con riferimento alla prima fase di produzione *in vitro* della carne a base cellulare, che appare certamente lontana dal metodo convenzionale di produzione degli alimenti.

Al netto delle convergenze regolatorie sin qui indicate, però, non possono essere ignorate differenze anche sostanziali nelle scelte adottate dagli ordinamenti esaminati. La legislazione eurounitaria sui nuovi alimenti – allo stato attuale, quantomeno – pare essere quella maggiormente articolata e, in certa misura, completa, poiché sceglie di strutturarsi in due fasi distinte, di *assessment* e *management* del rischio, attribuite alla responsabilità di soggetti differenti: un'autorità indipendente e scientifica (EFSA), per la valutazione, e le Istituzioni politiche (Commissioni e rappresentanti degli Stati membri) per la gestione del rischio, con la possibilità di considerare anche "altri fattori", oltre a quello della *food safety*, nella decisione finale. Quest'ultima risulta peraltro avere valore vincolante per tutti gli Stati

IX, Milano, 2016, 311-390; P. PANTALONE (a cura di), *Numero monografico: Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, in *Il diritto dell'economia*, 2021.

¹²² La definizione di *Novel Foods*, come emerso dall'analisi svolta nel Para. 4, non è univoca e condivisa; una delle principali differenze è ravvisabile nella scelta, propria ad esempio della regolazione unionale, del Regno Unito e di Israele, di indicare quale criterio temporale una data fissa nel tempo; in altri ordinamenti invece il criterio temporale è flessibile, essendo indicato con un arco temporale (è il caso della normativa di Singapore).

¹²³ Il riferimento qui è alla *Note from the Austrian, French and Italian delegations, CAP's role in safeguarding high-quality and primary farm-based food production* del 22 gennaio 2024, 5469/1/24, di cui si è sopra parlato nel Para. 3 e che pare suggerire un maggiore parallelismo tra le disposizioni che dovrebbero caratterizzare la normativa sui *lab-grown food* e quelle in materia di prodotti farmaceutici, quantomeno nella fase di valutazione del rischio: «*Pending the question on the current regulation as suitable legal framework, the outcome of this renewed and broad debate should be based on several elements starting with dedicated EFSA guidelines which should notably cover certain aspects of evaluation currently provided for new pharmaceutical products, including pre-clinical and clinical studies that will be used as safety criteria for an opinion of EFSA*», 4.

membri¹²⁴ e quindi efficacia più ampia – salvo opposizioni che potrebbero condurre anche a contrasti da dirimersi in seno alla CGUE –. In altri ordinamenti, invece, la decisione viene assunta da organi governativi – pur composti da esperti –, quali il Ministero della Salute in Israele, la SFA a Singapore, FDA e USDA negli USA, che – da quanto emerge dai documenti e normative disponibili – basano le loro decisioni essenzialmente su considerazioni relative alla sicurezza per la salute del consumatore.

Negli ordinamenti in cui, poi, la carne a base cellulare è già stata autorizzata, si ravvisano approcci comunque differenti. Mentre in Israele e Singapore non si hanno notizie di opposizioni o proposte di limitazioni alla produzione e circolazione di tale prodotto o, ancora, di iniziative legislative atte ad incidere sulla sua immissione in commercio, negli USA il dibattito pare estremamente aperto: le proposte al vaglio del Congresso statunitense, che mirano ad impedire gli investimenti federali in attività di *Research and Development* (R&D) in materia di *cell-based meat*, divergono fortemente dagli ingenti finanziamenti pubblici che a Singapore e Israele sono devoluti alle strategie nazionali per la garanzia della *food security*; in entrambi questi due Paesi (forse per una condivisione di simili sfide geopolitiche, territoriali e in termini di disponibilità di risorse naturali) l'innovazione e i *future foods* rappresentano una delle possibili soluzioni alla insicurezza alimentare e dunque una delle vie da percorrere con decisione per il raggiungimento di un obiettivo di rilevanza cruciale.

Negli USA poi le forti restrizioni e divieti statali – sia sul fronte della produzione e circolazione della *cell-based meat* sia su quello della sua etichettatura – paiono somigliare maggiormente a quanto si registra nell'UE¹²⁵, dove – come si è visto – diversi Stati membri hanno già adottato e stanno discutendo l'adozione di normative del tutto convergenti negli esiti¹²⁶. Se tali disposizioni saranno legittimate nel contesto del riparto di competenze tra livello federale e statale in un caso e livello sovranazionale e nazionale nell'altro, è questione di non poco rilievo ancora tutta da determinare.

Diviene evidente, pertanto, come alcuni tratti delle scelte regolatorie analizzate siano riflesso di un contemperamento tra diritti e interessi in gioco talvolta simile, talaltra differente, permettendo di cogliere uno scenario estremamente incerto e in continuo mutamento, con un attivismo nel dibattito legislativo – e vedremo se anche giudiziario – che promette evoluzioni importanti. Uno sforzo comparativo può peraltro risultare utile alleato nelle valutazioni quanto alla necessità di riforme legislative o all'adozione di disposizioni *ad hoc*¹²⁷.

¹²⁴ Come si è rilevato nel Para. 3.

¹²⁵ Tale parallelismo e convergenza di approcci regolatori ovviamente non può ignorare il contesto ordinamentale, che vede anche significative differenze nei principi e nelle norme che caratterizzano la *food law* nelle due sponde dell'Oceano Atlantico, a partire dalla concezione del principio di precauzione. Per uno sguardo ampio su tali profili, si rinvia, *ex multis* e oltre ai testi già citati nel Para. 3, a L. COSTATO, F. ALBINNI (a cura di), *European and Global Food Law*, Milano, 2016.

¹²⁶ Esito consistente nel divieto di produzione e commercializzazione. Certo merita rilevare come negli USA tali divieti siano giunti pur in presenza di una valutazione preventiva da parte di FDA e USDA, come si è visto, mentre nella UE la valutazione del rischio sotto il profilo della *food safety* non è ancora stato svolto – benché recentemente avviato – e le scelte di divieto nazionali sono pertanto ad oggi frutto di considerazioni non fondate su un *risk assessment* armonizzato.

¹²⁷ La sfida regolatoria potrebbe divenire ancora più complessa qualora in futuro il prodotto dovesse entrare sul mercato in larga scala; in tal caso si renderà più che mai urgente la predisposizione di normative “ancillari” ma certamente rilevanti, che taluni autori (M.C. MANCINI, F. ANTONIOLI, *The future of cultured meat between sustainability expectations and socio-economics challenges*, cit.) già hanno individuato (ad es. disposizioni volte a disciplinare la brevettabilità e la tutela della proprietà intellettuale, altre riguardanti invece la regolazione dello

Tutte queste considerazioni, infine, inducono a svolgere talune riflessioni di più ampio respiro: il caso della carne a base cellulare ci fa apprezzare come sul campo regolatorio si stia giocando una partita decisiva ed essenziale, quella cioè della capacità degli ordinamenti di dare spinta alla “innovazione giuridica”¹²⁸, che non può che tradursi in un arricchimento, appunto, dell’«armamentario della regolazione alimentare»¹²⁹.

In controluce, dunque, il caso studio esaminato in questo elaborato lascia filtrare un quesito profondo e delicato: dove, cioè, i regolatori pubblici intendano fissare il punto di equilibrio tra promozione dell’innovazione, sostenibilità, *food security* e tutela della salute dei consumatori. Tale determinazione, lungi dall’incidere solamente sul prodotto del progresso tecnico-scientifico, rifletterà più ampiamente il modo in cui gli attori nazionali e sovranazionali vorranno immaginare e disegnare il futuro del settore agro-alimentare.

La difficoltà di trovare una risposta ad un simile quesito si acuisce innanzitutto di fronte ad un’innovazione tecnico-scientifica che scardina il paradigma della “certezza” e che impone al legislatore di fare i conti con un sapere tecnico e scientifico in perenne mutamento, non sempre basato su punti definitivi, univoci, pienamente condivisi. Tale arduo compito riapre il difficile dialogo tra scienza e diritto¹³⁰, certamente già esplorato e “antico”¹³¹ – basti pensare al caso, arcinoto, degli OGM o a quello più recente

smaltimento degli scarti derivanti dal procedimento di crescita cellulare). In tale scenario – al momento ancora lontano dal realizzarsi – e accanto a simili legislazioni, si potranno poi rendere necessari interventi di *policies* oculate al fine di incentivare una produzione diffusa e accessibile, non solo nei Paesi economicamente avanzati, al fine di evitare una eccessiva concentrazione di conoscenze ed esclusive di mercato nelle mani di poche grandi multinazionali col risultato di condurre ad effetti potenzialmente negativi sullo sviluppo stesso di tale tecnologia nonché sugli equilibri socio-economici; problemi, questi ultimi, le cui derive insidiose sono evidenziate, con ampio riferimento all’innovazione tecnologica, da M. FERRARI, *Fattori di produzione, innovazione e distribuzione di valore nella filiera agroalimentare*, Milano, 2023. In tale contesto, infine, ci si potrà interrogare sul ruolo potenzialmente assegnato alle fonti regolatorie di diritto internazionale, per valutare la necessità di predisporre standard comuni e condivisi.

¹²⁸ F. ALBISINNI, *Innovazione-azione e innovazione-reazione nel diritto agrario e alimentare europeo: nuovi scenari*, in *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*, 2013, 225-259; *Id.*, *Diritto agroalimentare innanzi alle sfide dell’innovazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 25-42. Anche Ferrari (M. FERRARI, *Fattori di produzione, innovazione e distribuzione di valore nella filiera agroalimentare*, cit.) riconosce come «l’innovazione giuridica costituisce una tessera fondamentale nella più complessa trama di mutamenti che nel prossimo futuro interesseranno il comparto agroalimentare», 369.

¹²⁹ Come rilevato da Ramajoli, dinnanzi all’emergere delle sfide dalla *food security*, «l’armamentario della regolazione alimentare si arricchisce ulteriormente», M. RAMAJOLI, *Quale futuro per la regolazione alimentare?*, in A. MORRONE, M. MOCHEGANI (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato*, cit., 134.

¹³⁰ *Ex multis*, si rimanda al *Focus on* dedicato a scienza, diritto e Corti in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2024, 5-137 e alla ampia bibliografia ivi richiamata.

¹³¹ Costato ha parlato di “sfida risalente” (L. COSTATO, *Innovazione tecnologica, agricoltura e alimentazione: una sfida risalente*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2019, 1-2); Tallacchini evidenziava, già nel 2012, come il progresso della scienza abbia «investito diritto e politica di un ruolo inedito, che consiste nel farne i regolatori/decisori non solo delle attività della scienza, ma dello stesso sapere scientifico»; in tale contesto, «le riflessioni sull’incertezza sono state all’origine, anche nel settore della sicurezza alimentare, di nuovi strumenti giuridici che collegano l’allocazione delle conoscenze rilevanti a forme differenziate di responsabilità rispetto alle conoscenze medesime o alle loro conseguenze», M. TALLACCHINI, *Sicurezza e responsabilità in tempo di crisi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2012, 2. Rispetto alle innovazioni biotecnologiche e a come esse siano concepite e regolate, è sempre di interesse il testo: S. JASANOFF, *Fabbriche della natura: biotecnologie e democrazia*, Milano, 2008. Più

delle Nuove Tecniche Genomiche¹³² –, e impone al contempo lo sforzo di promuovere un discorso legislativo finalizzato ad assicurare un contemperamento tra progresso, precauzione, prevenzione e gestione dei rischi che sia fondato, anche, su solide garanzie di trasparenza, su una corretta informazione e sul coinvolgimento degli *stakeholders*.

Se questa prima sfida è emersa in molti ambiti regolatori – dal fine vita alle applicazioni dell'Intelligenza artificiale –, quello della *food law* rappresenta senz'altro un laboratorio singolare. Questo perché, con grande evidenza, l'innovazione tecnico-scientifica può rappresentare nello specifico ambito agro-alimentare un prezioso alleato verso la *food security* e la sostenibilità alimentare¹³³; quest'ultima va ormai intesa come obiettivo strategico che deve permeare tutte le decisioni di *policies* e normative e che non può essere invece raggiunto unicamente con misure singole finalizzate a rispondere ad emergenze contingenti.

Di fronte a simili urgenze di “adeguamento giuridico” diviene allora sempre più imprescindibile la predisposizione di una cornice normativa capace di integrare nelle scelte regolatorie tanto quello che taluni hanno iniziato a chiamare “principio di innovazione”¹³⁴, quanto il principio dello sviluppo sostenibile, assieme alla tutela della salute dei consumatori – nonché del principio di precauzione¹³⁵ –. Al diritto, che deve tenere lontane paure irrazionali o mere resistenze ideologiche, viene affidato insomma, oggi più che mai, l'onere di comporre quelle che potrebbero apparire come insanabili antinomie tra progresso e identità culturale, tra scienza e diritto, precauzione e innovazione, sviluppo

ampiamente sul tema, *ex multis*, IFLA-AIDA (a cura di), *Innovation in agri-food law between technology and comparison*, Milano, 2019.

¹³² Su queste nuove tecniche (c.d. *New Genomic Techniques*, GTs) e sull'impatto delle stesse sul comparto agro-alimentare, tra i tanti, si veda: F. ROSSI DAL POZZO, *Le nuove tecniche genomiche e il loro impiego nel settore agro-alimentare. L'Unione europea alla ricerca di una disciplina giuridica sostenibile*, in L. VIOLINI (a cura di), *One Health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, Torino, 2022, 59-82.

¹³³ Si pensi all'apporto che possono fornire in tal senso le NGTs, l'impiego dell'Intelligenza Artificiale, dell'*Internet of Things*, nonché, per quanto qui maggiormente interessa, i *Novel Foods*, come evidenziato, tra gli altri, da S. SFORZA, *Food (in)security: The role of Novel Foods on sustainability*, in L. SCAFFARDI, G. FORMICI (eds.), *Novel Foods and edible insects in the European Union*, cit.

¹³⁴ Il principio di innovazione è stato definito dalla Commissione europea nella *Communication on Research and Innovation and repeated in the proposed Regulation establishing Horizon Europe research program for 2021–2027*, (15 maggio 2018) nonché in Report e Factsheet sul tema (https://research-and-innovation.ec.europa.eu/law-and-regulations/ensuring-eu-legislation-supports-innovation_en; https://research-and-innovation.ec.europa.eu/document/download/294b40e0-ad5a-448e-9612-ea87b5b9e48e_en?filename=ec_rtd_factsheet-innovation-principle.pdf, ultima consultazione 23/7/24; European Commission, *Study supporting the interim evaluation of the innovation principle*, Luxembourg, 2019) come «*a tool to help achieve EU policy objectives by ensuring that legislation is designed in a way that creates the best possible conditions for innovation to flourish*». Sul punto, J. STEINBACH, *Regulatory promotion of the innovation of cultured meat by the European Union. On what degree regulatory promotion of the technology of cultured meat is possible for the EU with regard to environmental protection and consumer protection*, Master Thesis Law and Technology, Tilburg University, 2020; A. LANHTEENMAKI-UUTELA ET AL., *Alternative proteins and EU food law*, cit.

¹³⁵ Sul rapporto tra principio di precauzione, innovazione e sostenibilità: A. LUPO, *L'innovazione tecnologica nel sistema alimentare europeo tra principio di precauzione e sviluppo sostenibile: genesi, aspetti problematici e prospettive di riforma*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2023, 26-37.



economico e tutela dell'ambiente, tra sostenibilità e tutela del consumatore, tra tradizione democratica e accentramento del controllo – anche degli alimenti e delle tecnologie – nelle mani di pochi¹³⁶. Tali considerazioni maggiormente astratte trovano riflesso pratico nel dibattito che la regolazione agro-alimentare sta affrontando da alcuni decenni di fronte alle innovazioni tecnico-scientifiche, di cui la carne a base cellulare rappresenta solo una delle ultime esemplificazioni. Un dibattito che si colora, oggi più che mai, di sfumature diverse e nuove dettate sia dall'esigenza di regolare una società globale ormai caratterizzata dal rischio¹³⁷, sia dalla necessità urgente di integrare nelle scelte – anche regolatorie – la responsabilità nei confronti delle future generazioni e la sostenibilità dello sviluppo. Ecco quindi che la sfida di fondo, pur assumendo nuove sfumature e connotati, resta quella che Occhiocupo sintetizzava già nel 1988 con riferimento ad altre forme di innovazione: «è indispensabile cercare principi regolatori diretti non certo a limitare il progresso della scienza, bene fondamentale da salvaguardare, ma a far in modo che la scienza e la tecnica siano finalizzate a migliorare la vita della persona umana»¹³⁸; un miglioramento della persona che, oggi più che mai, non possiamo leggere disgiuntamente né dalla dimensione sociale dell'individuo, quindi dal suo rapporto relazionale con l'altro e persino con le generazioni che verranno, né dal suo collocarsi all'interno dell'ecosistema e dell'ambiente in cui siamo chiamati a vivere.

¹³⁶ Un rischio, questo, già sopra richiamato e da più parti rilevato; *ex multis* M.C. MANCINI, F. ANTONIOLI, *The future of cultured meat between sustainability expectations and socio-economics challenges*, cit.; C.R. SOCCOL, C.F. MAIOLINO MOLENTO, G. GLUFKE REIS, S.G. KARP (eds.), *Cultivated meat*, cit.

¹³⁷ Per usare la nota ed efficace espressione di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2013.

¹³⁸ N. OCCHIOCUPO, *Costituzione italiana e "raccomandazioni" di organismi europei per una disciplina normativa della c.d. ingegneria genetica*, in *Diritto e Società*, 3, 1988, 501.

L'incontro tra la biopolitica e il diritto costituzionale

Laura Buffoni*

THE ENCOUNTER BETWEEN BIOPOLITICS AND CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT: The article analyses the relationship between biopolitics and constitutional law. From the point of view of constitutional theory, the microphysics of power is full of conceptions of law and, specifically, of sovereignty, law, constitutions and the subject. It reaches biopower starting from war, moving through dominations, and ending with the governmentality of the population. But in the meantime constructs and overturns a doctrine of the State. From the perspective positive law, the point is to measure the constitutional text with the categories of biopolitical thought, such as government, the disciplinary normation and the normalization of the security and the population.

KEYWORDS: Biopolitics; constitutional theory; sovereignty; governmentality; population

ABSTRACT: Il lavoro indaga la relazione tra la biopolitica e il diritto costituzionale. Dal punto di vista della teoria costituzionale, la microfisica del potere è piena di concezioni del diritto e, più specificatamente, della sovranità, della legge, delle costituzioni e del soggetto. Giunge al biopotere partendo dalla guerra, passando per le dominazioni, fino ad arrivare al governo della popolazione. Ma nel frattempo costruisce, rovesciandola, una dottrina dello Stato. Dal punto di vista del diritto positivo, il punto è misurare il testo costituzionale con le categorie del pensiero biopolitico, quali il governo, la norma della disciplina e della sicurezza e la popolazione.

PAROLE CHIAVE: Biopolitica; teoria costituzionale; sovranità; governamentalità; popolazione

SOMMARIO: 1. La contaminazione – 2. Il metodo del contro-sapere – 3. L'essere e il dover essere del diritto – 4. La sovranità e la governamentalità – 5. La legge e l'interdizione – 5.1. La norma della disciplina e della sicurezza – 6. Le costituzioni e la Rivoluzione – 7. La libertà e il potere – 8. Lo stato di natura e lo stato civile – 9. Il popolo, l'uomo economico e la popolazione – 10. Biopolitica apocrifa.

* *Professore associato di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Sassari. Mail: labuffoni@uniss.it. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del Convegno, *Biopolitica e diritto. Un binomio impossibile?*, organizzato dal Prof. Giuseppe Tropea, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, 1 marzo 2024, con interventi dei Proff. Guido Corso, Fulvio Cortese, Luigi Garofolo e Olimpia Malatesta. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*



1. La contaminazione

È metodologicamente diffusa nel diritto costituzionale e, più estesamente, nel diritto pubblico l'interpretazione delle proprie categorie fondative e dei propri elementi primi, quali sovranità, governo, legge, popolo e libertà, attingendo alla biopolitica e in particolare al pensiero critico di Foucault. In questo scritto, si indaga se la contaminazione tra il diritto e ciò che programmaticamente è un sapere anti-giuridico o a-giuridico sia una opzione metodologica teoricamente e dogmaticamente fondata.

In linea generale, le discipline non esistono in natura ma sono l'insieme di costrizioni e costruzioni artificiali. Il disciplinamento dei saperi presuppone che il sapere e la verità appartengano al registro dell'ordine e della classificazione dei saperi. Ma perciò stesso implica la normalizzazione e l'omogeneizzazione dei saperi e, quindi, tanto la loro gerarchizzazione quanto la loro intercambiabilità e comunicabilità.

Dal punto di vista specifico della teoria costituzionale, la microfisica del potere è piena di concezioni del diritto e della costituzione dello stato, seppure ne sia il contro-sapere. Ma per il giurista positivo l'apertura della scienza del diritto in generale e di quella del diritto costituzionale in particolare all'altro' sconta una questione ulteriore. Le categorie di sovranità, legge e così via sono diritto positivo perché sono scritte nel testo costituzionale. Quindi, il costituzionalista deve selezionare, tra le teorie e le storie degli istituti giuridici, quelle che dogmaticamente hanno conseguenze normative, ovvero che consentono di trarre norme dalle disposizioni vigenti, che sono il vincolo, appunto, dogmatico. Dal punto di vista del diritto positivo, il punto è allora verificare se le categorie del pensiero biopolitico siano compatibili con le norme ricavabili dalla Costituzione positiva. Va da sé che, in ogni caso, quel pensiero resta un potente strumento di intelligibilità, diagnosi e critica del reale.

2. Il metodo del contro-sapere

«Nelle società occidentali, sin dal medioevo, l'elaborazione del pensiero giuridico si è fatta essenzialmente intorno al potere reale. Il diritto in Occidente è un diritto commissionato dal re [...] E il potere reale viene affrontato in due modi. O per mostrare in quale armatura giuridica esso veniva investito [...] O per mostrare, al contrario, come bisognava limitare il potere del sovrano [...] all'interno di quali limiti doveva esercitarsi per conservare la sua legittimità [...]. Ho dunque cercato di fare il contrario, di far valere cioè, tanto nel suo segreto quanto nella sua brutalità, la dominazione, e di mostrare, a partire di qui, non soltanto come il diritto sia, in linea di massima, lo strumento della dominazione il che va da sé ma anche come, fin dove e sotto che forma, il diritto trasmette e mette in opera rapporti che non sono rapporti di sovranità, ma di dominazione. [...] Dunque, il problema per me è di mettere in cortocircuito, o di evitare, la questione, centrale per il diritto, della sovranità e dell'obbedienza degli individui ad essa sotto-messi, per far apparire, al posto della sovranità e dell'obbedienza, il problema della dominazione e dell'assoggettamento»¹

Il diritto è una forma che occulta, dissolve e mistifica i rapporti di forza, la cui matrice reale è la guerra che permane nella struttura binaria che attraversa tutta la società, dove ci sono sempre due parti, due gruppi, due categorie di individui, i potenti e gli impotenti, gli ingiusti e i giusti, «un'aristocrazia e una

¹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France (1975-1976)* (1997), Milano, 1998, 30-31.



massa di popolo»². Il diritto vive da sempre attorno al re, lo costituisce e lo limita, ma è sempre diritto determinato dal re: è sempre strumento al servizio del potere, quindi è vuoto. È discorso giuridico quello del contratto sociale che costituisce il potere e che ha nello scambio dei beni, quindi nell'economico, il suo modello formale: quando scambia diritti fonda la sovranità, quando scambia prodotti fonda un corpo sociale che è economico³. Questo discorso dice che il potere politico comincia quando cessa la guerra. Non è un discorso vero.

Tutto al contrario, «la guerra non è mai scongiurata perché ha presieduto alla nascita degli stati. Ma la guerra qui è reale e non ideale. Non si tratta di una selvatichezza teorica. La legge non nasce dalla natura, presso le sorgenti dei pastori. Ma nasce da battaglie reali»⁴. La guerra non è la sospensione o l'interruzione del diritto, la sua rottura, ma lo copre interamente⁵: come schema di intelligibilità, sostituisce il reale al fittizio⁶.

Il discorso di disvelamento del discorso filosofico-giuridico, falso, deve essere metodologicamente storico-politico. Il contro-sapere è il sapere della storia. È piuttosto una controstoria, che fa emergere la parte dell'ombra, scava sotto la superficie del diritto, demistifica e decostruisce e così trova il potere. È un sapere antiggiuridico e antinaturale: combatte sia il selvaggio teorico-giuridico, «uscito dalle foreste per stipulare il contratto e fondare la società», sia il selvaggio economico, «votato allo scambio e al baratto»⁷. È stato il sapere che la nobiltà francese del XVII e XVIII secolo ha tentato di «conficcare tra il sapere del sovrano e le conoscenze dell'amministrazione, per poter disgiungere la volontà assoluta del sovrano dall'assoluta docilità della sua amministrazione»⁸. È stato uno strumento di lotta all'assolutismo in nome della disgiunzione del sapere-potere amministrativo, ereditato e riorientato, ad esempio, dal discorso rivoluzionario degli inizi di Marat⁹. Quel sapere non pone, al modo del diritto pubblico, un problema di legittimità di quel diritto, ma pone «un problema di tipo economico-politico», ovvero i motivi della vittoria e della disfatta, le cause della grandezza e della decadenza¹⁰. Non è un sapere che giudica il potere in termini di bene o di male, secondo un modello ideale di una ragione o di una legge: pone piuttosto la questione del potere in termini di «esistenza». È un sapere «barbaro»¹¹

² *Ivi*, 137.

³ *Ivi*, 168.

⁴ *Ivi*, 49.

⁵ *Ivi*, 136.

⁶ È esattamente la guerra moderna che perde la continuità con il diritto e recupera quella con la politica, laddove la guerra medievale si poneva dentro il mondo del diritto, privato e, quindi, per ciò stesso pubblico, della controversia e della sua risoluzione: M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)* (2004), Milano, 2010, 218-219.

⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 168.

⁸ *Ivi*, 118.

⁹ Va da sé, però, che lo storicismo degli aristocratici non poteva essere il sapere della Rivoluzione, perché il Terzo Stato non aveva una storia e una costituzione da ricostituire: il suo sapere sarà quello della filosofia e del diritto con il ricorso al diritto naturale e al contratto sociale. Quindi, il roussovismo della borghesia del XVIII secolo e il diritto rivoluzionario, per Foucault, paiono essere dalla parte della finzione: *ivi*, 180-181.

¹⁰ *Ivi*, 129.

¹¹ Il barbaro per Foucault è l'avversario del selvaggio: il barbaro è estraneo alla civiltà, è vettore di dominazione e conquiste e autore di saccheggi; il selvaggio è l'uomo della reciprocità, dello scambio di diritti e beni e della natura. Si comprende, scrive Foucault, perché «nel pensiero giuridico-antropologico e nelle utopie bucoliche americane» il selvaggio è buono e il barbaro conquistatore è cattivo: *ivi*, 169.

che mostra ciò che il potere e, in particolare, la *forma* di legge ha occultato, il fatto di essere nata «nella casualità e nell'ingiustizia delle battaglie»¹². Usa lo schema dominazione-repressione nel quale l'opposizione pertinente non è quella fra esercizio legittimo ed illegittimo del potere ma tra lotta e sottomissione. Pone i meccanismi di potere nel campo dei rapporti di forza e dei complessi di forze. Evita gli universali antropologici e giuridici, gli *a priori* e muove dal contingente, dal particolare storico, dal singolare, ma senza indurre il generale. Non fa storia delle idee ma storia degli accadimenti, degli avvenimenti: delinea una genealogia della evenemenzialità.

Nel passaggio dalla guerra e dalla dominazione al governo, e con esso alla biopolitica, come matrice delle relazioni di potere, Foucault dirà che il suo «metodo di decifrazione» è «l'analisi dei micropoteri, o delle procedure della governamentalità»¹³. Sostituisce al modello giuridico di analisi del potere un modello strategico, che guarda alla «governabilità» come campo strategico di relazioni di potere «mobile, trasformabile, reversibile»¹⁴. Il fine resta, però, sempre liberare l'elemento politico da quello giuridico, dalla «forma del diritto»¹⁵. L'analisi deve essere microfisica e non macrofisica, ascendente e non discendente, perché il potere «preesiste allo Stato e continua ad esistere anche al di fuori dello Stato»¹⁶, tanto che ciò che importa è l'estremità del potere, quella «sempre meno giuridica del suo esercizio»¹⁷.

Detta così, non parrebbe possibile discutere giuridicamente di ciò che non è giuridico. È un pensiero che guarda alla normalità sociale, al reale, alla forza, all'economico e non alla normatività e alla validità. Mira a demistificare la menzogna pacificante del contratto sociale e delle teorie democratiche perché il potere è sempre, fisiologicamente, repressione, dominazione ed abuso e la realtà è sempre polemica: non ha, quindi, senso distinguere tra esercizio legittimo ed illegittimo del potere e tra le diverse forme di stato. Non gli interessa il fondamento di validità del potere ma come si esercita effettivamente. Gli interessano ancora meno i «modi» in cui il diritto costituisce e regola il potere. Sembra insomma un discorso muto per il diritto. Sembra fondato il giudizio diffuso del suo anti-giuridicismo radicale o addirittura del suo a-giuridicismo o, come soglia minima, della sua svalutazione del diritto. Al più include il governo, l'amministrazione, l'economia, ma non la Legge. Sembra partecipe di un «affetto antimoderno»¹⁸ in quanto pensiero critico della ragione e dello Stato, che della ragione moderna è il più perfetto e calcolato prodotto. Sembra ancora di più irrelato allo Stato costituzionale di diritto e alle sue categorie, concettuali e dogmatiche. La giuridicizzazione della risoluzione delle controversie costituzionali e, quindi, la loro neutralizzazione non può, infatti, apparire a Foucault la soluzione dello scontro. È piuttosto l'occultamento della sostanza del conflitto: e la lotta va disvelata e non risolta per mezzo del diritto, appellandosi al re o, dalla parte opposta delle barricate, al popolo.

¹² *Ivi*, 67.

¹³ Pone in questi termini la questione di metodo M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 154.

¹⁴ Ripone la questione metodologica in M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981-1982)* (2001), Milano, 2011, 222, ove, però, discorre di governabilità e non di governamentalità.

¹⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1* (1976), Milano, 2013, 79.

¹⁶ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino, 1977, 181.

¹⁷ *Ivi*, 183.

¹⁸ L'espressione è mutuata da L. CEPPEA, *L'affetto antimoderno di Michel Foucault*, in *Id.*, *Il diritto della modernità. Saggi habermasiani*, Torino, 2009, 239.

Le cose, però, sono più complicate. La sua analitica del potere, una microfisica, una micromeccanica concreta dei meccanismi infinitesimali del potere e non una teoria, seppure *ex professo* non giuridica, è intrisa inaspettatamente di diritto e di concezioni del diritto e, più specificatamente, della sovranità, della legge, delle costituzioni, della libertà e del soggetto di diritto.

È vero che la sovranità, la legge/costituzione e il soggetto sono sempre l'“altro”, il non-modello, della analitica del bio-potere, ciò che si deve rovesciare, invertire o evitare per non restare catturati dalla loro mistificazione dei rapporti reali di dominazione. Dice che

«in luogo del triplice preliminare della legge, dell'unità [della sovranità] e del soggetto – che fa della sovranità la fonte del potere e il fondamento delle istituzioni – sia necessario assumere il triplice punto di vista delle tecniche, dell'eterogeneità delle tecniche e dei loro effetti di assoggettamento, che fanno dei procedimenti di dominazione la trama effettiva delle relazioni di potere e dei grandi apparati di potere. Il tema può essere enunciato così: “si tratta di analizzare la fabbricazione dei soggetti piuttosto che la genesi del sovrano”»¹⁹.

Ma proprio il rovesciamento del giuridico o la sua esclusione esplicita finiscono per metterlo sempre in questione, come ogni contro-storia implica sempre la storia, ogni contro-condotta la condotta. È un in-contro in senso etimologico. È l'esclusione includente o l'inclusione esclusiva. Giunge al bio-potere partendo dalla guerra, passando per le dominazioni, fino ad arrivare al governo. Ma nel frattempo costruisce, decostruendo, una vera e propria dottrina dello Stato.

Insomma, più che occultare e stare fuori dal diritto (pubblico), il metodo di Foucault sta «sulle frontiere»²⁰, né dentro, né fuori, e per questo dice qualcosa al costituzionalista che vi attinge.

Non sempre, però, ciò che dice è utile al giurista positivo perché non ha conseguenze normative: non sempre consente di ricavare norme dalle disposizioni costituzionali vigenti. In ogni caso, consente di stabilire ciò che non è vero per il diritto costituzionale vigente e, quindi, ciò che, in quanto parziale, è anche teoricamente invalido.

3. L'essere e il dover essere del diritto

Dalle proposizioni generali di metodo è possibile, innanzitutto, dedurre quale concetto di diritto è presupposto dalla (o compatibile con la) analisi biopolitica, se solo questa si occupasse di diritto.

Nella grande divisione delle teorie del concetto di diritto, sta dalla parte dell'effettività più che della validità del diritto, dell'esperienza giuridica più che della norma, della realtà più che dell'idea, della positività più che della trascendentalità, della materia più che dell'astrazione, della vita più che della forma, della singolarità e dell'eccezionalità più che della universalità, dell'accidente più che del programma. Vi convergono molti indizi, quasi dei “segnavia”. Nel progetto filosofico biopolitico, uno dei principi metodologici è l'analisi delle «pratiche» di vita, degli «stili», dei «gesti», di ciò che «si faceva», per comprendere la costituzione correlativa del soggetto e dell'oggetto²¹. In un discorso in memoria del

¹⁹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 45.

²⁰ M. FOUCAULT, *Che cos'è l'Illuminismo?*, in Id., *Antologia. L'impazienza della libertà*, Milano, 2008, 229.

²¹ M. FLORENCE (i.e. M. FOUCAULT), *Foucault, ivi*, 4.

maestro Hyppolite, Foucault conclude che «se grigia è la teoria, verde è l'albero della vita»²². L'ordine, il sistema, la forma, uccidono la vita. Più da vicino, se la *forma* di legge appare l'occultamento della *vita* del potere e ciò che importa è l'«economia» generale del potere, la concezione normativista del diritto è lontana e quella realista, casistica, più vicina. La vita, vera, sopravanza, la forma, falsa. Rinvia ad un positivismo materialistico del diritto la sua spiegazione dal basso: «all'origine della storia e del diritto si farà valere una serie di fatti bruti (vigore fisico, forza, carattere)»²³. Alla base, ci sono i corpi, i «casi», «un'irrazionalità bruta e nuda, ma in cui si manifesta la verità». Quello che sta sopra è «una razionalità fragile, transitoria, sempre compromessa e legata all'illusione e alla malvagità»²⁴. È un progetto opposto al tentativo, illuminista, del diritto di individuare, dietro la brutalità visibile dei corpi e delle passioni, una razionalità fondamentale, permanente, legata in modo essenziale al giusto, al vero e al bene. Non c'è un progetto razionale da realizzare ma solo una natura matrigna. Nella grande contesa sulla relazione tra potere e diritto, sta dalla parte della linea di pensiero del potere che fonda il diritto e non del potere che lo presuppone, salvo poi ritenere il fondato un occultamento della sua fondazione. Si avvicina, invece, all'ontologia sociale l'idea che la legge «è un interdetto, è la formulazione di un'interdizione, e quindi è una realtà, una realtà istituzionale» e l'allusione alla teoria degli *speech acts* di Austin e Searle²⁵. L'interesse per la filosofia analitica anglosassone (e per la filosofia pragmatica di Wittgenstein)²⁶ deriva dal fatto che «non si propone di riflettere sull'essere del linguaggio o sulla struttura profonda della lingua; riflette sull'uso quotidiano nei diversi tipi di discorso». Fa «analisi critica del pensiero a partire dal modo in cui vengono dette le cose»²⁷. È coerente la relazione che Foucault pone tra critica e Illuminismo, che è «l'orizzonte e non solo il bersaglio della critica»²⁸: da Kant in poi la filosofia ha l'obiettivo di impedire alla ragione, divenuta maggiorenne, di oltrepassare i limiti di ciò che si dà nell'esperienza. È pragmatica, nell'ermeneutica del soggetto, la critica alla cura di sé come principio universale, «forma della legge», a favore della sua dipendenza dalla pratica, dai «modi di vivere»²⁹.

La concezione esperienziale del diritto sottesa alla bio-politica non significa, però, la sua naturalizzazione e ancora meno la sua biologicizzazione. Se del diritto è predicabile una natura, questa è una 'seconda natura'. Foucault non accoglie la nozione di istituzione, perché «dal momento in cui si parla di istituzione, si parla in realtà di individui e insieme di collettività, presupponendo come già dati l'individuo, la collettività e le regole che governano entrambi. Diventa facile, di conseguenza, far precipitare qui tutta una serie di discorsi di tipo psicologico o sociologico»³⁰. Così come è vero che sostituisce alle regolarità istituzionali espressioni ellittiche quali «disposizioni di potere», «correlazioni», «reti», «correnti», «scambi», «punti di appoggio», «differenze di potenziale», «che caratterizzano una forma

²² M. FOUCAULT, *Jean Hyppolite. 1907-1968*, in *Id.*, *Il discorso, la storia, la verità. Interventi 1969-1984*, Torino, 2001, 10.

²³ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 232 e, già, 52.

²⁴ *Ivi*, 52-53.

²⁵ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)* (2004), Milano, 2005, 208.

²⁶ *Ivi*, 202.

²⁷ M. FOUCAULT, *La filosofia analitica della politica*, in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste. 3. 1978-1985. Estetica dell'esistenza, etica, politica*, Milano, 1998, 104.

²⁸ C. GALLI, *Forme della critica. Saggi di filosofia politica*, Bologna, 2020, 48.

²⁹ M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto*, cit., 97-98.

³⁰ M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)*, Milano, 2004, 27.

di potere, e che credo siano appunto gli elementi costitutivi al contempo dell'individuo e della collettività»³¹. Ma resta che la critica all'istituzione, fondata o meno che sia, è tutt'uno con la rivendicazione del suo carattere artificiale che solo consente agli uomini di evitare il condizionamento della natura e della tradizione.

Ne è conferma la distanza siderale tra l'innatismo radicale (o materialismo naturalistico) di Noam Chomsky e il pensiero critico (o materialismo storico, in senso ampio) di Foucault, tra l'invariante biologico e la convenzionalità della biopolitica³². La vita cui rinvia *bios* è, infatti, una "forma" di vita qualificata, inventata, che incontra il *logos* e implica un modo di vivere, il benessere e non solo l'essere, la nuda vita, che è, invece, *zoè*. La vita della biopolitica, che si estende dall'organico al biologico, dall'anatomo-politica del corpo umano, individualizzante, alla biopolitica della popolazione, massificante, è artificio e non natura: nel primo caso il corpo è preso in carico in quanto «macchina», nel secondo il corpo-specie è attraversato dalla «meccanica del vivente»³³.

Può, però, sollevarsi il dubbio che, seppure in prospettiva antibiologicista, Foucault finisca per accedere, nella critica alla normatività trascendentale propria della sovranità e della legge, all'idea di una norma immanente alla vita come *physis*, alla normatività della natura e, quindi, alla naturalità della norma, con «un *nomos* che è *bios*»³⁴. Ma così, nell'immanenza della biopolitica, proprio come nel cognitivismo neurobiologico, non c'è posto per la possibilità, per la simbolicità della cultura, per la "politica".

Per capire se sia così, passiamo dalla teoria generale del diritto alla dottrina dello Stato e, poi, della Costituzione.

4. La sovranità e la governamentalità

«Il sovrano, la legge, l'interdizione, tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto: la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano [...] Ciò di cui abbiamo bisogno è una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione. Bisogna tagliare la testa del re: non lo si è ancora fatto nella teoria politica»³⁵

Foucault non destruttura o decostruisce la sovranità dello Stato, non mette in questione l'equazione diritto=sovranità e non ne sostiene l'inconsistenza. Gioca ad un altro gioco.

La sovranità come categoria giuridica, a partire dal medioevo e precisamente dalla riattivazione del diritto romano, è irrealtà e astrattismo contro i rapporti effettivi di dominazione e di assoggettamento che fabbricano i soggetti. È un fattore di mistificazione, che occulta l'intelligibilità delle effettive tecnologie di assoggettamento, che legittima e convalida l'esercizio del potere e che va rimosso per far emergere il «movimento indefinito – e indefinitamente storico – dei rapporti di dominazione degli uni

³¹ *Ibidem*.

³² N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *Della natura umana. Invariante biologico e potere politico* (1994), Roma, 2008.

³³ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 123.

³⁴ Come ne dubita L. BAZZICALUPO, *Dalla natura all'artificio e ritorno. Un breve circuito a proposito di norma*, in A. CATANIA, F. MANCUSO (a cura di), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Milano-Udine, 2011, 11 ss. e spec. 19.

³⁵ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., 15. L'argomento ricorre in Id., *La volontà di sapere*, cit., 79.

sugli altri», come fece il contro-discorso storico-politico dei *Levellers* inglesi³⁶ e degli storici aristocratici francesi del XVII secolo contro il sapere della monarchia e della ‘sua’ amministrazione³⁷. La soluzione è far emergere i rapporti di dominazione e non l’origine della sovranità: occorre «mettere in circuito»³⁸, evitare la questione della sovranità, il fondamento di legittimità di quei rapporti, e «far funzionare i rapporti di potere nella loro molteplicità e non farli derivare dall’unità statale della sovranità»³⁹. Ma proprio per questo lascia intatta la sovranità. Anzi, accoglie una specifica teoria giuridica della sovranità, una teoria tattica e strategica per argomentare la necessità della fuoriuscita dalla sovranità e dal diritto. Così, però, taglia la testa non solo al re ma anche al popolo.

La sovranità per Foucault denota la relazione comando-obbedienza, «i diritti legittimi della sovranità» e «l’obbligazione legale all’obbedienza»⁴⁰. Alle volte si ha l’impressione che denoti il potere, la *maiestas* del diritto romano e poco di più. È, comunque, vicina, per intenderci, ad Austin. Dà l’idea di presupporre che l’effettività fonda la validità, che il potere preceda il diritto o che il diritto sia potere. Attribuisce la paternità di quella concezione a Hobbes, letto più dall’alto, nel binomio minaccia-paura o protezione-sicurezza, che non dal basso, dal lato dell’autorizzazione e del riconoscimento da parte del popolo della persona sovrano-rappresentativa. Non mette in dubbio che in Hobbes vi sia contenuto il dna non solo della monarchia assoluta ma anche del moderno Stato rappresentativo di diritto, che vivrà nelle esperienze politiche antiassolutistiche della Rivoluzione francese, delle rivoluzioni borghesi dell’Ottocento e delle democrazie. Ma è, appunto, una sovranità che accomuna il Re all’Assemblea nazionale, che è sempre un Re⁴¹. La sua cifra è l’illimitatezza: la sovranità o è illimitata o non è. Non ha senso prevedere meccanismi di neutralizzazione o di auto-limitazione. Quindi, la democratizzazione della sovranità non muta i termini della questione. Solo se la si elimina con la guerra o con il pensiero, come ha già fatto Kelsen, la si può destituire e con essa disarmare la forza. In questo modo si potrà vedere quanto la democrazia sia paradossale.

Ma è, questa, una teoria della sovranità che, in disparte la correttezza o meno della lettura della persona sovrana in Hobbes, sta e cade con l’idea che la sovranità è “per natura” illimitata e misteriosa. Questa è un po’ l’idea schmittiana⁴² che (il potere costituente e) la sovranità è illimitata e abissale e

³⁶ I *Levellers* traducono, infatti, la relazione tra il diritto normanno, assoluto, e il diritto sassone, quello della *Magna Charta*, del Parlamento e della pratica dei tribunali, più antico e liberale, come una relazione di conquista e, quindi, come un discorso etnico, razziale, che propugna il ritorno alle leggi sassoni come leggi di natura: M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 95.

³⁷ Qui la critica aristocratica, contro l’assolutismo del monarca, fa valere le presunte libertà fondamentali del popolo germanico o franco, un diritto quasi costituzionale e, contro il Terzo Stato, fa valere i diritti illimitati che discendono dall’invasione germanica: *ivi*, 97 e 126.

³⁸ *Ivi*, 31.

³⁹ *Ivi*, 45.

⁴⁰ *Ivi*, 28.

⁴¹ Nel discorso storico, che Foucault rivaluta, la Rivoluzione francese è, infatti, il compimento tragico ma politicamente vero della monarchia: «la convenzione nazionale rappresenta la verità della monarchia disvelata» e la sovranità sottratta dai re alla nobiltà è «nelle mani di un popolo che sembra essere l’erede legittimo del re. È il popolo sovrano» (*ivi*, 201).

⁴² Ma Foucault cita Schmitt a proposito della governamentalità come razionalità immanente ai micropoteri, una «generalità singolare» che non ha realtà che non sia evenemenziale: manipolando Schmitt scrive che «niente è politico, tutto è politicizzabile, tutto può diventare politico. La politica non è niente di più e niente di meno di ciò

come tale è irrelata alla competenza della competenza che è sempre costituita. È vero che ciò porta solo Schmitt, e non Foucault, a escludere l'identificazione tra sovranità e potere legislativo supremo ed a identificare la sovranità con «la superiorità dell'esistente sulla normazione»⁴³. Ma in entrambi la sovranità, messa a nudo, è, dentro la giuridicità, esistenza più che normatività.

In ogni caso, non è una dottrina vera per la sovranità di uno Stato popolare. Più precisamente, non è vera dogmaticamente perché non permette di spiegare il diritto positivo che, all'opposto, la contraddice perché iscrive la sovranità nel diritto costituito: è, cioè, arbitraria. Ma se non include il diritto positivo non è neppure valida teoricamente: lo sarebbe, infatti, solo se includesse e spiegasse tutte le ipotesi.

Nella Costituzione italiana la sovranità è in "forma" dentro il diritto, contro la sua infondatezza, eccedenza e trascendenza politica o, al contrario, contro la sua fattualità bruta. L'art. 1 attribuisce la «sovranità» al popolo posto dentro la Costituzione e presupposto prima della Costituzione. E quel popolo sovrano agisce rappresentativamente, «nelle forme e nei limiti della Costituzione», accettando la regola della legge come deliberazione parlamentare e non popolare. Si potrebbe obiettare che l'art. 1, che accosta la sovranità ai limiti e alla forma, è un non senso, perché la sovranità è illimitata e se la si limita non è più tale, quindi, il popolo rappresentato non è sovrano. Ma così si ragionerebbe, come Foucault, al contrario. Proprio perché l'art. 1 dispone una sovranità limitata, esclude che la sovranità sia potere illimitato e illimitabile, informe e abissale e fonda l'idea della sovranità costituita dal diritto e non della sovranità che costituisce il diritto, dal che se ne trae che non è il sovrano che fa la legge, bensì è la legge che fa il sovrano. Lo stesso discorso può farsi per la distinta categoria, teorica e dogmatica, della sovranità dello Stato quale ordine delle competenze statali presupposto dagli artt. 7 e 11 della Costituzione. Il primo presuppone che vi siano almeno due ordini indipendenti e sovrani, quindi, esclude che la sovranità sia una e illimitata; nel secondo la sovranità dello Stato coesiste con la pari sovranità degli altri Stati e consente espressamente proprie «limitazioni».

La medesima operazione la si può compiere sulla categoria della "governamentalità", criticamente coestensiva al campo semantico del governo, che all'unità, verticalità, linearità, intenzionalità e concettualità del potere sovrano oppone la diagonalità, la molteplicità, la disseminazione, l'empiricità e l'impersonalità degli effetti e delle tecniche di potere e che «attua strategie senza strategi»⁴⁴. Quando Foucault passa, nel disvelamento del reale e dello sfruttamento, dalla guerra al governo vuol dire che la relazione specifica del potere non deve essere più ricercata né dal lato della lotta né del legame volontario «ma piuttosto nell'area di quel singolare modo di azione, né bellico, né giuridico, che è il governo»⁴⁵. Va interrogato il problema dello Stato a partire dalle pratiche della governamentalità per decostruirla dal basso e sottrarre gli individui alla normalità del biopotere normalizzante. Quindi, la nozione di governo si sostituisce a quella di dominazione: i rapporti di forza non sono più, di per sé stessi, rapporti di guerra, ma di governo.

che nasce con la resistenza alla governamentalità, la prima sollevazione, il primo fronteggiarsi» (M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 291).

⁴³ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 151.

⁴⁴ Rende così la prospettiva desoggettivante, seppure intenzionale, del potere di Foucault C. PUNZI, *Democrazia come paradosso. Luhmann Foucault Canetti: sentieri convergenti*, Lecce, 2011, 22 e 152.

⁴⁵ M. FOUCAULT, *Il soggetto e il potere*, in H.L. DREYFUS, P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Firenze, 1989, 249.

Il governo di Foucault non è l'istituzione Governo, ma è la guida, con strumenti statuali, delle condotte degli uomini, meglio delle possibilità di azione, è "condotta delle condotte", è governo dell'ambiente in cui la popolazione vive. È «tecnica generale di governo degli uomini» che costituisce il «rovescio delle strutture giuridiche e politiche della rappresentanza, e la condizione di funzionamento di quegli apparati»⁴⁶. Nella storia della governamentalità Foucault non ha studiato la pratica reale di governo, ma l'arte di governare in luogo dei principi generali di diritto pubblico e, tra tutti, della rappresentanza politica. Si tratta di una tecnica il cui dispositivo tipo è, prima, la disciplina del corpo individuo e, poi, la sicurezza della popolazione.

Il governo è il governo sulle cose, l'amministrazione, l'economia delle anime e dei corpi, il domestico, l'immanenza: è l'anti-sovrano, il non giuridico, il non rappresentativo. È un potere «materialista» che tratta «cose reali, come il corpo e la vita»⁴⁷. Vi è contiguità tra il governo della famiglia e dello Stato, tra la legge della casa e quella della città. Il governo attinge al modello pastorale ebraico e cristiano, fondato sulla sottomissione e sull'obbedienza ad un individuo: la legge è individualizzata e gli uomini sono un gregge, una "moltitudine". La sovranità, invece, attinge al modello greco del rispetto della legge generale, ove gli uomini/cittadini costituiscono una comunità politica, un "popolo" e pone una netta discontinuità tra l'*dikos* e la *pòlis*. La ragione di stato del governo è conservazione e gestione, più che fondazione e trascendenza, che pertengono al paradigma della sovranità. Nel governo non interessa, infatti, l'origine e il compimento, come nella sovranità, ma la permanenza, la derivazione e la ripetizione: è il tempo della pace perpetua e non quello della pienezza dei tempi o del giorno del giudizio. La misura di quello è, con l'utilitarismo, il successo o il fallimento dell'azione e non la sua legittimità o illegittimità; il fine è la convenienza e non il bene comune. Non nasce dalla critica dei giuristi alla ragione di stato. Questa è tutta interna alla concezione del diritto ed è protesa alla limitazione dall'esterno del potere monarchico attingendo alle leggi fondamentali del regno, che precedono lo Stato poiché lo costituiscono: qui il diritto pubblico è diritto di opposizione⁴⁸. La «ragione di governo critica»⁴⁹, invece, nasce, nel XVIII secolo, dall'economia politica quale limite interno, di fatto e non di diritto, alla ragione di stato, con uno spostamento dalla veridizione giuridica alla veridizione epistemica. Il governo, con i diritti dei governati al posto dei diritti dell'uomo, è una limitazione del potere pubblico diverso dallo sbocco rivoluzionario che fonda il potere: la pratica di governo definisce in termini di utilità il limite di competenza del governo e la sfera di indipendenza degli individui. Il governo assume il senso stretto di arte di esercitare il potere nella forma dell'economia, da cui deriva la definizione del liberalismo come un'arte di governo. L'economia politica comporta, infatti, l'esigenza di un'autolimitazione della ragione di governo che è fondata non sull'artificialismo della governamentalità di polizia e della ragion di stato, ma sulla conoscenza delle regolarità e del corso naturale delle cose.

Bisogna intendersi su questa naturalità del governo. È una naturalità dei meccanismi e non del cosmo, è una naturalità della società, è la naturalità specifica dell'esistenza in comune degli uomini e non la naturalità dei diritti naturali anteriori all'esercizio della governamentalità. Ma proprio la società come

⁴⁶ M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1875)* (1999), Milano, 2000, 52.

⁴⁷ M. FOUCAULT, *Le maglie del potere*, in ID., *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, cit., 164-165.

⁴⁸ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 20-21.

⁴⁹ *Ivi*, 24.

campo specifico di naturalità dell'uomo farà apparire la società civile come interfaccia dello Stato: né prodotto dello Stato né naturalità dell'uomo ma prodotto delle tecniche di governamentalità. Lo Stato non si occupa della natura primitiva di sudditi sottomessi indefinitamente a una volontà sovrana, ma prende in carico la gestione di una società civile, che poi sarà nazione e quindi popolazione⁵⁰. Alla fine, il liberalismo costituisce la condizione di intelligibilità della biopolitica, la forma di razionalità propria dei dispositivi di regolazione biopolitica, ove i soggetti di diritto sui quali si esercita la sovranità politica appaiono a loro volta come «una popolazione che un governo deve gestire»⁵¹. Ma la questione del biopotere viene sempre eclissata dal governo, dal governo dei viventi, che è il punto di passaggio dall'analitica del potere all'etica del soggetto, al governo e alla cura di sé e degli altri.

Sovranità e governo, come in Rousseau, possono coesistere, ma sono due schemi di comprensione differenti e nella storia della modernità il secondo ha occupato la prima: lo Stato è una «peripezia», uno strumento della governamentalità e non il governo uno strumento dello Stato⁵².

L'esito è, dunque, uno spostamento. Il governo non designa più le tecniche attraverso cui il potere fa presa sugli individui, ma l'esercizio stesso della sovranità politica. È divenuto «la razionalizzazione della pratica di governo nell'esercizio della sovranità politica»⁵³. La governamentalità diventa la genealogia dello Stato moderno, ove la biopolitica è «una bioregolazione attraverso lo Stato»⁵⁴. La governamentalità, con la sua critica interna di natura economica, squalifica la ragione politica ancorata allo Stato e alla sua sovranità. Con estrema precisione, la governamentalità liberale, il liberalismo nella sua consistenza moderna, è «l'incompatibilità essenziale tra la molteplicità non totalizzabile, caratteristica dei soggetti di interesse, dei soggetti economici e l'unità totalizzante del sovrano giuridico»⁵⁵.

È complicato tradurre in categorie giuridiche ciò che nasce come via di fuga dal giuridico. Possiamo, però, dire che l'analisi della governamentalizzazione delle relazioni di potere in Foucault coglie una tendenza, un movimento, che, nato nella Monarchia, ha investito lo Stato popolare/rappresentativo e che, grossomodo, converge nella direzione di una sua de-democratizzazione o aristocratizzazione ed economicizzazione. Nella Monarchia l'amministrazione fa corpo con la volontà illimitata del re, ma il re «è indotto a fare corpo con la propria amministrazione, a essere unito a essa, attraverso il sapere che l'amministrazione gli ritrasmette, [...] dal basso verso l'alto». Ma così «l'amministrazione regna sul re grazie alla qualità e alla natura del sapere che gli impone»⁵⁶. E il meccanismo del sapere-potere, che è una declinazione del binomio teoria-prassi, non muta al cambiare delle forme di governo e di stato. Descrive abbastanza bene l'esistente. È un fatto perdurante la «preminenza», per adoperare pressappoco le parole di Foucault, di questo tipo di potere che chiamiamo governo su tutti gli altri, tra cui la sovranità e, con esso, dell'obbligazione di risultato e della validazione economica sulla legalità. È un fatto che l'amministrazione, da *poiesis*, opera, produzione, è divenuta *praxis*, azione politica e che è

⁵⁰ Sono le idee di 'governo' disseminate in molti dei corsi tenuti al *Collège de France* e qui 'ricostruite' secondo un ordine interno al nostro discorso: si è attinto soprattutto a M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 27 ss. e Id., *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 252 e 282 ss. e spec. 285.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 33.

⁵² M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 183.

⁵³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 14.

⁵⁴ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 216.

⁵⁵ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 32.

⁵⁶ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 113.

fine e norma di sé medesima e, come tale, ha in sé il proprio compimento, i propri fini, i propri limiti e le regole del proprio funzionamento.

In linea teorica, però, tutte quelle elencate sono buone ragioni per non rinunciare ad occuparsi della teoria della sovranità, per distinguere tra sovranità e sovranità e per non introdursi comodamente nelle fauci della ragione di governo. È come se il linguaggio biopolitico, tutto forgiato attorno alla governamentalità e, seppure più di rado, alla “governabilità” per svelare l’essere del potere, ne abbia alla fine ipotecato il dover essere, penetrando nel diritto, fino a farsi, contro le sue intenzioni, legge. Insomma, a forza di dire che il diritto va visto non dal lato di «una legittimità da stabilire, ma da quello delle procedure di assoggettamento che mette in opera», quelle procedure hanno catturato il diritto⁵⁷. E, se la ragione di governo è ciò che Foucault dice di essere, se è assoggettamento diagonale, obliquo, per induzione più che governo diretto delle azioni, prescrizione, è evidente che è peggio della dominazione mascherata dalla sovranità, perché è più difficile smascherarla, combatterla, opporla. Ma allora la contromossa non è rimuovere la sovranità, bensì continuare lo sforzo, il cesello, del pensiero giuridico politico del XVIII secolo che si interroga sul modo, sulla forma, per passare dalla molteplicità degli individui e delle volontà ad una volontà, per individuare la persona sovrana e per costituire l’unità politica e, casomai, rimuovere la governabilità.

In linea dogmatica, il problema per il diritto vigente è se l’esistente è conforme al dover essere costituzionale e quale sia la relazione costituzionalmente imposta tra legalità e risultato, tra sovranità e governo.

Se si tenta una riduzione costituzionale del “governo”, ciò che nella Costituzione è governo, amministrazione, economia, non delibera, non rappresenta, ma esegue l’incarico con fedeltà, è governo di ciò che è dato, è scienza degli utensili e non sapere dei fini, è *poiesis*, produzione, che non ha in sé il suo scopo ma deve essere giustificata nel contesto dei fini che le sono assegnati. È in posizione servente e strumentale di ciò che deve essere. Il pubblico impiegato è – secondo la lettera dell’art. 98 della Costituzione italiana – al «servizio esclusivo della Nazione» nel preciso senso che è funzionario, «servitore». È coerente con l’art. 97, comma 2, con le riserve di legge e, più in generale, con il principio basilare della preferenza di legge, ovvero della non contrarietà dell’atto amministrativo alla legge. Ma è, altresì, coerente con il più intenso principio di legalità formale e sostanziale dell’amministrazione, ove lo si ritenga principio generale di rango costituzionale. Nel testo costituzionale, l’amministrazione non è una griglia di intelligibilità parallela o solo diversa dalla legge, che è atto di sovranità: le è subordinata, perché i ministri o i “magistrati” del popolo agiscono su commissione e non sovranamente. Per la Costituzione economica vale lo stesso: la legge del valore non si dà – non deve darsi – senza il valore di legge. Se di fatto avviene il contrario, se l’indirizzo politico comunitario – della città e non del Governo – non sta nella legge o nella fonte equi-valente ma nell’atto che dovrebbe servirla o se, comunque, la legge diviene strumento o esecuzione dell’amministrazione, significa che il fatto, l’essere, non è conforme al dover essere. L’effetto netto è la de-democratizzazione ovvero la aristocratizzazione del governo rappresentativo e popolare. Ma un effetto in qualche modo analogo, seppure meno potente, si produce anche laddove, a cascata, l’amministrazione si sottragga all’indirizzo politico generale del Governo: ne sono segno le autorità amministrative indipendenti, seppure costituite e regolate con legge.

⁵⁷ *Ivi*, 31.

Insomma, il dover essere costituzionale è leggibile più con Rousseau che con Foucault. È nel primo che l'economia "politica" dipende dal diritto pubblico, perché è economia generale, pubblica, è «governo» che (e)segue «come unica norma la ragione pubblica, che è la legge»⁵⁸. E in quanto governo è distinta dalla «sovranità», che è il potere di emanare le leggi⁵⁹ ed è ad essa sotto-ordinata, perché «la prima regola dell'economia pubblica è che l'amministrazione sia conforme alla legge»⁶⁰. Il legame è la volontà generale, «il primo principio dell'economia pubblica e la fondamentale norma di governo»⁶¹. Il secondo lascia intravedere ciò che dovrebbe essere attraverso la critica della governamentalità ma il suo non è un discorso ascrivibile al registro della normatività.

Non cambia la conclusione se si dice che la genealogia teologica della struttura della macchina governamentale manifesta che non vi è una sostanza del potere, ma solo un'economia, in quanto non sono gli effetti (il Governo) a dipendere dall'essere (dal Regno), ma l'essere consiste nei suoi effetti⁶². Se ciò può essere una feconda linea di studio per pensare filosoficamente il governo e la sua economia, almeno per ora, non è compatibile con il diritto costituzionale vigente, che subordina il Governo al Regno, l'azione all'essere, l'atto esecutivo, la "polizia", alla legge.

La Costituzione, insomma, non consente di sbarazzarsi della teoria dello Stato in nome della ragione di governo.

5. La legge e l'interdizione

Dal paradigma della sovranità e da quello del governo derivano dispositivi differenti e, nei termini del diritto costituzionale, fonti del diritto di qualità differente.

La sovranità si manifesta nel «rituale maestoso» della Legge che comanda il popolo. Il governo ricorre alle «procedure modeste» della disciplina, che «fabbrica» gli individui⁶³ e ai meccanismi pervasivi della sicurezza, che costituisce il proprio oggetto e soggetto, la popolazione. Lo strumento elettivo della disciplina e della sicurezza, dell'anatomo-politica del corpo umano e della biopolitica del corpo-specie umana, è la norma e non la legge. Foucault, quindi, spezza il binomio hobbesiano di sicurezza e sovranità, da cui deriva lo Stato di diritto e il principio di legalità nel diritto pubblico europeo.

Partiamo dalla legge. La forma di legge è il comando della legittima autorità politica che esige obbedienza. Nella rappresentazione giuridico-discorsiva la legge/regola «crea, per il fatto stesso di articolarsi, uno stato di diritto. Parla, ed è la regola»⁶⁴ e di fronte ad «un potere che è legge, il soggetto che è costituito come suddito – che è "assoggettato" – è colui che obbedisce. All'omogeneità formale del potere in tutte queste istanze, corrisponderebbe in colui che è costretto – che si tratti del suddito di fronte al monarca, del cittadino di fronte allo Stato, del figlio di fronte ai genitori, del discepolo di

⁵⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discorso sull'economia politica*, in ID., *Scritti politici*, I, Bari, 1971, 277 e 280.

⁵⁹ *Ivi*, 280.

⁶⁰ *Ivi*, 287.

⁶¹ *Ivi*, 204.

⁶² È la riattualizzazione di Foucault da parte di G. AGAMBEN, *Oikonomia. Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, in ID., *Homo sacer. Edizione integrale. 1995-2015*, Macerata, 2018, 503, 512 e 636-637.

⁶³ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 2014, 187.

⁶⁴ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 74.

fronte al maestro – la forma generale della sottomissione. Potere legislatore da una parte e soggetto obbediente dall'altra»⁶⁵.

La legge appartiene all'ordine dell'«universale»⁶⁶ e della trascendenza, dell'«immaginario»⁶⁷. Foucault ascrive, specificatamente, la legge all'immaginario del limite negativo perché «immagina e trova la sua formulazione solo immaginando tutto ciò che potrebbe essere fatto e che non va fatto»⁶⁸. Presuppone che il modello giuridico della sovranità-legge non possa che poggiare su un individuo come soggetto di diritti naturali o di poteri originari, da cui si deve muovere per rendere conto della genesi ideale dello Stato. La legge della sovranità è solo la «legge di proibizione», è la legge che vieta, senza l'efficacia produttiva della positività degli apparati di potere. È legge della sola reazione. E «la ragione è che il potere è tollerabile a condizione di dissimulare una parte importante di sé. La sua riuscita è proporzionale alla quantità di meccanismi che riesce a nascondere. Il potere sarebbe accettato se fosse interamente cinico? Il segreto non è per lui un abuso; è indispensabile al suo funzionamento [...]. Il potere come puro limite tracciato alla libertà è, almeno nella nostra società, la forma generale della sua accettabilità»⁶⁹. Però, il punto di emersione della verità – e qui sta la critica esterna di Foucault alla legge come forma universale e limite ai diritti – non è immaginare idealmente soggetti che hanno ceduti diritti e poteri per lasciarsi assoggettare alla legge che protegge e uccide, ma analizzare storicamente come le relazioni di assoggettamento fabbricano soggetti⁷⁰. La critica è alle finzioni del diritto naturale e all'universalismo della legge, che è occultamento dell'assoggettamento. Come hanno mostrato i *Levellers* inglesi, nel discorso storico-popolare teso a sopprimere la dominazione normanna, «le leggi sono dei tricks, dei trucchi, malvagità, trappole»⁷¹. La critica è più estesamente alla «giuridificazione progressiva della cultura occidentale», che ci ha fatto ritenere che «la legge, e la forma della legge, potesse essere assunta come principio generale di ogni regola nell'ordine della pratica umana». Al contrario, la legge è solo un «episodio» e una «forma transitoria» nella storia delle «tecniche e tecnologie delle pratiche» utilizzate dal soggetto nei confronti di sé stesso⁷². Per tutte queste ragioni occorre allora prenderne congedo per oltrepassarla, per liberarsi del privilegio teorico della legge (e della sovranità), per farne piazza pulita, dice più volte Foucault. Solo così si sfugge al «sistema» Sovrano-Legge che per tanto tempo ha affascinato il pensiero politico. Il metodo giuridico va rovesciato: si coglie il come del potere non dalle regole di diritto che fissano «limiti di diritto al potere» ma indagando «quali regole di diritto il potere mette in opera per produrre effetti di verità»⁷³. Questa sembra a Foucault la via per la liberazione dalla schiavitù della legge, dalla *forza* della legge.

La legge, però, è schiavitù solo se è ciò da cui muove Foucault. Ma quella è solo l'idea liberale della legge come limitazione delle azioni e, conseguentemente, dei diritti, ponendo ciò che è positivo nella

⁶⁵ *Ivi*, 76.

⁶⁶ M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto*, cit., 98.

⁶⁷ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 47.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 76-77.

⁷⁰ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 229.

⁷¹ *Ivi*, 95.

⁷² M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto*, cit., 97.

⁷³ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 28: rovesciando due volte Hobbes, la legge produce effetti di verità e la verità, a sua volta, fa la legge, produce effetti di potere. La critica è l'interrogazione della verità nei suoi effetti di potere e del potere nei suoi effetti di verità.

natura e la società nel negativo. È vero che l'idea interdittiva, negativa, «scheletrica» della legge è stata condivisa da molti, ma non «da tutti»⁷⁴. Con molta sintesi, il processo di democratizzazione del governo rappresentativo ha sostenuto la autonomia della legge e non la sua forza. Non vi è contrapposizione logica tra la forza della legge che prescrive, punisce, ricompensa, etc. e la libertà della volontà del suo destinatario, che partecipa del popolo rappresentato. Ha aperto all'idea che la forma rappresentativa di legge non elide la sovranità del popolo che elegge i propri rappresentanti politici e che la rappresentanza del popolo non è concettualmente un ossimoro e non è un inganno. Nella stessa direzione, il pensiero giuridico occidentale ha elaborato, in parallelo alla concezione positiva di libertà garantita da leggi contro quella libertaria di assenza di leggi, una legge di segno positivo, che costituisce diritti di libertà e non limita diritti preesistenti, che crea e non distrugge. Nella concezione comunitaria e non immunitativa, la legge è limite solo nel senso che limita la libertà di ciascuno per consentire la eguale libertà di tutti. Il che va di pari passo con l'idea che la (forma di) legge è libertà. Tra il potere e la libertà non vi è relazione, che è sempre opposizione alla confusione tra i due relati, ma simbiosi. Il potere non è limite alle libertà originarie, naturali degli individui, perché queste non sono un fatto che pre-esiste al diritto o che pertiene ad un fantasmatico diritto di natura, che va difeso, garantito dal diritto positivo, ma sono già da sempre libertà *civili*, costituite dall'artificio del diritto. A dire che al di fuori della legge posta non c'è alcuna libertà. E quando si discorre di lotta tra potere e libertà, si tratta – questa volta si – di una mistificazione che copre sempre una lotta tra due poteri, di cui uno si chiama, per comodità, libertà. In fondo, il ripensamento del rapporto tra libertà e legge si sostiene teoricamente con la distinzione kelseniana tra causalità e imputazione, che corrisponde a quella tra necessità e libertà, tra natura e società, tra realtà e valore. L'imputazione che governa le leggi del diritto crea la libertà perché rende l'uomo, punto finale dell'imputazione, responsabile delle proprie azioni ed emancipato dalla necessità naturale: nei termini della relazione causa ed effetto, l'uomo non è imputabile perché libero, ma è libero perché imputabile. Ma per tutti questi motivi, se la legge non è teoricamente (e non è sempre stata storicamente) limite alla libertà, l'impazienza della libertà non passa dalla estromissione della legge.

Tutto questo per Foucault è irrilevante perché è la superficie che inganna. Non bisogna lavorare dentro la legge, dentro le sue concezioni, per separare il diritto dal potere come fa la dottrina pura del diritto, ma solo sfuggirle. Né ha senso chiedersi se la legge sia innata, ricognitiva dell'esistente o costitutiva⁷⁵. La legge è, infatti, sempre una maschera che copre il fatto che «dietro la legge la guerra continua a infuriare all'interno di tutti i meccanismi di potere»⁷⁶. La forma dell'obbligazione politica è solo assoggettamento, è il volto della conquista degli uni e della sottomissione degli altri. Per tagliare la testa al re occorre togliere di mezzo la maschera della legge.

5.1 La norma della disciplina e della sicurezza

Bisogna dotarsi di una differente griglia di interpretazione storica. La cifra della legge della teoria classica della sovranità è, infatti, la morte: «la legge non può non essere armata, e la sua arma, per

⁷⁴ Come ebbe invece a dire in una intervista M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., 13.

⁷⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 80, a proposito del rapporto tra legge e sessualità.

⁷⁶ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 49.

eccellenza, è la morte»⁷⁷. Il sovrano esercita un potere sulla vita perché può uccidere. La trasformazione del diritto pubblico nel XIX secolo trasforma, però, il diritto di sovranità di “far” morire o “lasciar” vivere in un altro diritto, che sarà il potere di “far” vivere e di “lasciar” morire⁷⁸. Si passa dalla sovranità sulla morte alla regolazione della vita. Si passa dal compito negativo della *Die Politik*, che combatte i nemici interni ed esterni dello Stato, al compito positivo della *Die Polizei*, che favorisce la vita dei cittadini e quindi la forza dello Stato. Ma un potere che ha il compito di occuparsi della vita non può usare la legge, la spada, la morte. Ha bisogno di meccanismi continui, regolatori e correttivi e non intermittenti come è l’obbedienza alla sovranità. Non si tratta più di far entrare in gioco la morte nel campo della sovranità, ma di distribuire ciò che è vivente in un dominio di valore e di utilità⁷⁹. E la “normatività” che deriva dalle arti di governo, disciplina e sicurezza, è una normatività fatta di effetti multipli e pluridirezionali, strategie impersonali e indirette, né individuali né collettive, reti, influenze, indirizzi, che, dal basso, attraversano il corpo sociale. È una rete di relazioni produttiva, nel senso che produce o induce il reale e non negativa come la legge. È alla fine una “normalità”. Così una società normalizzatrice è l’effetto storico di una tecnologia di potere centrata sulla vita. Vediamo come funziona la norma, partitamente, nella disciplina e nella sicurezza.

L’ordine della disciplina riguarda sempre i singoli individui separati gli uni dagli altri, con la loro individualità corporea o più precisamente singolarità somatica: al contrario dei dispositivi di sovranità, non è cioè l’ordine di collettività organizzate, unite. È solo in parte un «ordine «artificiale», posto in maniera esplicita da «una legge, un programma, un regolamento»⁸⁰. Rispetto al diritto pensato dagli illuministi, nel suo meccanismo, è un «contro-diritto»⁸¹. È, infatti, anche un «ordine definito da processi naturali ed osservabili», che rinviano ad un apprendistato, un addestramento, una attitudine riferita ad «una regolarità, che è anche una regola»⁸². E la norma è esattamente la parte naturale dell’ordine «giuridico-naturale» della disciplina⁸³, che misura, paragona, differenzia, gerarchizza, classifica, omogeneizza, esclude, in ogni istante, la ««natura» degli individui» in vista di una conformità ad un modello da realizzare⁸⁴. La norma è una «regola»⁸⁵. Appunto, normalizza e la normalizzazione è il nuovo principio di coercizione. Così nel XVIII secolo «il potere della Norma» si è aggiunto a «quello della Legge, quello della Parola e quello del testo, quello della Tradizione»⁸⁶. È allora conseguente che «il potere della norma funzioni facilmente all’interno di un sistema di uguaglianza formale, poiché all’interno di una omogeneità che è la regola, esso introduce, come imperativo utile e risultato di una misurazione, tutto lo spettro delle differenze individuali»⁸⁷. La norma è insomma una «nuova forma di «legge»: un misto di legalità e di natura, di prescrizione e di costituzione», che, tra i molti effetti, consente di «riconoscere

⁷⁷ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 127.

⁷⁸ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 207; ma in termini simili *Id.*, *La volontà di sapere*, cit., 119.

⁷⁹ *Ivi*, 127.

⁸⁰ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 196.

⁸¹ *Ivi*, 242-3.

⁸² *Ivi*, 196.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ivi*, 200.

⁸⁵ *Ivi*, 201.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ivi*, 202.

il normale e l'anormale»⁸⁸. È la norma che vive nell'ordoliberalismo, con la sua valenza di normalizzazione e di disciplinamento sociale tesi alla spoliticizzazione dei conflitti economici. Il «liberalismo delle regole» costituzionali della Scuola ordoliberale di Friburgo, Francoforte e Colonia è, infatti, una istanza di ordine artificiale, di legalità formale-procedurale del «gioco» del mercato. Ma la sua coazione, a tratti organicistica, è immanente al mercato, perché – contro la normatività della critica dell'economia politica – è tesa a «lasciar essere» il sano e naturale funzionamento dell'economia e a bandire tutte le concettualizzazioni dei fini generali della società, che appaiono vaghi, generici ed inutili. Il nemico dell'economia *sociale* di mercato è, cioè, tanto la politica economica del *laissez-faire*, perché la concorrenza è manufatto, prodotto artificiale, quanto lo Stato-*termite*⁸⁹. In estrema sintesi, l'ordine concorrenziale del mercato non è un dato naturale, bensì un *eidos*, un privilegio di formalizzazione⁹⁰. Ma questo ordine causa l'aumento della produttività e, quindi, sviluppa la crescita economica e, per questa via, determina già una prestazione sociale da parte dell'economia di mercato. Al contrario, gli interventi redistributivi della ricchezza turbano inutilmente il meccanismo dei prezzi, la stabilità della moneta e più estesamente i meccanismi di mercato, frustrandone così anche la sua funzione sociale. Allo stesso modo, la tecnologia regolatrice e assicurativa della popolazione agisce mediante norme che regolano i processi biologici dell'uomo-specie per ottenere «stati complessivi di riequilibrio», di «regolarità»⁹¹, una «omeostasi» della massa vivente che cerca di modificare le probabilità degli avvenimenti aleatori che si producono al suo interno e compensarne gli effetti⁹². Il dispositivo di sicurezza ha cioè «la capacità di regolare stando dentro l'elemento della realtà»⁹³. Ma con una differenza rispetto alla norma dell'ordine disciplinare: in questo è prioritaria la normazione e non la normalizzazione, perché è la prescrittività della norma che consente di distinguere il normale dall'anormale, cosicché la *legalità* resta una tecnica funzionale alla disciplina; nell'ordine securitario, invece, la normazione è dedotta dalle normalità differenziali perché parte da ciò che è e non da ciò che deve essere, con la priorità della normalizzazione⁹⁴. Quindi, la disciplina prescrive e la sicurezza regola. È esemplare la medicina del XX secolo, che è una pratica sociale. Al sistema sociale diretto da un «sistema di leggi», inventato dai giuristi nel XVII e XVIII secolo, i medici hanno sostituito il sistema di sicurezza sociale della medicalizzazione indefinita e collettiva che si interessa non solo all'individuo ma alla specie umana intera e che ha inventato «una società della norma e non della legge», ove «quel che regge la società non sono i codici, ma la distinzione permanente tra il normale e l'anormale, l'impresa perpetua di ristabilire il sistema di normalità»⁹⁵.

Foucault qui prende congedo non solo dalla legge ma soprattutto dal normativismo, nel modo più radicale e violento possibile, ovvero privandolo del suo linguaggio: la norma transita dal piano del dover essere a quello dell'essere, dalla normatività alla normalità, dal piano dei valori ai fatti. Così

⁸⁸ *Ivi*, 335-336.

⁸⁹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 78.

⁹⁰ *Ivi*, 111.

⁹¹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 213.

⁹² *Ivi*, 215.

⁹³ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 47.

⁹⁴ *Ivi*, 50-55.

⁹⁵ M. FOUCAULT, *La medicalizzazione indefinita*, in Id., *Antologia. L'impazienza della libertà*, cit., 156.

l'anormale, benché etimologicamente implichi il riferimento alla norma come valore⁹⁶, quindi alla normatività, alla valutatività, è divenuto sinonimo di anomalo, che, invece, designa un fatto, un'irregolarità: così un giudizio di valore diventa un fatto. Ora, c'è da sempre e di continuo nelle teorie del diritto – e della Costituzione in particolare – il movimento di circolarità e di inversione della relazione tra normatività e normalità: sono le norme a produrre, ad imporre la normalità che esse stesse presuppongono; la normalità del normativo si capovolge nella normatività del normale. Foucault vede nella norma della disciplina del corpo e della regolazione della popolazione la standardizzazione, la naturalizzazione della norma stessa. È «regola naturale»⁹⁷. È regola nel senso più vicino alla tradizione delle *regulae iuris* che non alla loro riscrittura normativista. È la norma della tecnica che normalizza l'esistente, lo “lascia giocare” e non del diritto della trascendenza che prescrive. È un concetto di norma coerente con l'obiettivo polemico di Foucault di emanciparsi dal problema della fondazione. Non si vuole dire che in Foucault la normalità produca la normatività, alla maniera dell'istituzionismo, perché qui la normalità non è un fatto. La normalità, come la natura, è sempre il prodotto di una costruzione culturale, sociale o storica. È sempre il risultato di una messa in ordine, di un potere disposizionale che crea gerarchie, abitudini e comportamenti. Ciò che è normale è sempre un giudizio. Ma questa normalità già normativa, l'essere già da sempre condizionato dal dover essere, come la natura dalla cultura, è il prodotto della forza normativa di norme sociali molteplici, diffuse, e non di una deliberazione accentrata. È l'effetto appunto di tecniche disciplinari, meccanismi standardizzati di misura del reale, dispositivi, che guidano, orientano e influenzano le condotte, ma non prescrivono. Non conta la deliberazione legislativa ma l'«*enforcement of law*», la «forza della legge»⁹⁸, la «misura»⁹⁹, ovvero l'insieme di strumenti per conferire all'atto dell'interdizione forza reale, di una realtà sociale-politica. Se traduciamo, sempre un po' riscrivendo, nel nostro discorso, se ne trae che le “fonti” di quella ragione di governo non sono leggi scritte, men che meno a contenuto generale, ma sono consuetudini, «manuali di cortesia» e «buona creanza», di cui non è difficile individuarne gli eredi nel diritto vigente. Il movimento dalla legge alla norma, che Foucault registra, non significa che la legge e la giurisdizione scompaiano, ma che l'una funzionerà sempre più come una norma e l'altra «s'integra sempre di più ad un continuum di apparati (medici, amministrativi, ecc.), le cui funzioni sono soprattutto regolatrici»¹⁰⁰. Lo Stato si appropria della (o è catturato dalla) ragione di governo. Così, le costrizioni disciplinari, per nascondere i propri meccanismi di dominazione, si appoggiano alla legge di una sovranità democratizzata, «con la costituzione di un diritto pubblico articolato sulla sovranità collettiva»¹⁰¹. Per la biopolitica della popolazione accade qualcosa di simile. Nell'ordine cetuale, prerivoluzionario, francese il discorso delle razze, al plurale, in lotta, quale discorso della reazione nobiliare di una molteplicità di nazioni contro l'identificazione del corpo della nazione con il corpo del re, da cui emergerà il problema rivoluzionario della nazione e poi il discorso delle lotte di classe, è stato il contro-discorso rispetto al discorso storico-politico della sovranità romana. Ma dal problema rivoluzionario della nazione, al singolare, emergerà anche la nozione di razza al singolare e di razzismo di Stato ovvero la statalizzazione del

⁹⁶ Come notava l'epistemologo G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, Torino, 1998, 101.

⁹⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 40.

⁹⁸ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 208.

⁹⁹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 211.

¹⁰⁰ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 128.

¹⁰¹ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 39.

biologico¹⁰². E «il discorso della razza al singolare è stato un modo per rovesciare quest'arma, e per utilizzarne l'incisività a vantaggio della sovranità conservata dello Stato, di una sovranità il cui splendore e il cui vigore sono assicurati non più da rituali magico-giuridici, ma da tecniche medico-normalizzatrici. La sovranità dello Stato ha investito, ripreso a carico, il discorso della lotta delle razze, ma a prezzo del trasferimento dalla legge alla norma, dal giuridico al biologico»¹⁰³. È l'idea della guerra sociale, guerra intestina a difesa della società, «contro i pericoli che nascono all'interno del suo stesso corpo e dal suo stesso corpo», con il passaggio «dal costituente al medico»¹⁰⁴. Roma ha conquistato la Rivoluzione, dice Foucault¹⁰⁵.

Ma la soluzione alla società della normalizzazione, in cui si intersecano, con una articolazione ortogonale, la norma della disciplina e la norma della regolazione, non è il diritto della sovranità, la legge quale "effetto" della volontà sovrana.

«Non è ricorrendo alla sovranità contro la disciplina che si potranno limitare gli effetti del potere disciplinare [...] A dire il vero nel condurre le lotte contro le discipline [...] non è al vecchio diritto della sovranità che ci si dovrebbe rivolgere, ma a un nuovo diritto che, pur essendo antidisciplinare, dovrebbe al tempo stesso essere affrancato dal principio della sovranità»¹⁰⁶.

Cosa, però, sia questo nuovo diritto anti-sovrano e, al tempo stesso, anti-disciplinare resta teoricamente un mistero.

Dogmaticamente, il diritto costituzionale pone questioni ulteriori e diverse alla relazione Legge-Norma delineata da Foucault.

In breve, è incompleta perché non considera le costituzioni che prevedono la rappresentanza parlamentare del popolo e, al contempo, la sovranità di questo popolo rappresentato. Quindi, non contempla l'ipotesi che il governo popolare sia realmente – e non fittiziamente – rappresentativo. Foucault non discute il governo rappresentativo e la tendenza alla sua democratizzazione. È coerente perché l'alternativa positiva al dispotismo e allo stato di polizia è il dispositivo liberale dello Stato di diritto, il *Rechtsstaat*, il *Rule of law*, ove ciò che rileva è solo la distinzione tra le leggi, quali atti espressione della sovranità, qualsiasi essa sia e qualsiasi sia la forma della legge, e le misure amministrative¹⁰⁷. E il liberalismo ha accettato la regolazione nella forma della legge «non perché il formalismo giuridico gli fosse particolarmente congeniale, bensì in quanto la legge definisce forme di intervento generale che escludono misure particolari, individuali, eccezionali, e la partecipazione dei governati all'elaborazione della legge in un sistema parlamentare costituisce il sistema più efficace di economia di governo»¹⁰⁸. Dunque, l'organizzazione di un sistema parlamentare «realmente rappresentativo»¹⁰⁹ è la forma migliore per un assoggettamento efficace. È una riproposizione della critica alla rappresentanza parlamentare

¹⁰² *Ivi*, 117 e 206.

¹⁰³ *Ivi*, 74.

¹⁰⁴ *Ivi*, 187.

¹⁰⁵ *Ivi*, 76.

¹⁰⁶ *Ivi*, 41.

¹⁰⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 142-143, a proposito dell'ordoliberalismo come teoria giuridica del mercato.

¹⁰⁸ *Ivi*, 264-265.

¹⁰⁹ Le virgolette alte sono nel testo: *ivi*, 265.

quale finzione, menzogna, inganno o dilemma senza soluzione o, comunque, alla ineluttabile aristocraticità del governo rappresentativo.

Ma la legge nella Costituzione positiva non è servitù. È vero che l'art. 70 la costituisce come deliberazione parlamentare e non popolare, ma l'art. 70 non è incompatibile con la sovranità del popolo dell'art. 1, comma 2: il popolo sovrano e rappresentato non è un ossimoro. Se la volontà collettiva è costituita artificialmente come volontà di tutti dalla regola – accettata – secondo cui deliberano nell'interesse generale i rappresentanti del popolo, non vi è contrapposizione tra la volontà rappresentativa e la volontà di tutti e di ciascuno, perché la prima è l'unica forma di espressione di un volere unitario del soggetto collettivo, è l'unico modo di esistenza delle organizzazioni giuridiche. La rappresentanza non è una forma politica: tutte le organizzazioni umane agiscono rappresentativamente. Anche il popolo esiste sempre rappresentativamente ovvero anche il governo popolare è rappresentativo, come ogni forma politica¹¹⁰. Quindi, nel diritto costituzionale la emancipazione dalla legge non è liberazione da una schiavitù, ma è segno di de-democratizzazione del governo rappresentativo.

La legge nella Costituzione non è neppure limite, non è ascrivibile al registro del negativo. La forma di legge, proseguendo la Costituzione/legge che costituisce e autorizza la legge, è costitutiva di potere e perciò stesso costituisce diritti di libertà. È evidente che non crea fatti di natura, eventi, accadimenti, che esistono di per sé, ma inventa nuove qualificazioni per quei fatti e, quindi, è produttiva. Coerentemente, tra Costituzione dei poteri e Costituzione delle libertà non vi è alcuna separazione: dov'è la libertà, lì è il potere e viceversa, tanto da rendere insensata la stessa distinzione. Le norme che creano o regolano il potere e le competenze sono diffusamente intrecciate con i modi e le forme di creazione o regolazione di diritti e le norme di obbligazione, che riconoscono e garantiscono o costituiscono e regolano diritti e doveri, contengono altrettante regole sulla competenza. Dal lato dei diritti, poi, la Costituzione costituisce e definisce il soggetto in funzione degli stessi diritti che riconosce, a dire che i diritti della persona non hanno nulla di naturale, sono maschere, non sostanze o la sostanza è ciò che è *di diritto*. Anche laddove, agli artt. 2 e 29, i diritti sembrano presupporre di essere riconosciuti come diritti naturali anteriori alla legge, è impressione fallace: è la norma costituzionale che prescrive il vincolo del diritto alla natura e non questa che limita quella. È, quindi, la norma costituzionale che costituisce le libertà. Può essere che così facendo crei, fabbrichi, il soggetto, ma solo quello di diritto. Quindi, non c'è motivo, in nome della lotta alla reazione liberticida, per abbandonare la legge. Al contrario, può essere la soluzione alla normalizzazione, alla naturalizzazione della norma che, nel suo determinismo e nella sua ineluttabilità, è di per sé illibertaria.

Infine, la legge nella Costituzione, così come la Costituzione che la costituisce, non è la norma, nel senso della normatività del normale. La Costituzione/legge del potere costituente del popolo rappresentato fonda la propria validità su una forma/norma costitutiva e non sull'economia descrittiva propria della natura delle cose. Non è legge di natura, "regola naturale", perché non segue un ordine delle cose: non dispone ciò che la cosa già è, ciò che è realizzato e compiuto, non si limita a "far giocare" le relazioni di potere, ma fa deliberatamente sussistere la cosa, separata e divelta dall'ordine di ciò che si dà. Questo inizio si ripete dentro l'ordine, nella forma di legge dell'art. 70, che deriva da quell'inizio e appartiene all'ordine che pone. La legge parla il medesimo linguaggio del dover essere e non

¹¹⁰ P. PINNA, *La rappresentanza democratica e aristocratica*, Modena, 2021, 14 ss. e Id., *La rappresentanza fra realtà naturale e artificiale*, in *Lo Stato*, 14, 2020, 347 ss.

dell'essere. Pertiene al registro del valore e non del fatto, della validità e non della forza. Non si dà dover essere senza essere, ma nel diritto costituzionale positivo la legge è dalla parte della normatività e non della fattualità/normalità del diritto. All'esatto opposto della diagnosi di Foucault, la legge è valore e non forza, "enforcement".

6. Le costituzioni e la Rivoluzione

Il discorso sulle costituzioni è conseguente al discorso sulla legge perché, nel discorso giuridico della sovranità, le costituzioni sono leggi. Sono segni della medesima sovranità delle leggi, quindi, la fine di questa ipotesi quelle.

Nel passaggio dalla sovranità al governo, infatti, il discorso giuridico non codifica e non rappresenta più il potere. Scrive Foucault che «la linea di tendenza allontana da un regno del diritto sebbene la rivoluzione francese, con l'era delle costituzioni e dei codici, sembrava promettere un prossimo avvenire»¹¹¹. La dimensione giuridica a partire dal XVIII secolo regredisce e «le Costituzioni scritte, nel mondo intero, dalla Rivoluzione francese in poi, i Codici redatti e rimaneggiati, tutta un'attività legislativa permanente e rumorosa, non devono creare illusioni: sono le forme che rendono accettabile un potere essenzialmente normalizzatore»¹¹².

Questo ci dice che Foucault coglie la specificità della scrittura delle Costituzioni del tornante rivoluzionario. La Rivoluzione, attingendo al testo di Kant sull'*Aufklärung*, conta non tanto per il suo contenuto, che «in ogni caso è un pasticcio», quanto come «valore di un segno»¹¹³. È segno «del fatto che gli uomini considerano un diritto di tutti darsi la costituzione politica [...] scelta a proprio piacimento» e che eviti «ogni guerra offensiva»¹¹⁴. La Rivoluzione, con la sua costituzione politica, ha cioè «rivelato nella natura umana una disposizione e un potere per il meglio tali che nessun uomo politico avrebbe potuto dedurli dal corso delle cose», a dire che l'avvenimento in sé è una virtualità permanente nella storia futura e segno di un cammino continuo verso il progresso¹¹⁵. Più avanti dirà che il Terzo Stato chiedeva una costituzione che non fosse una ri-costituzione, ma che fosse essenzialmente una costituzione antistorica o astorica¹¹⁶. Ma proprio la *forma* della costituzione, la sua antistoricità, è ciò che ne determina l'iscrizione al regno della finzione, delle illusioni. Rileva poco o nulla il passaggio dalla monarchia pura a quella costituzionale o alla democrazia parlamentare, con la dottrina del potere costituente del popolo: la persona rappresentativa che approva la costituzione/legge, sia essa il Monarca sia essa l'Assemblea nazionale eletta, sono Re, sono il Sovrano, sono il Potere. Come prima il Re era la

¹¹¹ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 80. Il corsivo è aggiunto.

¹¹² *Ivi*, 128.

¹¹³ M. FOUCAULT, *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)* (2008), Milano, 2009, rispettivamente, 28 e 25.

¹¹⁴ *Ivi*, 28.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 181. E quando, nel corso del processo rivoluzionario, il Terzo Stato ricorrerà alla storia per diventare la nazione, l'universalità dello Stato, per riempire di sostanza (storica) lo stato giuridico formale che gli è dato da una legge comune e da un corpo legislativo, la sua storia sarà una storia rettilinea, lineare e non originalista, nel segno del ritorno all'ordine primitivo delle cose, come quella del discorso storico nobiliare: *ivi*, 188.

Nazione, così ora il Terzo stato è *la* Nazione. La diversa forma di rappresentatività delle une e delle altre non sposta nulla.

Ci dice, però, anche che Foucault non accede ad alcuna relazione disgiuntiva tra Costituzione come legge del governo rappresentativo e sovranità, alla maniera del costituzionalismo liberale-garantista: la costituzione è potere statale sovrano e non ne è un limite esterno a protezione degli *iura*. Ma proprio perché partecipa della natura della legge, della sovranità, per Foucault è limite delle libertà e non limite del potere a garanzia dei diritti. Per dire che, proprio perché è diritto, occulta il potere, quindi va teoricamente estromessa.

Poteva immaginarsi un esito diverso. Un pensiero critico, per il quale la critica – che deve accompagnare l'uso sorvegliato della ragione uscita dallo stato di minorità nell'*Aufklärung* – è «l'arte di non essere eccessivamente governati»¹¹⁷ dinanzi alla onnipervasività politica ed epistemologica del potere e il liberalismo è forma di riflessione critica sulla pratica governamentale ovvero è esercizio di una governamentalità secondo una critica, poteva virare nella direzione del costituzionalismo liberale, della Costituzione garanzia come tecnica giuridica della libertà. Ma la critica è limite immanente alla governamentalità che assoggetta attraverso determinate pretese ed effetti di verità e la costituzione, come la legge, è, invece, sovranità e non governo. La costituzione poteva essere al più limite, secondo il discorso giuridico, esterno alla ragione di stato: in Foucault è, infatti, frequente il significato di diritto come strumento di limitazione del potere, come sistema di limiti e come resistenza al potere, soprattutto con riguardo alla monarchia pura e a quella costituzionale. La costituzione non poteva, però, garantire i diritti alla stregua dell'idea liberal-costituzionale perché, in quanto legge, è al contrario segno di sovranità che limita quei diritti: protegge ma uccide. In ogni caso, comunque sia, il diritto, il discorso giuridico, ha perso e il limite interno, l'auto-limite, è divenuto l'economica politica, che così diventa il nuovo sovrano.

La conclusione in Foucault è allora la svalutazione della costituzione scritta e della sua progettualità, in qualche modo eredi dell'intenzionalismo del contratto sociale. Il popolo rappresentato che scrive una Costituzione è il medesimo popolo del contratto sociale come ideale regolativo normativo, come rasoio critico dell'autolegittimazione del moderno nei confronti dell'ordine esistente e come artificio costitutivo di un ordine nuovo. La critica di Foucault alle teorie del contratto(-oppressione) e dell'origine ideale della società non può che travolgere le costituzioni scritte, così come la contro-storia sull'origine e sulla validità dei diritti effettivamente esercitati, sempre a partire da un fatto storico, narrata dal pensiero dello storicismo politico che è, nel XVIII secolo, una storia dei nobili con una forma profondamente antiggiuridica e che Foucault oppone al discorso giuridico-filosofico mistificatore, è nemica dichiarata del contrattualismo.

Nel suo progetto di analisi dell'intelligibilità della storia, la costituzione diviene qualcosa di simile alla costituzione della filosofia della storia, di una storia che si sviluppa in un tempo ciclico. Cerca «il punto costituente della politica e della storia, il momento di costituzione del regno». Ma dice «“punto costituente”, “momento di costituzione”, per evitare, senza tuttavia cancellarla, interamente, la parola “costituzione” [...] si fa storia per ristabilire la costituzione, ma non la costituzione intesa come insieme specifico di leggi [...] non si tratta neppure di ritrovare una sorta di convenzione giuridica fondatrice, o stipulata nell'*archi-temps* tra sovrano e sudditi». Piuttosto «si tratta di ritrovare qualcosa che ha

¹¹⁷ M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Roma, 1997, 38.

consistenza e situazione storica; che non fa parte tanto dell'ordine della legge quanto dell'ordine della forza; che non è tanto dell'ordine di un documento scritto quanto dell'ordine dell'equilibrio. Qualcosa che sia una costituzione, ma quasi come la intenderebbero i medici, vale a dire: rapporti di forze, equilibrio e gioco di proporzioni, dissimmetria stabile, ineguaglianza congruente»¹¹⁸. Nel discorso costituzionale è una riscrittura della metafora della Costituzione bilancia¹¹⁹ opposta alla Costituzione orologio. Ma questa è esattamente l'idea di costituzione, medica e militare, che si forma intorno alla reazione nobiliare, in cui la storia e il diritto pubblico procedono appaiati: «si insegnava il diritto pubblico e il diritto costituzionale sotto le specie figurate della storia»¹²⁰. Tanto che, dice Foucault, dieci anni prima degli stati generali, è la creazione del ministero della storia che fa emergere le leggi fondamentali del regno e conduce alla prima accettazione implicita da parte del re di una sorta di costituzione, di «qualcosa che può inserirsi tra il suo potere e la sua amministrazione»: prima saranno le leggi fondamentali e poi la rappresentanza del popolo¹²¹. La costituzione viene associata alla rivoluzione, non già però nel senso di rottura, aperta sul futuro e non sul passato, ma in quello conservatore di un ritorno all'età dell'oro. È l'ambiguità del termine rivoluzione, tutta iscritta nel suo etimo latino *re-volutio*, che indica, nell'antichità greco-romana, il ritorno a o il rivoltare, in senso molto prossimo a quello di restaurazione, oppure, nel latino medievale, il moto ciclico o ellittico delle stelle oppure, nella *glorious Revolution*, un ritorno a principi e norme ingiustamente calpestati. Ma Foucault precisa che non era il ristabilimento di vecchie leggi.

«Fintantoché nella letteratura storico-giuridica (che era stata fondamentalmente quella dei parlamentari) per costituzione si erano intese le leggi fondamentali del regno, vale a dire un apparato giuridico, qualcosa dell'ordine della convenzione, risultava evidente che il ritorno della costituzione non poteva essere altro che il ristabilimento in qualche modo decisivo delle leggi rimesse in piena luce. Al contrario dal momento in cui la Costituzione non è più un'armatura giuridica o un insieme di leggi, ma è un rapporto di forze, è chiaro che questo rapporto non può essere ristabilito a partire dal nulla, ma solo dal momento in cui esiste una sorta di movimento ciclico della storia, solo dacché esiste in ogni caso qualcosa che permette di far girare la storia su se stessa e di ricondurla al suo punto di partenza. Di conseguenza, attraverso l'idea di una costituzione che è medico-militare, cioè rapporto di forze, [...] si reintroduce qualcosa come una filosofia della storia ciclica o in ogni caso l'idea che la storia si sviluppa secondo cerchi [...] È il vecchio tema millenaristico del ritorno delle cose»¹²².

Non è, quindi, una dottrina della costituzione che può avere conseguenze normative nel caso di una Costituzione che è deliberazione legislativa scritta del popolo rappresentato.

¹¹⁸ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 166-167.

¹¹⁹ La metafora della «bilancia» come equilibrio che tende a una escatologia relativa e non assoluta torna a proposito dell'idea di Europa che esce dal trattato di Westfalia in M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 217 ss.

¹²⁰ *Ivi*, 110-111.

¹²¹ *Ivi*, 120.

¹²² *Ivi*, 167.

7. La libertà e il potere

La relazione tra potere e libertà in Foucault è ambigua e complica i concetti di diritto e di legge perché il potere non è solo il potere politico.

Qui non interessa il progetto filosofico di Foucault e il suo esito. L'analisi dei modi di soggettivazione, più che del potere, è la via per la liberazione dai rapporti di potere che costituiscono, fabbricano, il soggetto, che non si dà mai allo stato selvaggio. Al posto del discorso di lotta, l'approdo è una stoica cura di sé, l'ermeneutica del soggetto governato, l'etica individuale del sé, il rapporto del sé con sé, come resistenza di un soggetto non egemonico al potere politico. Non interessa perché questa pratica privata della libertà non è una forma del legame sociale, non se ne comprende la visibilità "pubblica" e la sua idoneità a costituire una comunità politica è del tutto casuale.

Interessa, però, la relazione tra diritto e potere e, dunque, tra libertà e potere che ne è implicata. Sembra che la cura di sé significhi un diritto dei governati, più che degli uomini, al governo di sé come opposizione al potere e che, quindi, rinvii al diritto come limitazione esterna del potere e al potere come limite alla libertà. Può essere. Se, però, non vi è mai né «un soggetto costituente», né «un'oggettività pura», bensì un soggetto e un oggetto che si costituiscono sempre simultaneamente, tra l'uno e l'altro vi è simbiosi o qualcosa che le somiglia molto¹²³. Ma allora, realisticamente, non si dà alcuna libertà, alcuna soggettività, senza potere o in opposizione al potere. La libertà, al singolare, non è autodeterminazione, autocausalità o possibilità di scelta. In ogni caso, non vi è un'opposizione alla maniera liberale. Non si dà mai un soggetto originariamente libero che precede l'esistenza del potere e che si assoggetta, cedendo i propri diritti, attraverso un contratto, perché il soggetto è già un prodotto, un effetto dei meccanismi di potere. Contro il contrattualismo giusnaturalistico e democratico, il soggetto non parla, ma è parlato dal discorso che è sempre discorso di potere¹²⁴. L'autocoscienza del soggetto è tutt'uno con il suo assoggettamento.

Ma se è così, questa specifica relazione simbiotica tra libertà e potere, tra soggetto e oggetto, toglie sostegno alla concezione liberale di legge da cui Foucault tatticamente muove per estrometterla e a cui giunge con l'etica e la pratica del governo di sé, che, invece, presuppone una relazione contrastiva tra il potere della legge e il soggetto di libertà.

È, però, coerente con l'idea che la libertà è ciò che distingue i rapporti di guerra, di dominio, dalle relazioni del potere che "governa": in quelli le pratiche di libertà non esistono, queste presuppongono sempre la libertà dei soggetti, la loro capacità di resistenza. Il potere come governo, infatti, è un modo di azione sulle azioni altrui, il quale viene «esercitato soltanto su soggetti liberi, e nella misura in cui sono liberi»¹²⁵. Detto diversamente, «dove c'è potere c'è resistenza», ma proprio per questo la resistenza non è esterna al potere: è immanente al campo strategico delle relazioni di potere¹²⁶. Qui, però, non siamo nel regno della legge ma delle tecniche di governo, talché l'immanenza della libertà al governo non ne implica l'immanenza alla legge e alla sovranità. Anzi, la resistenza è pensabile solo di

¹²³ M. FLORENCE (i.e. M. FOUCAULT), *Foucault*, loc. cit.

¹²⁴ L'espulsione dell'individuo dal linguaggio è in M. FOUCAULT, *Il pensiero del di fuori*, in Id., *Scritti letterari*, Milano, 1984, 113.

¹²⁵ M. FOUCAULT, *Come si esercita il potere?* (1982), in H.L. DREYFUS, P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault*, Firenze, 2010, 292; ma anche Id., *Il soggetto e il potere*, cit., 248-249.

¹²⁶ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 84-85.

fronte al governo, che presuppone l'alterità del popolo, dei governati, rispetto ai governanti. È, invece, impensabile se si resta dentro al concetto di sovranità che nell'epoca moderna, attraverso il dispositivo della rappresentanza, significa autodeterminazione e autonomia del popolo, che quindi può solo obbedire al proprio comando e mai resistere a sé stesso. La sovranità è, quindi, soggezione e non libertà. Comunque, non è solo una questione definitoria. La libertà consiste «nel poter prendere, nel potersi appropriare, nel poter comandare, nel potere ottenere l'obbedienza, quindi nel potere privare gli altri della libertà»¹²⁷. Anche ad ammettere che sia mai esistito qualcosa come una libertà naturale, una libertà egualitaria in natura, un diritto naturale, «la legge egualitaria della natura è debole rispetto alla legge non egualitaria della storia [...]. La storia ha creato una legge naturale di antitesi tra la libertà e l'uguaglianza, più forte della legge iscritta nel diritto naturale [...] La storia è più forte della natura, allorché la storia comincia, la natura non può più parlare»¹²⁸. Ma se tra natura e storia esiste un rapporto di forza a favore della storia, ciò che residua è al più il privilegio di uno o di pochi, dunque la libertà è il potere di qualcuno. Se non esiste libertà in natura e se esiste in società qualcosa che chiamiamo libertà, più o meno eguale, questa non può che essere il prodotto della società. Conferma che la libertà non esiste in natura.

Allo stesso modo, nell'arte liberale di governo la libertà è garantita ma al contempo è prodotta dal governo liberale e dai suoi poteri reticolari: è il cortocircuito tra sicurezza e libertà, tra il governo che consuma libertà, ma al tempo stesso ne ha bisogno, la produce e la organizza¹²⁹. A dire che l'individuo non è «un nucleo elementare o atomo primitivo», non è «il *vis-à-vis* del potere, ma ne è uno degli effetti principali»¹³⁰. Ne è una costruzione. Il potere cioè produce libertà ma mai, come vorrebbe l'inganno del contrattualismo democratico, autonomia, autodeterminazione, autolegislazione ed emancipazione: le libertà sono gli strumenti raffinati di una governamentalità sempre più pervasiva ed inesorabile. E una libertà indotta non è libera¹³¹.

8. Lo stato di natura e lo stato civile

Il rapporto si precisa nella relazione tra stato di natura e stato civile. Foucault è immune dalle opposizioni duali. Ne parla a proposito di Hobbes.

La guerra di tutti contro tutti, che è propria della condizione selvaggia all'origine dello Stato ma che minaccia lo Stato anche dopo la sua costituzione e sgorga «negli interstizi», è una guerra determinata dall'uguaglianza¹³². Se ci fossero grandi differenze naturali, la guerra risulterebbe immediatamente bloccata. «La differenza pacifica»; per contro l'indifferenziazione naturale – ovvero la capacità egualitratrice di βία – crea incertezze, rischi e conseguentemente la volontà di affrontarsi¹³³. Nella

¹²⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 137.

¹²⁸ *Ivi*, 138.

¹²⁹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 65-66.

¹³⁰ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 33.

¹³¹ Muove da Foucault per cogliere il significato della libertà neoliberale sotto la mistificazione della autonomia e della emancipazione dell'lo sovrano F. PIZZOLATO, *Mutamenti del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2017, 5-6.

¹³² M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 80.

¹³³ *Ivi*, 81.

condizione di differenze striscianti, minuscole, il rapporto di forza che attraversa la relazione di guerra è costituito dal gioco tra tre serie di elementi: la serie delle rappresentazioni calcolate, la serie delle manifestazioni enfatiche e contrassegnate dalla volontà, la serie delle tattiche incrociate di intimidazione. Ma questo significa che «tutto sommato [...] lo stato descritto da Hobbes non è affatto uno stato naturale e brutale, in cui le forze giungerebbero ad affrontarsi direttamente: non siamo cioè nell'ordine dei rapporti diretti tra le forze reali». Nello stato di guerra descritto da Hobbes non si affrontano armi, forze scatenate e selvagge, ma rappresentazioni, inganni, volontà travestite. È teatro di rappresentazioni e costruzioni. Non è «uno stato di ferinità bestiale, in cui gli individui viventi si divorerebbero tra di loro». Non ci si trova allora in una guerra reale, ma «in ciò che Hobbes chiama, per l'appunto, lo "stato di guerra"»¹³⁴, ovvero una non-guerra. Il che vuol dire almeno due cose.

Primo, contro tutte le attribuzioni di false paternità del discorso storico-politico della guerra, per Hobbes all'origine dello Stato e dietro il potere non c'è la guerra. Lo stato di guerra è quel gioco di doppiezze, astuzie, rappresentazioni attraverso le quali non si fa la guerra. E questo, secondo Foucault, vale sia per la sovranità di istituzione, nata dallo schema contrattualistico del rapporto reciproco, che per quella di acquisizione, nata dalla battaglia. Per la prima, è scontato. «Nelle repubbliche di istituzione non c'è che il gioco della volontà, del patto e della rappresentazione»¹³⁵: il rappresentante, in cui sono «presenti» gli individui, è «un'individualità fabbricata, ma non per questo sarà meno reale», e ciò sia quando è un monarca naturalmente individuale, sia quando è un'assemblea¹³⁶. Nelle repubbliche di acquisizione sembra che si parli di una sovranità fondata su rapporti di forza reale, su battaglie combattute. Ma non è così. In Hobbes siamo sempre dentro l'idealità giuridica del contrattualismo e dentro il regime giuridico della sovranità e non dentro la brutale e feroce verità dei rapporti storici di dominazione e di servitù. Quando il vinto, per paura, sceglie «la vita piuttosto che la morte fonda una sovranità che è giuridicamente altrettanto fondata e legittima di quella costituita in base al modo dell'istituzione e del reciproco accordo»¹³⁷. Costituisce i vincitori come propri rappresentanti. La serie che fonda lo Stato è la stessa: volontà, paura e sovranità. Non rileva che la serie sia scatenata da un calcolo implicito, da un rapporto di violenza, da un fatto di natura. Ciò che rileva è che la guerra come realtà storica è eliminata dalla genesi della sovranità¹³⁸. Gli argomenti di Hobbes sono strategici. Il suo problema storico era, infatti, quello di esorcizzare, meglio eliminare, il problema della conquista e delle guerre civili all'interno del discorso storico e nella pratica politica: la conquista è, infatti, il nemico dello Stato.

Ora, è corretto che in Hobbes non è il fatto, la forza, che produce diritto. È, all'opposto, la legge che rende pensabile lo stato di natura, perché questo, di per sé, come condizione originaria degli uomini indipendente dalla legge e antecedente lo Stato, non è mai esistito. Ma per tutto questo Hobbes è fundamentalmente inutile per Foucault. Hobbes rassicura e non fa paura, perché resta dentro le menzogne del contratto dietro la guerra, della sovranità e dello Stato: fonda il potere sulla «volontà, giuridicamente addirittura valida, dei vinti terrorizzati, la sera della battaglia»¹³⁹. Dissolve la guerra reale che sta dietro al potere, perché nell'Hobbes letto da Foucault la conquista o l'accordo sono la stessa

¹³⁴ *Ivi*, 82.

¹³⁵ *Ivi*, 84.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ivi*, 85.

¹³⁸ *Ivi*, 86.

¹³⁹ *Ivi*, 88. Il corsivo è aggiunto.

cosa: «siete voi sudditi ad averla voluta, ad aver costruito la sovranità che vi rappresenta. Non ci annoiate dunque più con le vostre insistenti ripetizioni storiche: al termine della conquista (se proprio volete che ci sia stata davvero una conquista) troverete ancora il contratto, la volontà impaurita dei sudditi»¹⁴⁰. Non demistifica le ineguaglianze e le dissimmetrie dei rapporti di forza.

Secondo, se questa guerra primitiva non è tale, se è fatta di calcoli e rappresentazioni, la guerra non è uno stato di natura o meglio lo stato naturale degli uomini è quello civile e viceversa. È allora sensato che la guerra permanga anche dopo la nascita dello Stato, perché lo stato di natura è già civile.

Si lascia in disparte la correttezza o meno dell'assimilazione dell'istituzione all'acquisizione e quindi del diritto a fatto o a forza e la sostanziale elisione del significato dell'autorizzazione, del riconoscimento e dell'accettazione della persona sovrana. È vero che Foucault afferma che Hobbes intende mostrare che la volontà si forma sempre dal basso, e non dall'alto, «attraverso la volontà di quelli che hanno paura»¹⁴¹. Ma è una formazione dal basso di una volontà costretta dalla paura, quindi, alla fine questa lettura di Hobbes porta sempre ad una formazione dall'alto.

Ciò che, invece, è produttivo anche per chi sta dentro il diritto, dentro il discorso della validità e non della forza, è la contiguità tra stato di natura e stato civile. È la sola che consenta una origine razionale dello Stato. Lo stato civile, la comunità politica, è già naturale perché è prodotto del calcolo, della ragione, dell'intenzionalità che è parte della natura umana, degli uomini-lupo e quello naturale, che è tutt'uno con la ragione calcolante degli uomini, contiene in sé la possibilità di quello civile. Tra la condizione artificiale, rappresentativa degli uomini e quella naturale, materiale, corporea, non è vi separazione e contrapposizione. Se non fosse così, il problema della costruzione delle organizzazioni umane resterebbe sostanzialmente irrisolvibile. Se tra natura e società vi fosse l'abisso, l'individuo non potrebbe mai volontariamente e consapevolmente passare all'organizzazione della comunità, alla strutturazione politica della socialità umana, allo Stato. Evadendo dal razionalismo moderno, in direzione decisamente antiscientifica, per superare le difficoltà logiche del passaggio dalla natura alla convenzione, all'artificio, bisognerebbe, infatti, affidarsi all'intervento esterno, alla provvidenza, all'eccezione, al miracolo, alla teologia politica o, addirittura, alla politica teologica.

A catena, se tra natura e artificio non vi è opposizione, cade l'opposizione liberale tra società e Stato. È una caduta perfettamente coerente con il paradosso della relazione tra società e stato che Foucault mette in evidenza nel discorso sulla governamentalità: da un lato, la società è il principio in nome del quale il governo tende ad autolimitarsi, dall'altro, la società diventa il bersaglio di un permanente intervento di governo finalizzato non a restringere sul piano pratico le libertà formalmente riconosciute, bensì a produrre, moltiplicare e garantire quelle libertà. Così la libertà non è solo iscrizione di diritti contro il potere ma è elemento indispensabile alla stessa governamentalità¹⁴².

Tutto questo, però, è, ancora una volta, incoerente con l'idea polemica, interdittiva e negativa di legge come limite della libertà da cui Foucault muove. Ma quell'idea era strategicamente l'unica idea di legge che consentiva a Foucault di dire che il discorso della legge va eliso. Sembra, dunque, un elemento spurio nella sua costruzione teorica complessiva.

¹⁴⁰ *Ivi*, 87-88.

¹⁴¹ *Ivi*, 86.

¹⁴² M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 257 ss.

9. Il popolo, l'uomo economico e la popolazione

La relazione simbiotica tra libertà e potere, natura e artificio, società e stato, è il punto di passaggio al soggetto della biopolitica.

I soggetti, i "personaggi", in gioco sono tre: il popolo, l'uomo economico e la popolazione, che corrispondono al soggetto di diritto, al soggetto di interesse e agli esseri viventi. Il movimento porta alla sostituzione o piuttosto a un «raddoppio»¹⁴³ del popolo nella popolazione, passando dalla sovranità sul territorio alla disciplina e alla regolazione della popolazione in un ambiente, dal controllo della terra a quello dei corpi. Lo snodo è l'uomo economico.

Il popolo è il soggetto, ovvero il suddito, di diritto della sovranità che si esercita su un territorio. È il soggetto delle teorie del contratto, che rispetta il patto e che obbedisce al sovrano-legge. È il soggetto della rivoluzione, è il terzo stato, che diventa la nazione e pretende il riconoscimento nella forma giuridica dello Stato. Ma quella nazione, affinché sussista, non è solo il suo corpo legislativo e la sua legge: è l'insieme di quelle «condizioni storico funzionali che sono i lavori, le funzioni e gli apparati»¹⁴⁴. È una lettura corretta della dottrina della rappresentanza politica elaborata dal pensiero rivoluzionario del Settecento. Quel popolo è, difatti, un corpo economico-sociale, la classe borghese costituita come Nazione: il popolo agisce economicamente e politicamente. Anzi, il legame tra lavoratore/produttore e cittadino è tutt'uno con la dottrina rivoluzionaria della rappresentanza, consistita nell'operazione di rendere politico, fine o interesse generale, Stato, il progetto di una parte, di un gruppo sociale. Quel legame è alla base della rappresentanza della Nazione di Sieyes con la riduzione dell'uomo a «*machine à travailler*»¹⁴⁵.

La popolazione, l'uomo-specie, è, invece, il soggetto della governamentalità che «ha nella popolazione il bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere, nei dispositivi di sicurezza lo strumento tecnico essenziale»¹⁴⁶. Nel XVIII secolo la popolazione non indica più la potenza del sovrano, ma rappresenta il fine stesso del governo. È l'esito del processo che parte dalla disciplina del corpo umano, del corpo-macchina da sorvegliare, normalizzare ed esaminare e che giunge al corpo-specie, ove il corpo è il supporto dei processi biologici con controlli regolatori. È «un corpo molteplice, un corpo con una quantità»¹⁴⁷, quasi senza soggetto. Più precisamente, il governo della popolazione come gestione della specie e come gestione del pubblico, governo delle anime, è il punto di convergenza tra la filosofia utilitaristica e la postorale cristiana, che preannuncia la governamentalità. Con la popolazione la vita entra nella strategia generale del potere e diventa pubblica.

La «naturalità» della popolazione, degli «esseri viventi»¹⁴⁸, è incommensurabile alla volontà sovrana nella forma della legge. Non si inserisce nella relazione comando-obbedienza, ma è un oggetto tecnico-politico per la gestione del governo. La popolazione è il referente immediato del governo, come il

¹⁴³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 33.

¹⁴⁴ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 189 ss.

¹⁴⁵ J.-E. SIEYES, *Discorso dell'Abate Sieyes sulla questione del veto regio alla seduta del 7 settembre 1789*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, I, Milano, 1993, 441.

¹⁴⁶ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 88.

¹⁴⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 212.

¹⁴⁸ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 269.

popolo della sovranità. Detto diversamente di fronte alla sovranità sta il soggetto/suddito di diritto, di fronte al governo sta l'uomo¹⁴⁹.

Più a fondo, la popolazione appartiene al paradigma economico. È un soggetto economico¹⁵⁰, nel senso che ha nella modernità un'esistenza naturale al modo dell'economia: lo stato/governo non impartisce ordini o divieti alla popolazione, ma sviluppa pratiche di "presa in carico", tenendo conto delle sue leggi naturali di trasformazione, della naturalità di meccanismi di regolazione interni alla popolazione¹⁵¹. La governamentalità non prescrive, ma suscita, manipola, lascia fare, fa giocare tra loro le regolazioni naturali e necessarie, dice ripetutamente Foucault, in una, "gestisce" i processi economici intrinseci alla popolazione. Si fissa la norma come conseguenza di ciò che è naturale, normale. La naturalità è il legame che unisce popolazione ed economia e fa dell'economia politica la scienza ausiliaria, collaterale, della governamentalità, dove l'*homo economicus* è l'uomo che accetta la realtà. Le ragioni della contiguità tra il soggetto di interesse e la popolazione sono il rovescio della irriducibilità tra il soggetto di interesse e il soggetto di diritto che si costituisce attraverso il contratto. Questo obbedisce al contratto per forza di legge, quello, se permane dopo il contratto, rispetta la promessa per interesse. Il soggetto di diritto è il soggetto diviso che accetta la trascendenza, la negatività della legge; il soggetto economico vive in un campo di immanenza che conosce solo la meccanica pluriverso degli interessi e le dipendenze che instaurano¹⁵². L'interesse ha sopravanzato il diritto, il tribunale economico dell'azione di governo ha sostituito la giurisdizione amministrativa, la misura di diritto della potenza pubblica. Alle regole di obbedienza la natura di popolazione sostituisce la legge dei suoi bisogni fondamentali. Allo Stato, quale realtà rappresentativa, trascendente, sostituisce la Nazione, riconvertendola nel fatto naturale della nascita, nella impoliticità della vita naturale.

Così, dal lato del soggetto, la prospettiva biopolitica segna il passaggio dall'astrazione della persona, dalla maschera, all'uomo-corpo, il corpo individuale, e all'uomo-specie, la massa vivente, alla sua cura e sicurezza e, con un rovesciamento ineluttabile, alla sua cattura.

Bisogna, però, delineare meglio il corpo, l'uomo in carne e ossa, l'uomo come essere vivente di Foucault e, quindi, la "natura" della popolazione. Da un lato, il corpo è l'unica possibilità di liberazione del soggetto: il corpo, una materia nervosa, è libero in assenza del soggetto, della razionalità, della coscienza, dell'anima. Così, l'analisi della sessualità come «dispositivo politico» non implica l'elisione del corpo, dell'anatomia, del biologico, del funzionale, perché i dispositivi di potere si articolano direttamente con il corpo: il punto è piuttosto un'analisi in cui l'elemento biologico e quello storico non si succedono, ma si sovrappongono¹⁵³. Dall'altro, la libertà si dà come "autorialità", con una qualche contaminazione con la creatività individuale e il naturalismo delle scienze della mente. Ma non è l'uomo delle scienze biologiche, perché l'uomo come essere vivente va compreso a partire dalla nascita della popolazione in quanto elemento correlato al potere come oggetto di sapere. «L'uomo non è altro che una figura della popolazione»¹⁵⁴. La società raggiunge la «soglia di modernità biologica» quando la vita dell'uomo, la sua specificità di vivente, è messa «all'esterno della storia, come suo limite biologico e

¹⁴⁹ *Ivi*, 69.

¹⁵⁰ *Ivi*, 255.

¹⁵¹ *Ivi*, 257.

¹⁵² M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 223-224 e 324.

¹⁵³ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 135.

¹⁵⁴ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 282.

all'interno della storicità umana, penetrata dalle sue tecniche di sapere e di potere»¹⁵⁵. Non è la vita che fa nascere lo Stato ma lo Stato che costituisce la vita come oggetto del binomio sapere/potere. Con la popolazione la «naturalità della specie» irrompe «nell'artificialità politica di un rapporto di potere»¹⁵⁶, ma la natura della specie umana, come la libertà, non è un dato prediscorsivo o una materia primordiale, perché è già da sempre preformata o trasformata dalle strategie politiche. La natura della popolazione, attraversata al modo di Marx da rapporti economici, sociali e politici, è, insomma, un artificio. A seguire, l'uomo che ne è figura è sempre un prodotto storico-sociale, infondato, e non naturale, innato, predeterminato e fondato, e la soggettivazione, di conseguenza, non è auto-creazione ma è assoggettamento. Lo storicismo non può che portare Foucault lontano dal soggetto di diritto kelseniano, disincarnato, costituito dal diritto, ma ne esclude, al pari, il biologismo del materialismo naturalistico. La posta in gioco nel governo della popolazione è il «ben-essere [...] al di là dell'essere»¹⁵⁷, la deontologia che segue l'ontologia, proprio perché la natura umana è vita biologica e rappresentazione della vita, natura e cultura, in una, bio-storia. Il che, però, cortocircuita l'antigiuridicismo del discorso di Foucault perché porta a dire che l'esistenza biologica, naturale, dell'uomo e della popolazione non può essere separata dalla forma di vita umana, che è sociale, ed induce a chiedersi se davvero qualcosa che riguarda l'uomo, come prodotto storico-sociale, sia separabile dal diritto e non sia, invece, già dal medesimo costituito.

Il segno politico della normativizzazione della vita è, poi, ambiguo. È consentanea, nella prospettiva comunitaria, sia alla socializzazione dello Stato e, dunque, allo Stato democratico-sociale del benessere sia alla reazione illibertaria e, in quella individuale, al paradigma comunitario o immunitativo della libertà e alla tanatopolitica. Sul presupposto nichilistico della decidibilità della vita e della morte, è esposta alla duplice possibilità di divenire politica *della* vita o politica *sulla* vita, secondo il paradosso del biopotere che, per curare una popolazione, produce il razzismo di stato e secondo il paradosso pastorale dell'*omnes et singulatim* che può sacrificare l'intero gregge per una pecora oppure, al contrario, una pecora per la salvezza dell'intero gregge; è presa in carico del corpo del singolo e della comunità; è declinabile in chiave comunitaria o securitaria, in chiave di fine o di mezzo e così via. Ma, per la critica biopolitica della filosofia del soggetto, il soggetto è già da sempre *assoggettato*, soggiogato ed etero-determinato da pratiche contingenti di potere (mediche, politiche, economiche, etc.), sia ove è l'oggetto passivo di disciplinamento, sia ove è il soggetto che chiede prestazioni di sicurezza o immunità allo Stato/governo.

Il passaggio dal popolo alla popolazione nella microfisica del potere pone al costituzionalista la questione della sua compatibilità con il soggetto dei diritti della Costituzione. È la questione speculare alla relazione tra sovranità e governo: allo stesso modo e per le medesime ragioni, il diritto costituzionale vigente non sostituisce la popolazione al popolo.

La Costituzione, a differenza dell'art. 5 del Codice civile, evita il contatto diretto con il corpo. Lo disincarna sempre.

Nella sfera pubblica, il soggetto è il popolo. La sovranità dell'art. 1 è attribuito del popolo, che è il soggetto implicato nell'ordinamento della *Repubblica* agli artt. 71 e 101. Ma il popolo è un popolo di

¹⁵⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 127.

¹⁵⁶ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., 30.

¹⁵⁷ *Ivi*, 238 e 241.

lavoratori, unendo il primo e il secondo comma dell'art. 1. Quindi, la Costituzione, mescolando *status* politico e condizione economico-sociale, correla, come la dottrina di Sieyes del potere costituente, il popolo (e non la popolazione) alla struttura economica, ai rapporti economici di produzione, supponendone la reciproca implicazione. Il soggetto di interesse non deve sopravanzare il soggetto di diritto. Quando, poi, il testo costituzionale passa dall'universale al singolare, il soggetto è il cittadino, che è lo statuto pubblico dell'uomo. Esclude che nella comunità politica acceda la condizione naturale dell'uomo. Solo in questo modo ha senso il principio di eguaglianza dei cittadini dell'art. 3, che si fonda su quella «tremenda livellatrice di tutte le differenze che è la cittadinanza»¹⁵⁸ e che è invece insensato nell'infinita differenziazione delle vite naturali degli «uomini». Quando la dimensione corporea, il corpo del singolo e della popolazione, diventa l'interlocutore del potere politico, sino a divenirne l'unica fonte di legittimazione, la democrazia si disorienta perché il principio di eguaglianza tramonta, sostituito dalla ineliminabile singolarità di ciascuna vita biologica, in cui «pubblico e privato, naturale ed artificiale, [...] s'intrecciano in un vincolo che nessuna decisione a maggioranza sarà in grado di sciogliere»¹⁵⁹. È, in fondo, l'accoglimento in ambiente pluralista dell'idea schmittiana che «il concetto centrale della democrazia è il popolo e non l'umanità»¹⁶⁰.

Nella esistenza privata, la Costituzione trasfigura il corpo nella dialettica di universale e singolare che vive, rispettivamente, nella soggettività dell'«uomo» e dell'«individuo» o nell'astrazione giuridica della «persona», l'artefatto che dissocia i soggetti dai corpi. Lo stesso diritto alla salute, il campo eletto della medicalizzazione indefinita della governamentalità al servizio dell'individuo in buona salute, nell'art. 32 è riferito, appunto, all'individuo o alla persona (umana).

Una qualche dimensione biologica, però, resta come sostrato del soggetto. Il testo vi allude nel riferimento alla violenza fisica dell'art. 13, quarto comma, e al benessere psico-fisico dell'art. 33, ultimo comma. Il corpo non è solo libera determinazione ma anche integrità psico-fisica. Così come presuppone caratteristiche biologiche ove, tra i cittadini dell'art. 48 e 51, distingue, per assimilarli giuridicamente, i due «sessi», gli uomini dalle donne oppure, sebbene senza ricorrere al biologicismo delle categorie di maschio e femmina, associa la madre del bambino, dunque il fatto del parto e della nascita, alla donna (lavoratrice) all'art. 37.

Ma soprattutto il lessico costituzionale nasconde un sostrato biopolitico. Vi sono luoghi in cui si ha un qualche «raddoppio» nel senso in cui ne dice Foucault, in cui cioè il popolo appare come popolazione. Si intravede quando il popolo diventa Nazione, nel suo nesso con la nascita, ma, per dirla ancora con Foucault, resta una definizione «statale» di Nazione presa lungo l'asse verticale dello Stato. Si vede nel termine popolazione negli artt. 56, 57, 132 e 133, come fenomeno di natura, specie umana, oggetto di calcoli, proporzioni e censimenti. Ma l'esiguità e il significato, più biologico che pubblico, dei riferimenti inducono a concludere che nel testo il soggetto politico è il popolo e non la popolazione e che questa è strumentale a quello. Nel testo scritto il popolo sovrano resiste al governo della popolazione.

¹⁵⁸ H. ARENDT, *Il tramonto dello Stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in *Id.*, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2009, 418.

¹⁵⁹ R. ESPOSITO, *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Milano, 179-180.

¹⁶⁰ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 307.

10. Biopolitica apocrifa

La biopolitica ha avuto molte declinazioni, attualizzazioni e riattualizzazioni. Ma per il diritto costituzionale sono meno significative del biopotere di Foucault.

Si è detto che è biopolitica apocrifa rispetto all'originale¹⁶¹. Può essere che se ne differenzi, ma per ciò stesso ne dipende. Qui ci limitiamo a verificarne la proficuità per il diritto positivo. Ci occupiamo della moltitudine di Negri, che in qualche modo riformula l'idea del potere come tecnica positiva produttiva di realtà e la forza di legge di Agamben, che attualizza l'idea del diritto come forza, violenza governamentale.

Negri sostituisce al popolo la moltitudine, che si avvicina al *General intellect* di Marx e, soprattutto, previa mediazione di Deleuze, alla categoria foucaultiana di popolazione, intesa quale oggetto di «una regolazione eccedente la pura definizione formale e giuridica di popolo»¹⁶². La sua è una concezione vitalistica del bio-potere, come forza vitale del vivente. Fonda una teoria ontologico-spontaneistica della moltitudine informe, quale titolare di un potere costituente che «sta fuori»¹⁶³. Contrappone, fondatamente o meno, la linea Hobbes, Rousseau, Hegel e Schmitt alla linea Machiavelli, Spinoza e Marx. Nella teoria ontologica il potere costituente è irriducibile all'ordine costituito e la sovranità non è connotato del potere costituente¹⁶⁴. La sovranità, infatti, è potere fissato, determinato e, per ciò stesso, limitato dalla sua stessa istituzionalizzazione; cosicché segna la fine della libertà del processo costituente. Invece, il potere costituente è atto di scelta libera, pura creazione, costruzione di un nuovo tempo: «il potere costituente si presenta come distensione rivoluzionaria dell'umana capacità di costruire la storia, come atto fondamentale di innovazione e quindi come procedura assoluta»¹⁶⁵. Ma, primo, non si capisce come la «molteplicità aperta», l'«insieme di singolarità»¹⁶⁶, la moltitudine, intesa come potenza aristotelica, pienezza di assenza, vuoto di infinite possibilità, *fiat* creativo inesauribile, infinito, incommensurabile e irrappresentabile, possa volere, compiere azioni, chi e come prende la parola nella moltitudine e per la moltitudine. Secondo, il potere costituente cessa di essere un concetto politico e si presenta come una categoria dell'ontologia: il problema del potere costituente è, appunto, quello della costituzione della potenza, del rapporto tra potenza e atto. Così, per sciogliere il potere costituente dalle aporie della sovranità occorrerebbe pensare una ontologia della potenza che sostituisca l'ontologia fondata sul primato dell'atto.

Per Agamben, «forza-di-legge», la forza-di-legge senza legge, è manifestazione sensibile, fenomeno, nel diritto vigente dello stato di eccezione¹⁶⁷. In quello stato la vita è nuda vita, vita naturale, con un residuo naturalistico che allontana Agamben dalla concezione artificiale, culturale, della vita che, nel materialismo storico di Foucault, è *bios* e non *zoè*.

¹⁶¹ È il caustico giudizio di A. FONTANA, *Lezioni sulla sicurezza*, a cura di E. Cristofaro, Milano-Udine, 2021, 20, che discorre al proposito di «falsificazione del concetto di bio-potere».

¹⁶² S. CHIGNOLA, *Da dentro. Biopolitica, bioeconomia, Italian Theory*, Roma, 2018, 187.

¹⁶³ A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggi sulle alternative del Moderno*, Roma, 2002, e, con toni camusiani, *Id., Il comune in rivolta. Sul potere costituente delle lotte*, Verona, 2012.

¹⁶⁴ A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., 31 ss.

¹⁶⁵ *Ivi*, 40.

¹⁶⁶ *Ivi*, 28.

¹⁶⁷ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Torino, 2003, spec. 50 ss.; già *Id., Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, spec. 57 ss.



L'eccezione è, infatti, il «dispositivo originario attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione»¹⁶⁸. L'eccezione concerne una soglia, «una zona di indifferenza, in cui dentro e fuori non si escludono, ma s'indeterminano»¹⁶⁹. Lo stato di eccezione di Agamben non è uno stato del diritto ma è uno spazio senza diritto, ove il diritto è disattivato: vi prevale la vita, il fatto, l'azione. Non è uno stato *pleromatico*, uno stato di pieni poteri, ma uno stato *kenomatico*, un vuoto e un arresto di diritto¹⁷⁰, l'in-esecuzione del diritto sulla base del *iustitium* romano¹⁷¹. Ma non è neppure uno stato di natura: non lo è perché l'anomia risulta dalla sospensione del diritto e implica il diritto proprio nel momento in cui lo esclude, sospendendolo. È, in qualche modo, impuro, condizionato.

Lo spazio dell'anomia – e qui è il passaggio decisivo – è (in-)definibile come la separazione, l'isolamento, della «forza-di-legge» dalla «forma» di legge, dell'applicazione dalla vigenza: una soglia di indecidibilità fra vita e diritto, fra anomia e *nomos*. L'anomia «vive», in senso proprio, nella moderna forza-di-legge come nell'antica legge vivente. Nel diritto e nella gius-pubblicistica contemporanei, «forza di legge» si riferisce, infatti, non alla legge ma ai decreti del Governo d'urgenza: la forza di legge è esattamente il dispositivo che attribuisce ai decreti un'efficacia pari alla legge, valgono come leggi, ma per ciò stesso separa l'applicazione, la *vis obligandi*, della legge dalla sua forma. In questo senso Eichmann diceva che «le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]»¹⁷². A dire che l'esistenza è superiore alla validità. La decisione di chi è sovrano, perché decide sullo stato di eccezione, è la pura forza che vale come legge. E la forza-di-legge è manifestazione dello stato di eccezione perché è uno stato in cui la norma vige ma non si applica (non ha forza) e in cui, invece, i decreti che non hanno valore di legge (perché non ne hanno la forma) ne hanno, però, la forza. È una «forza-di-legge senza legge»¹⁷³, graficamente forza-di-legge: la sospensione della (forma di) legge libera la forza. Nel caso dei decreti del Governo con forza di legge norma e applicazione esibiscono la loro separazione: «una pura forza-di-legge attua (cioè applica-dis-applicando) una norma la cui applicazione è stata sospesa»¹⁷⁴. Il diritto si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma di legge) e una pura applicazione senza vigenza (la forza-di-legge).

Ciò, alla fin fine, porta a «la disattivazione e l'inoperosità del diritto», del dispositivo che lega il diritto alla vita, vale a dire proprio ciò che la forza-di-legge «– che mantiene in opera il diritto al di là della sua sospensione *formale* – intende impedire»¹⁷⁵.

Qui non si vuole – né si saprebbe – discutere teoricamente se lo stato di eccezione – e la forza di legge che ne sarebbe fenomeno – sia l'arresto del diritto: non è possibile, come abbiamo detto all'inizio, discutere giuridicamente di ciò che non è giuridico. Questa dottrina è, però, invalida per il diritto costituzionale vigente.

¹⁶⁸ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 10.

¹⁶⁹ *Ivi*, 34.

¹⁷⁰ *Ivi*, 63.

¹⁷¹ Ma per una critica alla lettura dell'istituto del *iustitium* nel diritto romano come meccanismo di arresto del diritto L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, 117 ss. e Id., *Echi del diritto romano nell'arte e nel pensiero*, Pisa, 2018, 179 ss.

¹⁷² *Ivi*, 51.

¹⁷³ *Ivi*, 52.

¹⁷⁴ *Ivi*, 54.

¹⁷⁵ *Ivi*, 83.

Nella Costituzione italiana è vero che la «forza di legge» è separata dalla forma legislativa, ma non è uno stato *kenomatico*, l'indeterminazione tra fatto e diritto, il punto in cui il fatto è diritto e il diritto è fatto. La «forza di legge» è diritto positivo, è posta da e in un documento giuridico: è dentro l'ordine giuridico costituito. Se il documento costituzionale, quale legge costituzionale deliberata, include come diritto vigente i decreti con forza di legge, non può dirsi che quei decreti siano forza-di-legge, almeno non nel senso di forza-di-legge senza legge, vita, mera efficacia/applicazione, violenza governamentale e, dunque, non diritto. Gli art. 76 e 77, come l'art. 70, sono diritto esistente-vigente, efficace e valido, in quanto fondato e riconosciuto. Nella forza di legge l'efficacia, la produzione di effetti, presuppone un atto giuridicamente esistente, in quanto conforme alla propria regola costitutiva e, benché disgiunta dalla validità (costituzionale), ne è variamente condizionata. La legge esiste a prescindere dalla sua validità, ma non ne è affatto superiore. Solo se la legge o l'atto equiparato è inesistente, perché non è riconducibile al "tipo", rileva come mero fatto, ma allora è privo di forza di legge.

La conclusione non muta se si guarda al solo atto con forza di legge che ha a che vedere con l'eccezione, il decreto-legge, che è poi l'unico decreto a cui la Costituzione attribuisce espressamente «forza di legge», considerato che del decreto legislativo predica il «valore di legge». All'art. 77, comma 2, è stata formalizzata una tipica competenza di emergenza: è quel tanto di stato di eccezione che la Costituzione democratico-pluralistica ha sopportato e ha incluso nel diritto. Forse, proprio per includere, escludendolo, lo stato di eccezione come stato estremo, anomia e violenza pura, ha messo in forma il potere di eccezione come esercizio di una competenza delimitata dal diritto, un'eccezione relativa. La Costituzione ammette la sospensione, la deroga temporanea, della legge con un atto che non ne ha la forma. È in un certo qual modo il legame, la relazione, che il diritto scritto tenta di assicurare tra quel tanto di *Gewalt* anomica che il diritto può concepire e il diritto stesso. Ma è diritto e non pura applicazione: il decreto con forza di legge del Governo non è un fatto, ma una competenza istituita dall'art. 77, comma 2. Se poi si ritenesse il decreto-legge diritto, originariamente, invalido, resterebbe diritto, non diverrebbe un fatto: diversamente non se ne potrebbe predicare la validità o invalidità. In ogni caso, dal punto di vista interno al diritto posto, la limitazione del decreto con forza di legge ai «casi straordinari di necessità ed urgenza» è ciò che precisamente ne esclude la normalizzazione: l'eccezione non deve divenire la regola e, se si rispettano le condizioni di validità, i suoi due elementi costitutivi, il fatto e il diritto, l'efficacia e la validità, separati ma correlati, non si indeterminano e non trasformano il dispositivo giuridico in una «macchina letale»¹⁷⁶. Per il diritto posto, l'eccezione che diviene regola è diritto invalido.

¹⁷⁶ È, quindi, esclusa dall'orizzonte del diritto positivo la conclusione che G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 110, trae dalla trasformazione dello stato di eccezione, in cui vita e diritto si indeterminano, in regola.

“When green turns dark”: alcune riflessioni sui diritti umani e le energie rinnovabili nell’ambito del diritto internazionale, con brevi cenni al caso della Sardegna

Simona Fanni*

“WHEN GREEN TURNS DARK”: SOME REFLECTIONS ON HUMAN RIGHTS AND RENEWABLE ENERGIES IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW, MAKING SOME REFERENCE TO THE CASE OF SARDINIA
ABSTRACT: The European Union has set the ambitious goal of achieving climate neutrality by 2050. The energy transition is fundamental for achieving this objective, and requires to increase the use of renewable energies, according to Directive 2018/2001. However, it is necessary to ensure the consistency of the energy transition with human rights and the principles of intergenerational equity, environmental justice, self-determination as well as permanent sovereignty over natural resources. This study analyses this complex issue from the perspective of international law, while making some reference to the Sardinian case, since it has inspired this research.

KEYWORDS: Renewable energies; energy transition; environmental justice; human rights; Sardinia

ABSTRACT: L’Unione Europea ha stabilito l’ambizioso obiettivo di conseguire la neutralità climatica entro l’anno 2050. La transizione energetica è fondamentale per realizzare questo proposito, e implica l’incremento dell’uso delle energie dalle fonti rinnovabili, come contemplato nella Direttiva 2018/2001. Tuttavia, è necessario assicurare la conformità della transizione energetica con la tutela dei diritti umani e i principi di equità intergenerazionale, di giustizia ambientale, così come con l’autodeterminazione e la sovranità permanente sulle risorse naturali. Il presente studio sviluppa un’analisi di questa tematica secondo il diritto internazionale e facendo dei riferimenti alla situazione della Regione Sardegna, che ha offerto gli spunti di riflessione.

PAROLE CHIAVE: Energie rinnovabili; transizione energetica; diritti umani; giustizia ambientale; Sardegna

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Luci e ombre della sostenibilità: diritti umani, generazioni future e sfide complesse – 3. Giustizia ambientale e partecipazione: quale ruolo per la comunità – 4. Le risorse fra i diritti umani e le

* *Professoressa Sostituta Interina di Diritto Internazionale Pubblico e Istituzioni Giuridiche dell’Unione Europea, Università di Siviglia. Mail: sfanni@us.es. Questo contributo è stato elaborato e sviluppato nell’ambito del Progetto PID2021- 122143NB-I00: “Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI (MESESA)”. Finanziato dal Ministero della Scienza e dell’Innovazione/AEI/10.130.39/501100011033/FEDER/UE. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

esigenze connesse allo sviluppo – 5. “Un’umana solidarietà” e un’osmotica connessione oltre i confini europei – 6. Il diritto alla terra nella dialettica scandita dall’osservazione generale n. 26 del 2022 – 7. Oltre l’umanità e l’antropocentrismo: i diritti della Natura – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Esiste un filo rosso, che attraversa la storia e serpeggia attraverso le asperità degli interessi economici che, sovente, si scontrano con l’identità e le tradizioni dei Popoli, e con l’intima connessione fra questi ultimi, l’ambiente in cui vivono e le risorse che esso offre. Dalle radici di una visione ancestrale, spesso perfino viscerale, questa connessione si sostanzia nella dimensione presente ma intrinseca nell’indole umana dei diritti e nelle sfide che un futuro troppo rapido nel rivelarsi nella quotidianità dell’Umanità e degli Stati propone e, volte, impone.

Le idee e la motivazione che mi hanno condotto a scrivere questo articolo sono da ricercarsi in quel filo rosso, che attualmente sta interessando la Sardegna con particolare forza. La Terra dei Giganti nuragici sta attualmente affrontando una delicata sfida, quella dei “giganti eolici” e delle distese fotovoltaiche, che racchiudono la promessa di un futuro verde ma che, se non adeguatamente amministrate e gestite, assumono le più fosche tinte dell’iniquità, dell’ingiustizia, e perfino della speculazione¹. Al principio, questo lavoro era stato concepito come una breve lettera aperta, che si apriva con l’*incipit* “Cari Lettori”. L’avvicinarsi delle parole e dei pensieri e l’irriducibile curiosità e motivazione della ricerca e della scienza hanno profondamente trasformato quell’originario proposito, conducendo a un ben più esteso e profondamente diverso lavoro.

La presente riflessione è stata concepita con una grande emotività nel cuore, che ha rappresentato la motivazione di chi scrive. Ma questa motivazione, nella redazione del contributo, è stata riservata all’intimità dei pensieri e dei sentimenti, per affidare il suo sviluppo scientifico alla lucidità e l’obiettività che devono necessariamente contrassegnare ogni accademico.

Ho iniziato a scrivere queste riflessioni alla vigilia della votazione del Consiglio della Regione Sardegna che avrebbe condotto all’assunzione di una delle più delicate decisioni sul futuro di questa Terra, che Federico Buffa², con la sua suggestiva dialettica, ha definito “antica e aromatica”. Si trattava, nello specifico della legge regionale intesa a bloccare per 18 mesi la realizzazione di nuovi impianti di produzione e accumulo di energia elettrica da fonti rinnovabili (“Misure urgenti per la salvaguardia del paesaggio e dei beni paesaggistici e ambientali”). A partire da quel momento, il quadro ha conosciuto

¹ Appare opportuno menzionare i dati che descrivono le proporzioni del fenomeno che sta investendo la Sardegna, per poter apprezzare le ragioni delle perplessità che sorgono sul piano giuridico esplorato dal presente articolo. Secondo quanto riportato da uno dei principali quotidiani sardi, “[s]econdo l’ultimo report di Terna, aggiornato al 31 marzo, in Sardegna sono state presentate 809 richieste di allaccio di impianti di produzione di energia rinnovabile alla rete elettrica nazionale. In caso di via libera, produrrebbero 57,67 Gigawatt di potenza”, una quantità idonea a soddisfare le esigenze energetiche di 50 milioni di persone – a fronte dell’esigua cifra di poco più di un milione e mezzo di abitanti della Sardegna. “Paesaggio sardo in pericolo, il dossier: 3.700 pale eoliche e fotovoltaico su 86.212 campi di calcio”, *L’Unione Sarda*, 26 aprile 2024, <https://www.unionesarda.it/news-sardegna/paesaggio-sardo-in-pericolo-il-dossier-3700-pale-eoliche-e-fotovoltaico-su-86212-campi-di-calcio-in4rhjrx>, ultimo accesso 7 dicembre 2024.

² Federico Buffa ha pronunciato queste parole nell’episodio della mini serie “Buffa racconta”, andato in onda il 20 dicembre 2019.

una rapida e importante evoluzione in pochi mesi, che è giunta a culminare nella Proposta di legge di iniziativa popolare denominata “Pratobello ‘24”, che racchiude, più specificamente, la proposta delle “Disposizioni normative urbanistiche relative all’insediamento di impianti fotovoltaici industriali e eolici terrestri con recepimento di principi e obblighi di tutela e valorizzazione contenuti in programmi sovranazionali, nazionali e regionali”.

Alla luce di questo complesso scenario, che è ancora suscettibile di ben pregnanti sviluppi, è stata concepita la presente riflessione, che si dedica all’analisi del panorama dei diritti umani e dei principi di centrale importanza nell’ambito ambientale, che non possono che costituire un riferimento e una guida imprescindibili anche nel campo della transizione energetica.

Lo studio è stato sviluppato tenendo in costante considerazione l’evoluzione giurisprudenziale che viene diffondendosi tanto sul piano internazionale che nazionale, vedendo come protagoniste, in ambito domestico, una nutrita serie di Corti, specialmente le Corti Costituzionali. In questo senso, il presente contributo ha adottato una metodologia precipuamente fondata sul diritto internazionale, ma con un respiro altresì comparatistico, data la portata globale e multilivello del fenomeno noto come “*climate litigation wave*”, ossia dell’affermarsi e dell’autentico dilagare di un’ondata di giurisprudenza climatica.

L’obiettivo è analizzare il quadro di diritti umani e di principi che costituiscono le coordinate indefettibili per una transizione energetica giusta, equa ed etica, capace di soddisfare e preservare con lungimiranza le istanze diacroniche delle generazioni presenti e future.

Pertanto, coerentemente con quest’ottica, la riflessione si articola come segue: in primo luogo, l’analisi si concentra sulla dimensione della sostenibilità, saggiandone luci e ombre, e ricordano l’affascinante ed efficace prospettiva del Professor Jorge E. Viñuales, e sviluppato in modo affascinante dal Professor Atkins e dal Professor Jaria i Manzano secondo cui parlare di sostenibilità è un esercizio di ambiguità³. In quest’ottica, la riflessione sulla sostenibilità si declina alla luce dell’equità intergenerazionale e del linguaggio delle generazioni future, ponendo enfasi, in quest’ottica, sulle sfide che si prospettano. Nel paragrafo 3, lo studio si addentra nella sfera della giustizia ambientale, dedicando particolare attenzione al suo versante partecipativo e al ruolo rivestito dalla comunità. I successivi paragrafi si incentrano sulle molteplici implicazioni che sorgono nella sfera dei diritti umani, e che mostrano le contraddizioni e i rischi che è indispensabile affrontare per assicurarsi che la transizione energetica sia realizzata coerentemente con principi analizzati e con i diritti umani nelle diverse regioni del mondo coinvolte in questo indispensabile ma complesso processo. In quest’ottica l’interazione fra il Nord Globale e il Sud Globale è posta in luce, attraverso il concetto di extraterritorialità e la logica della solidarietà non solo intergenerazionale ma anche interspaziale, per ricordare le parole del compianto Giudice Cançado Trindade. Il principio della sovranità permanente sulle risorse, il diritto allo sviluppo, il diritto alla terra, conferiscono la sostanza a una riflessione critica ma che ambisce a essere propositiva e costruttiva per il futuro. Alla luce delle problematiche e delle questioni affrontate, si formulano, infine,

³ J. JARIA-MANZANO, *Sustainability and Justice: A Constitution of Fragility*, in D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (a cura di), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, Newcastle upon Tyne, 2018, 6-21, 10 e la Prefazione dell’opera, redatta dal Professor Viñuales. Si veda, inoltre, E. ATKINS, *Deflective Discourse and Sustainable Development*, in D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (a cura di), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, cit., 70-87, 71, 75.

alcune conclusioni critiche che si incentrano primariamente sulla realtà della Sardegna, ma che possono, con i dovuti adattamenti, applicarsi ai molteplici contesti che tanto in Italia come in altre zone d'Europa si confrontano con le sfide connesse con la transizione energetica, e l'imprescindibile esigenza di salvaguardare il territorio, nel suo versante paesaggistico e ambientale, senza trascurarne la fondamentale indole identitaria e la protezione dei beni archeologici, il cui valore per le comunità locali e per l'intera umanità ci impone una rispettosa e incisiva prudenza.

2. Luci e ombre della sostenibilità: diritti umani, generazioni future e sfide complesse

Nel caso di chi scrive, l'impegno accademico richiamato nell'Introduzione, ha significato, fra i diversi interessi scientifici, dedicarsi allo studio dei diritti umani e la loro profonda connessione con la vita e il mondo che ci circonda. Un'idea di unione e armonia che anima da lungo tempo il linguaggio dei diritti umani e il nostro rapporto con l'ambiente, quel «ritmo e quell'armonia della Natura» che, nel 1994, nel caso *Minors Oposa*⁴, la Corte Suprema delle Filippine seppe tradurre in una visione lungimirante e trascendentale, un'autentica responsabilità delle generazioni attuali – noi tutti – verso coloro che ci succederanno nello scorrere incessante del tempo e della Vita. Siamo pertanto tutti chiamati «all'uso, la disposizione, la gestione, la rigenerazione e la conservazione giudiziosi delle [...] risorse naturali del Paese, affinché la loro esplorazione, il loro sviluppo e utilizzo le preservi equamente accessibili alle generazioni presenti e future».

Questo concetto rispecchia l'essenza dello sviluppo sostenibile, un concetto che si tardò a forgiare espressamente sebbene già la Dichiarazione di Stoccolma, nel 1972, avesse riconosciuto esplicitamente l'interconnessione fra l'ambiente e i diritti umani, un *leit motiv* che non smetterà mai di accompagnare la dialettica del diritto e dei diritti.

Nel 1988, il Rapporto Brundtland, che porta il nome della lungimirante allora Presidente della Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, Gro Harlem Brundtland, ci consegna finalmente quel fondamentale concetto che è divenuto motore e giustificazione ultima delle politiche ambientali ed energetiche auspicabili.

È eloquente che il Rapporto Brundtland sia anche noto come “*Our Common Future*”, “Il Nostro Futuro Comune”, a ricordarci ancora una volta come i diritti sappiano trascendere la solitudine dell'individuo per trasformarsi in elemento di coesione e interconnessione.

Lo sviluppo sostenibile per la preservazione e la costruzione del “Nostro Futuro Comune” consiste, secondo la sua formulazione, in «quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri».

Questo concetto è così importante perché incarna il nucleo dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile, nonché del *Green Deal* Europeo che si trova alla base della transizione energetica che promuove lo sviluppo delle cosiddette “energie rinnovabili”, fra cui l'energia eolica e fotovoltaica.

Il proposito è ambizioso. Per citare le parole della stessa Unione Europea, si sostiene che «[l]a decarbonizzazione del sistema energetico dell'UE è [...] fondamentale per conseguire i nostri obiettivi

⁴ *Minors Oposa v. DENR*, Supreme Court of the Philippines, 33 I.L.M. 173 (1994).



climatici per il 2030 e realizzare la strategia a lungo termine dell'UE, che punta a conseguire la neutralità in termini di emissioni di carbonio entro il 2050”⁵.

Si chiarisce la giustificazione di questo proposito, ricordando che «[l]a produzione e l'utilizzo di energia rappresentano oltre il 75% delle emissioni di gas a effetto serra dell'UE”⁶, e si delucida inoltre che le “iniziative strategiche” che formano del Green Deal «[s]ost[engono] la trasformazione dell'UE in una società equa e prospera con un'economia moderna e competitiva»⁷.

A una più attenta lettura, emerge come quest'ambiziosa visione riveli ciò che ha saggiamente posto in luce i Professori Viñuales e Atkins, nonché il Professor Jordi Jaria i Manzano, esperto Docente dell'Università Rovira i Virgili di Tarragona, in Spagna, un centro di riferimento internazionale per il diritto ambientale.

Gli Accademici citati hanno chiaramente affermato e sviluppato l'idea che «parlare di sviluppo sostenibile è un esercizio di ambiguità»⁸. Ed è proprio la loro attenta osservazione che ci conduce alla Sardegna e all'idea di “transizione energetica” che a livello nazionale si vuole implementare e applicare a questa Terra.

L'esigenza della transizione energetica è innegabile. Ma è altrettanto indispensabile che questo processo avvenga in modo scientificamente ponderato e nel rispetto dei diritti delle comunità interessate. Diritti umani, per essere ancora più scrupolosi nel linguaggio – che è forma e sostanza.

La “scienza”, espressione affascinante in cui convergono studi di variegata indole e sovente multidisciplinari, sta progressivamente chiarendo l'impatto ambientale delle strutture di produzione delle energie rinnovabili. Gli studi sono molteplici⁹; i dati che esprimono, in virtù dell'evidenza scientifica, suggeriscono l'esigenza di prendere in adeguata considerazione una serie di rischi, quali l'inaridimento del suolo, l'impatto negativo sull'ecosistema e sulla biodiversità. Anche le falde acquifere (e, dunque, l'acqua utilizzata, per esempio, per l'agricoltura e per la produzione di alimenti o dell'acqua minerale¹⁰) possono essere interessate.

⁵ Si veda la pagina web: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/energy-and-green-deal_it (ultima consultazione 29/09/2024).

⁶ Si veda il sito: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/energy-and-green-deal_it (ultima consultazione 29/09/2024).

⁷ Si veda il sito: <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/green-deal/#:~:text=Il%20Green%20Deal%20europeo%20C3%A8%20un%20pacchetto%20di%20iniziative%20strategiche,un'economia%20moderna%20e%20competitiva> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁸ Si veda J. JARIA-MANZANO, *op. cit.*, 10, oltre alla Prefazione (redatta da J.E. VIÑUALES) dell'opera D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (a cura di), *op. cit.*, e E. ATKINS, *op. cit.*, 70-87, specialmente 71, 75.

⁹ Si vedano: G. WANG, G. LI, Z. LIU, *Wind farms dry surface soil in temporal and spatial variati*, in *MethodsX*, 10, 2023, accessibile sul sito <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0048969722063926> (ultima consultazione 29/09/2024); T. AKSOY ET AL., *Impacts of wind turbines on vegetation and soil cover: a case study of Urla, Cesme, and Karaburun Peninsulas, Turkey*, in *Clean Technologies and Environmental Policy*, 25, 2023, 51-68, accessibile sul sito https://tethys.pnnl.gov/sites/default/files/publications/Aksoy_et_al.pdf (ultima consultazione 29/09/2024); A. ATASU, S. DURAN, L. N. VAN WASSENHOVE, *The Dark Side of Solar Power*, in *Harvard Business Review*, 18 Giugno 2021, accessibile sul sito <https://hbr.org/2021/06/the-dark-side-of-solar-power> (ultima consultazione 29/09/2024). Per ragioni di estensione, si citano solo alcuni degli studi più significativi, che sono stati selezionati sulla base della data (sono stati scelti i più recenti) e della maggior pertinenza.

¹⁰ Può consultarsi anche il sito: <https://bit.ly/3OUMrAJ> (ultima consultazione 29/09/2024).

È pertanto indispensabile definire con rigore l'ubicazione e l'estensione di ogni progetto – specifiche e, al contempo, complessive sul territorio nel suo insieme – dei parchi eolici e fotovoltaici, e il diritto fornisce alla scienza e alla politica strumenti preziosi e tecnici che consentono di identificare e strutturare le scelte opportune e di definirne normativamente i contenuti.

In questo senso, è uno dei più importanti Organi dei Diritti Umani a chiarire contenuto e portata degli obblighi statali così come dei nostri diritti. Nella sua Osservazione Generale n. 26 del 2022, sul diritto alla terra, al paragrafo 2, lettera e), il Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali afferma con chiarezza che «le misure di mitigazione del cambiamento climatico, come i progetti di energia rinnovabile su vasta scala [...] possono contribuire a queste tendenze se non si gestiscono in modo adeguato». Le “tendenze” a cui si fa riferimento sono descritte al punto precedente, la lettera d), dove si dice che:

«La degradazione delle terre dovuta al sovrasfruttamento, la gestione carente e l'insostenibilità di certe pratiche agricole ha provocato insicurezza alimentare e la degradazione dell'acqua ed è direttamente connessa con il cambiamento climatico e la degradazione ambiente, la qual cosa determina un incremento del rischio dei cambiamenti ambientali generalizzati, bruschi e irreversibili, fra cui la desertificazione massiva»¹¹.

L'affermazione del Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali pone dunque in luce, con grande chiarezza, che un'adozione inadeguata delle misure di mitigazione e, specificamente, di “progetti di energia rinnovabile su vasta scala” è tanto controproducente quanto fenomeni, o meglio pratiche di matrice umana – quali il sovrasfruttamento – capaci di cagionare la degradazione delle terre e che costituiscono una causa dello stesso cambiamento climatico e della degradazione ambientale che proprio la transizione energetica ambisce a contrastare.

A questo punto, occorre soffermarsi su alcuni ulteriori aspetti che incarnano esattamente quell'ambiguità che i Professori Viñuales, Atkins e Jaria i Manzano¹² hanno messo a nudo dirigendosi alla stessa sostanza ontologica e semantica dello sviluppo sostenibile, ossia quella contraddizione fra un'idea di sviluppo che in sé implica l'incessante crescita economica e, al contempo, la preservazione dell'ambiente e delle risorse che esso offre.

¹¹ Riporto il testo nella sua versione in lingua spagnola: «d) La degradación de las tierras debido a la sobreexplotación, la gestión deficiente y la insostenibilidad de ciertas prácticas agrícolas ha provocado inseguridad alimentaria y la degradación del agua y está directamente relacionada con el cambio climático y la degradación ambiental, lo que ha hecho que aumente el riesgo de cambios ambientales generalizados, abruptos e irreversibles, entre ellos una desertificación masiva; e) Las medidas de mitigación del cambio climático, como los proyectos de energía renovable a gran escala o las medidas de reforestación, pueden contribuir a estas tendencias si no se gestionan de forma adecuada». Il testo in lingua spagnola e in altre lingue, come l'inglese e il francese è accessibile attraverso il presente link: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/ec12gc26-general-comment-no-26-2022-land-and> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹² Si veda J. JARIA-MANZANO, *op. cit.*, 10, oltre alla Prefazione (redatta da J.E. VIÑUALES) dell'opera D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (a cura di), *op. cit.*, e E. ATKINS, *op. cit.*, 70-87, specialmente 71, 75.

In questo senso, è prima di tutto opportuno soffermarsi sul significato della mitigazione che, come chiarito anche dall’Agenzia Europea dell’ambiente, «significa rendere meno gravi gli impatti dei cambiamenti climatici *prevenendo o diminuendo l'emissione di gas a effetto serra*¹³ (GES) nell'atmosfera»¹⁴. L'estrazione e la combustione dei combustibili fossili, in concreto il carbone e il gas naturale, sono un fattore determinante in rapporto alle emissioni¹⁵, e la loro riduzione è pertanto un obiettivo primario. Infatti, si tratta di uno dei propositi che si ambisce a perseguire attraverso la transizione energetica e la decarbonizzazione, con il fine di conseguire gli obiettivi contemplati dall’Accordo di Parigi, entrato in vigore nel 2016 come pietra miliare nella lotta contro il cambiamento climatico.

La connessione fra la riduzione delle emissioni e, nello specifico, la mitigazione e le misure volte a perseguirla, si permea del linguaggio dei diritti umani. In dottrina, ciò è stato espresso in modo paradigmatico da Michael Burger e Jessica Wentz, quando hanno sostenuto che «sussiste un crescente consensus [dunque, una crescente convergenza di vedute] in merito all’esistenza di un’obbligazione di mitigazione [in capo agli Stati] secondo i diritti umani»¹⁶.

Quest’obbligazione è stata specificata e le sono stati conferiti corpo e sostanza giuridica in un’ampia serie di pronunce di varie Corti nazionali (sovente Corti Costituzionali o Corti Supreme) che si collocano nell’ambito di una giurisprudenza che viene crescendo costantemente a livello globale e che è stata definita una vera e propria “ondata di contenzioso climatico”¹⁷.

Osservando questo panorama, che affonda le proprie radici nella storica sentenza resa dalla Corte Suprema olandese nel caso *Urgenda*¹⁸ solo cinque anni orsono, possono richiamarsi la sentenza della Corte Suprema brasiliana nel caso *PSB e altri*¹⁹ così come la decisione della Corte Costituzionale tedesca nel caso *Neubauer*, che rappresentano due esempi paradigmatici, affermandosi sulla base di previsioni costituzionali in materia di ambiente e nella prima decisione l’esistenza di un *poder-dever*, un potere-dovere statale di ridurre le emissioni e nella seconda pronuncia un dovere di cura (traduzione letterale dall’inglese “duty of care”) verso le generazioni future, che implica una corretta allocazione del “carbon budget”, consistente, in concreto, nella quantità di emissioni che ogni generazione può produrre

¹³ Enfasi da me aggiunta.

¹⁴ Si veda il sito: [https://www.eea.europa.eu/it/help/domande-frequenti/qual-e-la-differenza-tra#:~:text=%C2%ABMitigazione%C2%BB%20significa%20rendere%20meno%20gravi,\(GES\)%20nell'atmosfera](https://www.eea.europa.eu/it/help/domande-frequenti/qual-e-la-differenza-tra#:~:text=%C2%ABMitigazione%C2%BB%20significa%20rendere%20meno%20gravi,(GES)%20nell'atmosfera) (ultima consultazione 29/09/2024).

¹⁵ Può vedersi, per esempio, INTERNATIONAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), Report ‘Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change’, 2022, specialmente le pp. 55 e 628, ma i riferimenti sono diffusi nel testo.

¹⁶ Letteralmente: «growing consensus that a mitigation obligation does exist under international human rights law», M. BURGER, J. WENTZ, Climate Change and Human Rights, in M. FAURE (a cura di), in *Encyclopedia of Environmental Law*, Cheltenham, 2015, 198-212, 205.

¹⁷ Dall’inglese “climate litigation wave”. È possibile monitorare gli sviluppi di questa giurisprudenza sul sito del Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, che fa parte della London School of Economics: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹⁸ *Staat der Nederlanden v. Urgenda*, Hoge Raad 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, in cui la Corte affermò che il governo era tenuto a ridurre di almeno il 25% le emissioni di CO2 nell’atmosfera entro la fine del 2020, richiamando peraltro la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo –in particolare, gli articoli 2 e 8– a sostegno e fondamento delle proprie argomentazioni giuridiche.

¹⁹ *PSB et al. v Brazil*, Supreme Court of Brazil, ADPF 760 (2020), paragrafo 17.

affinché sia preservata e mantenuta la sostenibilità dello sviluppo²⁰. In dottrina, non a caso, si è detto che la sentenza *Neubauer* ha sancito la “giustiziabilità” dello sviluppo sostenibile²¹.

La questione centrale è, quindi, come gli Stati debbano esercitare tale potere-dovere e tale dovere di cura verso le generazioni future. In questo senso, ancora una volta le risposte sono offerte dall’incessante e crescente impegno delle Corti di tutto il mondo, trasversalmente a tutti i livelli.

La visione più saliente ed emblematica è stata espressa dalla Corte Costituzionale colombiana, riconosciuta come pioniera nello scandire e sostanziare un’innovativa e solida protezione della Natura²², delle generazioni future e dei diritti dell’umanità in modo diacronico, per coloro che già popolano il nostro Pianeta e per coloro che ci succederanno.

Con rigore giuridico e con una profonda forza evocativa, la Corte Costituzionale colombiana delinea una concezione “ecocéntrica-antrópica”, fondata sull’armonia fra l’Uomo e la Natura che è comunanza e simbiosi di Vita e unità di destino²³. I Giudici di Bogotà, nella coscienza del sommo compito di “Custode della Costituzione”²⁴ che compete alla Suprema Corte, affermano una visione, solidamente fondata nelle norme, in virtù della quale l’essere umano e le generazioni future formano parte dell’ecosistema e della Natura, essendo «la conservazione della Natura” essenziale per «mantener [por siempre] la vida de los seres humanos»²⁵. Da ciò, la Corte evince una “relazione giuridica obbligatoria in rapporto ai diritti ambientali delle generazioni future”, che si esprime attraverso una «prestazione di non fare, il cui effetto si traduce in una limitazione della libertà d’agire delle generazioni presenti» nonché «in un’attività di cura e custodia dei beni naturali e del mondo umano futuro»²⁶.

²⁰ Nello specifico, nel caso *Neubauer*, la Corte Costituzionale tedesca afferma che: «non si deve consentire che una generazione consumi ampie porzioni del budget di CO2 sostenendo, al contempo, uno sforzo di riduzione delle emissioni relativamente inferiore, qualora ciò comporti l’esposizione delle future generazioni a una drastica diminuzione de loro budget ed esponga le loro vite a gravi limitazioni delle loro libertà”. Mia traduzione, con i dovuti adattamenti alla lingua italiana, del seguente passaggio della sentenza *Neubauer*, tratto dalla traduzione ufficiale dal tedesco all’inglese disponibile sul sito della Corte Costituzionale tedesca: «one generation must not be allowed to consume large portions of the CO2 budget while bearing a relatively minor share of the reduction effort, if this would involve leaving subsequent generations with a drastic reduction burden and expose their lives to serious losses of freedom” . Gli estremi della decisione e il paragrafo di riferimento: *Neubauer, et al. v. Germany*, Bundesverfassungsgericht [BVerfG], 24 March 2021, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20, paragrafo 192.

²¹ Si veda J. BÄUMLER, *Sustainable Development made justiciable: The German Constitutional Court’s climate ruling on intra- and inter-generational equity*, in *EJIL:Talk!*, 8 giugno 2021, accessibile attraverso il presente link: <https://www.ejiltalk.org/sustainable-development-made-justiciable-the-german-constitutional-courts-climate-ruling-on-intra-and-inter-generational-equity/> (ultima consultazione 29/09/2024).

²² Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] [Supreme Court], Sala Civ., *Demanda Generaciones Futuras v. Minambiente* (“Generaciones Futuras”), 5 de abril de 2018, STC4360-2018, Radicación no. 11001-22-03-000-2018-00319-01 (Colom.) (*Generaciones Futuras*).

²³ *Generaciones Futuras*, para. 5.3, p. 20.

²⁴ “Guardián de la Constitución”, così come affermato nel sito <https://www.corteconstitucional.gov.co/> (ultima consultazione 29/09/2024).

²⁵ «Preservare [per sempre] la vita degli esseri umani” *Generaciones Futuras*, para. 5.3, p. 20.

²⁶ Il passaggio è tratto e tradotto da un lavoro che chi scrive ha redatto in lingua spagnola. Il testo originale in lingua spagnola recita: «La Suprema Corte ha afirmado una concepción, en virtud de la que el ser humano y las generaciones futuras forman parte del ecosistema y de la naturaleza, siendo la “conservación de la naturaleza”, esencial para “mantener [por siempre] la vida de los seres humanos”. De ello, se ha desprendido una “relación jurídica obligatoria de los derechos ambientales de las generaciones futuras”, que se expresa a través de una

Quindi, «*in fairness to future generations*», «secondo giustizia ed equità, alle generazioni future», come direbbe Edith Brown Weiss²⁷, che in dottrina ha forgiato e promosso il concetto di “equità intergenerazionale”, con tanta autorevolezza da essere richiamata dal Segretario Generale delle Nazioni Unite nel suo Report “*Intergenerational solidarity and the needs of future generations*”.

Due considerazioni discendono naturalmente: in primo luogo, occorre sottolineare la globalità della visione espressa dai Giudici Costituzionali colombiani, che trascende i confini del Paese latino-americano e trova pieno e continuo riscontro globale nelle pronunce nazionali e internazionali. In questo senso, non si può prescindere dal ricordare la giurisprudenza dello stesso continente, specialmente ecuadoregna, ma anche asiatica, laddove si chiarisce, innanzitutto, che quest’obbligo diacronico e intergenerazionale costituisce un dovere di preservazione dell’ecosistema e della biodiversità²⁸, che si relaziona, altresì, ontologicamente e intrinsecamente, con gli obblighi di conservazione – come delucidato nelle paradigmatiche sentenze *Neubauer, Rio Atrato, Sacchi et al.*, emblematicamente pronunciata dal Comitato dei Diritti del Fanciullo delle Nazioni Unite, ma anche *Leghari, Shrestha e Kahn*. Con gli opportuni distinguo che ciascun contesto fattuale e giuridico comporta, ciò che emerge è la condisione del riconoscimento di obblighi statali di preservare le generazioni future, la conservazione e la biodiversità, che sanciscono la stura del passaggio dalla mera giustizia ambientale alla giustizia climatica e, significativamente, alla democrazia climatica.

3. Giustizia ambientale e partecipazione: quale ruolo per la comunità

Il riferimento alla democrazia climatica incarna il filo rosso per giungere al fulcro del secondo ordine di considerazioni, ossia il ruolo della comunità, che proprio questa giurisprudenza sottolinea. La stessa Edith Brown Weiss faceva ricorso a uno strumento tipico degli ordinamenti giuridici anglosassoni, il *trust*, figura che l’ordinamento italiano ha contestualizzato nel nostro Codice Civile attraverso il “patrimonio destinato”, seppur senza una piena corrispondenza ontologica e contenutistica.

Edith Brown Weiss, ancora una volta nella sua riflessione sull’equità intergenerazionale, declina la nozione di *trust*, che molto eloquentemente significa “fiducia”²⁹, in virtù dell’esistenza di «*rights and obligations*», *diritti e obblighi, che si articolano nei «principles of options, quality and access»* (i principi di

“*prestación de no hacer, cuyo efecto se traduce en una limitación de la libertad de acción de las generaciones presentes*”, lo cual se traduce en una “*actitud de cuidado y custodia de los bienes naturales y del mundo humano futuro*”». I passaggi virgolettati sono tratti direttamente dal testo della succitata sentenza della Corte Costituzionale colombiana nel caso *Generaciones Futuras* e che può essere consultata attraverso il presente link: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf> (ultima consultazione 29/09/2024). Nello specifico, nel testo della sentenza, si può consultare il paragrafo 5.3, alle pagine 19, 20 e 21.

²⁷ E. BROWN WEISS, *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*, in *American University International Law Review*, 8, 1, 1992.

²⁸ Ho espresso alcune di queste idee anche in un mio precedente lavoro, in lingua inglese, che può essere consultato attraverso il presente link: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/149741/Theorizing%20a%20human.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (ultima consultazione 29/09/2024).

²⁹ In cui risuona, peraltro, anche l’eco del diritto romano.

opzioni, qualità e accesso), che possono altresì definirsi come «*planetary rights and obligations held by each generation*»³⁰.

Letteralmente, si tratta di «diritti e obblighi planetari che competono a ciascuna generazione», e dunque, con trasversalità cronologica e con concretezza operativa, alle comunità.

Il ruolo delle comunità è ben più saliente di quanto si possa supporre a prima vista: accanto a una responsabilità, sulla quale mi soffermerò più avanti per delucidarla secondo l'innovativa ma pragmatica ottica dei diritti della Natura, vi sono i diritti, radicati nella duplice manifestazione di un principio fondamentale: la giustizia (o equità) procedurale e la giustizia distributiva ambientali³¹.

La giustizia ambientale in un'ottica procedurale si sostanzia in una serie di diritti per le comunità, il cui contenuto consiste nell'accesso alle informazioni, nella partecipazione del singolo e della comunità al processo di *decision-making*, ossia all'assunzione delle decisioni che li concernono e, infine, nell'accesso alla tutela giurisdizionale (dall'inglese "*justice*"), in rapporto alle questioni ambientali locali, nazionali e transfrontaliere. In quest'ottica, può osservarsi come il contenuto della giustizia ambientale procedurale includa tanto la sfera amministrativa così come la sfera giurisdizionale, e come caratterizzi una serie di strumenti internazionali cruciali, per esempio, il Principio 10 della Dichiarazione di Rio e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile³², che rappresentano pietre miliari in senso storico e bussole per il futuro orientamento delle più pregnanti decisioni in campo ambientale, incluso in ambito energetico. Dal punto di vista più strettamente pragmatico e operativo, la giustizia procedurale ambientale costituisce un cardine della Convenzione di Aarhus, denominata, per esteso, "Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale". Appare significativo che questo strumento sia richiamato dallo stesso sito web del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica nel delucidare la sostanza de "L'informazione e la partecipazione", e nel puntualizzare il concetto di «cittadinanza attiva e partecipazione: [aggiungendo] ecco la chiave dello sviluppo sostenibile». Quest'ultima viene enunciata ricordando proprio il sopraccitato Principio 10 della Dichiarazione di Rio, che esprime un punto di vitale importanza per la concreta realizzazione della giustizia ambientale partecipativa, nell'asserire che «[i]l modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli».

Affinché questa paradigmatica visione non rimanga una mera enunciazione di principio, è necessario che le garanzie partecipative siano implementate a tutti i livelli e secondo tutte le norme dell'ordinamento nazionale (la Legge 241/1990, per cui la partecipazione è espressione e compimento del

³⁰ E. BROWN WEISS, *op. cit.*, 23.

³¹ Il concetto è trattato magistralmente nella riflessione di Stephanie Hawkins e, in generale, nel libro *Rethinking sustainable development in terms of justice*, di cui è disponibile un'anteprima attraverso il presente link: <https://www.cambridgescholars.com/resources/pdfs/978-1-5275-1137-8-sample.pdf>; vedasi, dunque: S. HAWKINS, *Plural Understandings of Social-Environmental Justice*, in D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (a cura di), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, Newcastle upon Tyne, 2018, 22-51. Si può consultare anche il seguente sito, che offre un'interessante lettura in lingua italiana: https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.osservatorioigiustiziarc.it%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F06%2FGiustizia-procedurale-CONCEPT.docx&psig=AOv-Vaw16F1QOgge_QJNtCTVYaGeq&ust=1720966291935000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAQQn5wMahcKEwiAxsP9maSHAxUAAAAHQAAAAQBA (ultima consultazione 29/09/2024).

³² S. HAWKINS, *op. cit.*, 31-32.

principio del giusto procedimento e conosce un’ampia regolamentazione³³), e secondo le norme che promanano dall’ordinamento dell’Unione Europea, che nel caso dei Regolamenti trovano un’applicazione immediata e completa nel nostro ordinamento nazionale. Diversamente dalla percezione che spesso si nutre rispetto al diritto dell’Unione Europea, esso è presente in modo penetrante nel nostro vissuto giuridico e quotidiano, attribuendoci sovente strumenti e forme di tutela pregnanti, proprio come avviene con il “Regolamento Aarhus”³⁴ –nello specifico, il Regolamento (CE) n. 1367/2006– che, richiamando le parole della stessa Unione Europea, «consente agli individui e alle organizzazioni non governative (ONG) di avviare ricorsi dinanzi agli organi giurisdizionali europei nei confronti delle decisioni delle istituzioni e degli organi dell’UE»³⁵. In sostanza, il Regolamento Aarhus accorda garanzie di controllo giudiziario e revisione nei confronti dell’agire dell’Unione Europea.

Per la realtà della Sardegna, è nella sfera dell’agire amministrativo multilivello³⁶ nazionale che bisogna cercare le risposte e le tutele, con il loro significato e la loro utilità concreta – tenendo presente che non solo l’Unione Europea, ma anche l’Italia, come Stato, è parte della Convenzione di Aarhus e ha dunque assunto gli obblighi che tale accordo internazionale contempla.

Le tutele che si assicurano in tale ottica sono chiarite inequivocabilmente dallo stesso Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica che, sul proprio sito internet, afferma che la «Convenzione di Aarhus si pone così all’avanguardia di un processo che non solo trasforma la Pubblica Amministrazione, rendendola più trasparente e aperta alle istanze del pubblico, ma, contestualmente, promuove un bilanciamento tra sviluppo umano e sviluppo sostenibile» e che «[i]l vero cuore della Convenzione è, infatti, il cittadino e l’idea che esso, avendo a disposizione più informazioni, possa ampliare le opportunità e le scelte a propria disposizione e possa avere un peso nelle scelte che vengono prese ad alto livello, realizzando il proprio diritto a vivere in un ambiente che rispetti il proprio benessere e la propria salute»³⁷.

È eloquente che sia lo stesso Ministero, sempre sul sito, a rimarcare come la partecipazione al processo decisionale e l’accesso alla giustizia ambientale costituiscano una componente ontologica della stessa “democrazia ambientale”.

In modo ancora più specifico e significativo, la “democrazia ambientale” trova compimento nella Direttiva dell’Unione Europea 2018/2001 sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili³⁸, che richiama esplicitamente e ripetutamente il concetto di “partecipazione” della comunità. La

³³ Si veda il sito: <https://www.diritto.it/la-partecipazione-nel-procedimento-amministrativo/?call-back=in&code=NGI0NDMWYZETMTIWMIOZYMFMLWFMO-TUTY2E5NDY0NJAYYTC4&state=a4a44e55b901401db9828df9de16e05e> (ultima consultazione 20/09/2024).

³⁴ Si veda il sito: <https://www.altalex.com/documents/news/2022/03/26/adeguamento-del-diritto-comunitario-alla-convenzione-di-aarhus-in-materia-ambientale#p3> (ultima consultazione 20/09/2024).

³⁵ Si veda: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/10/06/aarhus-regulation-council-adopts-its-position-at-first-reading/#:~:text=L'UE%20attua%20la%20convenzione,e%20degli%20organismi%20dell'UE> (ultima consultazione 20/09/2024).

³⁶ Per un’approfondita analisi, si rimanda a G. MARCHETTI, *Il “principio fondamentale ambientalista” nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull’assetto costituzionale*, Milano, 2024.

³⁷ Si veda il sito: <https://www.mase.gov.it/pagina/convenzione-di-aarhus-informazione-e-partecipazione> (ultima consultazione 20/09/2024).

³⁸ Il testo della Direttiva è disponibile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001> (ultima consultazione 20/09/2024).

Direttiva è particolarmente interessante, non solo perché delinea il quadro normativo delle comunità energetiche, ma anche perché chiarisce la pregnanza della ruolo dei cittadini, affermando emblematicamente, nel Considerando 27 che «[l]a pianificazione delle infrastrutture necessarie ai fini della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili dovrebbe tenere conto delle politiche relative alla partecipazione delle persone interessate dai progetti, in particolare la popolazione locale».

Alcune specificazioni sono doverose: innanzitutto, sebbene i Considerando non costituiscano delle previsioni normative, essi svolgono una funzione fondamentale ai fini dell'interpretazione delle Direttive (nonché, naturalmente, dei Regolamenti). In questo senso, interpretare le Direttive in virtù e alla luce dei Considerando è un doveroso esercizio di coerenza ermeneutica e, possiamo dire, di rigore giuridico (nello stesso modo in cui i Trattati internazionali devono interpretarsi alla luce del Preambolo, non per una questione di "cortesia", ma perché lo strumento internazionale in materia di trattati, la Convenzione di Vienna del 1969, lo prevede esplicitamente nel suo articolo 31(2)).

Un ulteriore, imprescindibile chiarimento riguarda la natura delle Direttive, che vincolano gli Stati Membri dell'Unione Europea in merito all'obiettivo che esse prefissano, ma lasciano allo Stato la scelta delle modalità di perseguimento e realizzazione di quell'obiettivo. In questo senso, vi è un margine di discrezionalità rispetto allo strumento di attuazione che, come nel caso della Direttiva 2018/2001, può anche consistere in un Decreto Legislativo, nello specifico nel Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 199 Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio (Decreto di Attuazione)³⁹.

La logica della democrazia ambientale pervade anche l'attuazione della Direttiva considerata, che non può dunque essere trascurata in tale fase, che possiamo definire "discendente". Il Considerando 125, infatti, rimarca che «[l]'attuazione della presente direttiva dovrebbe tener conto, se del caso, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, in particolare quale attuata dalla direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio». In concreto, si richiama il quadro di Aarhus: infatti, la Direttiva 2003/4/CE richiamata nel Considerando 125 rappresenta lo strumento di attuazione del primo pilastro della Convenzione di Aarhus a cui si è fatto poc'anzi riferimento, in particolare in rapporto all'accesso all'informazione ambientale.

Ad ogni modo, la trama normativa di protezione dei diritti dei singoli e delle comunità interessate dalla promozione delle energie rinnovabili e, dunque, dalla costruzione dei relativi impianti nei loro territori, è ineludibilmente arricchita, sul piano dei diritti umani, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (la "CDFUE" o "la Carta"), che si configura come il *Bill of Rights* dell'Unione, e che tutela un ampio catalogo di diritti la cui protezione è assicurata nell'attuazione del diritto dell'Unione Europea

³⁹ Per esteso: Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 199 Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (21G00214) (GU Serie Generale n.285 del 30-11-2021 - Suppl. Ordinario n. 42), accessibile attraverso il presente link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/11/30/21G00214/sg> (ultima consultazione 20/09/2024).. Per consultare il quadro normativo nel suo insieme in modo dinamico, si può fare riferimento alla seguente pagina web: <https://www.certifico.com/ambiente/legislazione-ambiente/296-legislazione-energy/7426-direttiva-ue-2018-2001> (ultima consultazione 20/09/2024).

da parte degli Stati Membri. A questi ultimi, infatti, ai sensi dell'articolo 51(1) della CDFUE⁴⁰, si applicano le disposizioni della Carta nell'attuazione del diritto secondario dell'Unione Europea, proprio come le Direttive e i Regolamenti, ricordando qui che la CDFUE ha rango di fonte primaria – e, quindi, prevalente – del diritto dell'Unione Europea.

La gamma di diritti da considerarsi non si limita alla sfera ambientale, contemplata dall'articolo 37, in virtù del quale «[u]n livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile», ma include un novero più nutrito fra cui, emblematicamente ma non in via tassativa, il diritto alla vita (articolo 2), all'integrità della persona (articolo 3), alla proprietà privata, così come alla vita privata e familiare (tutelata dall'articolo 7) e, in modo esplicitamente trasversale e pervasivo delle politiche dell'Unione Europea, la salute (in virtù dell'articolo 35 della Carta, il quale prevede che «[n]ella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana»).

È importante ricordare, nella trama regionale della protezione dei diritti umani nel continente europeo, che la CDFUE ha una connessione intrinseca con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CtEDU o Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), le cui pronunce definiscono la soglia minima di protezione che si deve assicurare in virtù della Carta stessa, alla luce del suo articolo 52(3), senza trascurare che i diritti fondamentali così come contemplati dalla CEDU costituiscono principi generali del diritto dell'Unione Europea, secondo l'articolo 6(3) del Trattato sull'Unione Europea. Sebbene la presente riflessione non consenta, per motivi di estensione, di dedicarsi dettagliatamente alla protezione garantita nell'ambito della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è comunque significativo ricordare che quest'organo ha sviluppato un'importante giurisprudenza ambientale, tutelando il diritto alla vita, alla salute e alla vita privata e familiare, includendo garanzie procedurali di partecipazione all'assunzione di decisioni⁴¹. Ed è, inoltre, imprescindibile ricordare che l'Italia è parte della CEDU.

I diritti umani e la loro protezione si saldano, pertanto, con la giustizia ambientale procedurale, ne divengono paradigma di tutela concreta sostanziale, e non solo: delineano una tutela olistica della persona e della comunità in campo ambientale. Questa dimensione sostanziale conduce alla sfera della giustizia distributiva, la quale implica l'equità nella distribuzione del rischio ambientale, il riconoscimento della diversità dell'esperienza delle comunità interessate e, infine, la partecipazione ai processi politici che producono e gestiscono la *policy* ambientale (racchiudendo quest'ultima sfera una connotazione anche procedurale, ma comprensibile nell'ottica della prossimità e della sussidiarietà

⁴⁰ Per consultare il testo dell'articolo 51 della CDFUE e dell'intera Carta, in modo dinamico e articolato, si può utilizzare “Charterpedia”, un prezioso strumento predisposto dall'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali e accessibile attraverso il presente link (nella pagina di riferimento si evidenzia l'articolo 51, ma sono da lì accessibili tutti i contenuti): <https://fra.europa.eu/it/eu-charter/article/51-ambito-di-applicazione> (ultima consultazione 20/09/2024).

⁴¹ A titolo d'esempio, si possono vedere le decisioni assunte dalla Corte di Strasburgo nei casi *Guerra c. Italia* e *Grimkovskaya c. Ucraina*, rilevandosi che, in quest'ultima, si richiama espressamente la Convenzione di Aarhus.

dell'assunzione delle decisioni nonché dell'immediatezza nella produzione degli effetti delle determinazioni assunte sulle comunità coinvolte)⁴².

È evocativo ricordare che la giustizia distributiva nasce in un contesto di lotta per l'integrità e la salubrità ambientale della comunità afroamericane scandita da più fasi, negli anni Sessanta, intrecciandosi con le battaglie per i diritti civili, e negli anni Ottanta del secolo scorso, soprattutto nelle proteste della Contea di Warren. L'intento era quello di preservare la propria peculiare vulnerabilità socioeconomica dall'esposizione ai rischi e ai costi ambientali della costruzione di impianti industriali in prossimità del suo abitato, senza che ciò fosse nemmeno compensato da alcun particolare vantaggio per la comunità interessata. La giustizia distributiva esprime dunque il linguaggio della preservazione dell'ambiente e si salda, in principio, con la lotta per i diritti civili, assurgendo progressivamente a componente della grammatica dei diritti umani.

La dialettica della comunità, della preservazione dell'ambiente naturale in cui essa sviluppa la propria vita, e l'esigenza che i sacrifici patiti per la realizzazione di attività suscettibili di alterare o impattare il contesto naturale in modo pregiudizievole vengano compensati da opportuni vantaggi, si coniuga con la pregnante sostanza della giustizia distributiva che, per esempio, potrebbe tradursi in costi energetici limitati e opportunità lavorative concrete e durevoli nel tempo, che non si esauriscano nella mera fase di realizzazione di impianti energetici di qualsivoglia natura.

Ancora, la dialettica della comunità, la sua centralità, si esprime attraverso un ulteriore, fondamentale principio, che conferisce ciò che in inglese si definisce "*empowerment*", ossia il riconoscimento di un potere di amministrazione, gestione e decisione rispetto alle risorse naturali che il territorio di riferimento offre.

In inglese, si utilizza anche il termine "*stewardship*", che non trova una traduzione letterale in italiano ma che può descriversi concettualmente come la gestione etica, responsabile delle risorse. Una nozione in cui riecheggia la stessa essenza e l'approccio alle risorse dell'equità intergenerazionale, ma che nel caso della "*stewardship*" si declina e sostanzia nel presente delle comunità.

Il potere delle comunità include la "*stewardship*" ma non si esaurisce concettualmente in essa, trovando un più ampio, sistemico e coerente inquadramento nel diritto internazionale e nei diritti umani, attraverso uno dei principi più salienti nati durante il processo di decolonizzazione e che ambiva, fra i suoi propositi, anche a prevenire il depauperamento dell'ambiente naturale e delle comunità che, di conseguenza e di riflesso, lo avrebbero patito. Si tratta del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali, che merita specifica attenzione.

4. Le risorse fra i diritti umani e le esigenze connesse allo sviluppo

Il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali fu proclamato dalla Risoluzione 1803 del 14 Dicembre 1962 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che incarna la Dichiarazione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali. La portata del principio è di somma chiarezza laddove la Dichiarazione afferma che «[i]l diritto dei popoli e delle nazioni alla sovranità permanente sulle sue ricchezze e risorse naturali deve esercitarsi nell'interesse dello sviluppo nazionale e del benessere del popolo del

⁴² Si veda, ancora una volta l'opera collettiva *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice*, nello specifico, S. HAWKINS, *op. cit.*, 28.



rispettivo Stato». Pertanto, non solo il principio non sancisce la prevalenza dell’interesse dello sviluppo nazionale sul benessere della popolazione dello Stato, ma le due dimensioni sono intese in modo congiunto e sinergico. In un certo senso, si può leggere un’idea di sviluppo sostenibile priva dell’ambiguità a cui i Professori Viñuales, Atkins e Jaria i Manzano fanno riferimento⁴³. Le due dimensioni sono riconciliate all’insegna della coerenza, secondo una logica che diviene norma per gli investimenti stranieri, laddove la Dichiarazione, al punto successivo, chiarisce che: «[l]’esplorazione, lo sviluppo e la disposizione di tali risorse, così come l’importazione del capitale straniero per effettuarlo, dovranno conformarsi alle regole e condizioni che i popoli e le nazioni considerino necessari o desiderabili per autorizzare, limitare o proibire dette attività»⁴⁴. Ciò implica una subordinazione alla volontà «dei popoli e delle nazioni» e al loro benessere, delle attività inerenti alle risorse e dei capitali investiti a tal fine, con la conseguente possibilità di inibire quelle iniziative che non siano conformi al principio considerato⁴⁵. Questa logica non stupisce se si considera un’interessante figura che può riscontrarsi negli accordi di investimento, ossia le “*non-precluded measure clauses*” o le clausole sulle misure non precluse”, che svolgono una funzione fondamentale di riconduzione a coerenza degli investimenti economici con valori e diritti sovraordinati e, dunque, prevalenti, come i diritti umani e la protezione dell’ambiente. La chiave di tale riconduzione a coerenza non è mera asserzione, ma è contenuto giuridico concreto che giustifica l’inadempimento dell’accordo di investimento da parte dello Stato qualora sia dettato da tali prevalenti valori e, specificamente, interessi pubblici⁴⁶.

Siffatta logica appare cruciale quando si considerano gli investimenti nel campo delle energie rinnovabili e l’ineludibile esigenza di assicurarsi che essi siano coerenti con la preservazione ambientale (incluso la protezione dell’ecosistema e della biodiversità), così come con i diritti dei singoli della comunità, nell’ottica procedurale e sostanziale descritta precedentemente, e in linea con la protezione del diritto alla terra (*right to land*) delucidata dal Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali nell’indicare come l’adeguata gestione «[del]le misure di mitigazione del cambiamento climatico, come i

⁴³ Si veda J. JARIA-MANZANO, *op. cit.*, 10, oltre alla Prefazione (redatta da J.E. VIÑUALES) dell’opera D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (a cura di), *op. cit.*, e E. ATKINS, *op. cit.*, 70-87, specialmente 71, 75.

⁴⁴ Si riporta il testo originale della Dichiarazione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali, di cui ho effettuato la traduzione: «1. *El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado.* 2. *La exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades*».

⁴⁵ La dottrina, al riguardo, ha affermato questo punto con chiarezza, come può consultarsi sul sito <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf> (ultima consultazione 20/09/2024).

⁴⁶ Il tema è trattato, in modo emblematico, nella seguente riflessione: W. WANG, *The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 32, 2, 2017, 447-456, accessibile attraverso il presente link <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/32/2/447/3749601?redirectedFrom=PDF> (ultima consultazione 29/09/2024). Può, inoltre, vedersi: D. PATHIRANA, M. MCLAUGHLIN, *Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice*, J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, 2019, accessibile attraverso il presente link https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-13-5744-2_6-1#:~:text=The%20effect%20of%20NPM%20clauses,do%20harm%20to%20their%20investment (ultima consultazione 29/09/2024).

progetti di energia rinnovabile su vasta scala» sia una componente delle obbligazioni statali. L'importanza dell'adeguata gestione della transizione energetica, delle energie rinnovabili e dei relativi investimenti non si sottrae a tale quadro, anzi: è indispensabile ai fini di una corretta definizione della lotta contro il cambiamento climatico.

Gli obblighi statali, in tal senso, sono quindi robusti e costituiscono una fitta trama di protezione degli individui e delle comunità, altresì nell'indispensabile prospettiva di prevenire un fenomeno trasversale e gravissimo, il *land grabbing*, l'accaparramento delle terre da parte delle multinazionali. Un fenomeno conosciuto sia dall'America Latina che dall'Africa, che hanno costituito il baricentro di una serie di fenomeni di espropriazione (in senso tecnico-giuridico e fattuale) delle terre e delle risorse, con una drammatica rilevanza nell'ambito dell'industria estrattiva fossile, e che ora sono esposte ai rischi citati precedentemente riguardo alla *rush*, la corsa, ai metalli e ai minerali critici necessari per la transizione energetica⁴⁷. E, secondo l'ottica espressa dal Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali, il rischio si pone anche rispetto alla gestione delle terre per la collocazione e la determinazione dell'estensione dei progetti – e in concreto, degli impianti – di energia rinnovabile.

In questo senso, il ruolo statale è inequivocabilmente scandito dal tritico di obblighi in materia di diritti umani⁴⁸, in concreto, l'obbligo di proteggere (dall'interferenza di soggetti terzi privati, come le imprese, incluso le multinazionali), l'obbligo di rispettare (che implica la non interferenza dello Stato stesso nel godimento e nell'esercizio de diritti umani) e, infine, l'obbligo di realizzare i diritti umani, che ha contenuto positivo (ossia richiede un'azione statale), implicando l'adozione delle misure che consentano il godimento dei diritti umani e che possono avere un'indole variegata, per esempio, legislativa o amministrativa.

L'intero tritico riveste un'importanza fondamentale per strutturare un approccio e strumenti statali opportuni in campo energetico, coerenti con i diritti umani, l'equità intergenerazionale, e la giustizia procedurale e distributiva. Questi principi e la protezione dei diritti umani non solo hanno la funzione di scandire il contenuto degli obblighi statali e, quindi, l'obbligo di assumere misure conformi ad essi, ma svolgono anche l'importante ruolo di scandire i rapporti con le imprese, e quindi anche nel campo degli investimenti da parte delle multinazionali, in virtù dell'obbligo di proteggere e della dovuta diligenza che esso implica. La dovuta diligenza acquisisce un significato concreto particolarmente rilevante, se si considera che scandisce la logica del bilanciamento degli interessi contrapposti⁴⁹, come avviene nella scansione degli equilibri nel caso delle energie rinnovabili.

⁴⁷ F. G. SOURGENS, *Energy Lessons from the Ukraine Crisis*, in *EJIL:Talk!*, 24 Febbraio 2022, accessibile attraverso il presente link <https://www.ejiltalk.org/energy-lessons-from-the-ukraine-crisis/> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁴⁸ Per chi desiderasse approfondire la questione, la seguente lettura può essere interessante: D.J.KARP, *What is the responsibility to respect human rights? Reconsidering the "respect, protect, and fulfill" framework*, in *International Theory*, 12, 1 2020, 83-108, accessibile attraverso il presente link <https://www.cambridge.org/core/journals/international-theory/article/abs/what-is-the-responsibility-to-respect-human-rights-reconsidering-the-respect-protect-and-fulfill-framework/1E2960DB95AE960B13CD8BD2B9ECF6D4> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁴⁹ Una lettura di riferimento, da cui si trae la citazione (tradotta dall'originale in lingua inglese: "*due diligence demands balancing a foreseeable risk to a protected interest against countervailing interests*"): B. BAADE, *Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights*, in H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (a cura di), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020, accessibile attraverso il presente link

In questo senso, l’attenzione non può che rivolgersi alla fonte suprema del diritto nell’ordinamento italiano, la nostra Costituzione che, nelle parole pronunciate dall’allora Capo provvisorio dello Stato Enrico de Nicola⁵⁰ nel suo messaggio di insediamento letto all’Assemblea Costituente – presieduta da Giuseppe Saragat, con radici paterne proprio in Sardegna –

«sarà certamente degna delle nostre gloriose tradizioni giuridiche, assicurerà alle generazioni future un regime di sana e forte democrazia, nel quale i diritti dei cittadini e i poteri dello Stato siano egualmente garantiti, trarrà dal passato salutari insegnamenti, consacrerà per i rapporti economico-sociali i principi fondamentali, che la legislazione ordinaria – attribuendo al lavoro il posto che gli spetta nella produzione e nella distribuzione della ricchezza nazionale – dovrà in seguito svolgere e disciplinare».

I delicati equilibri fra l’ambiente naturale e i “rapporti economico-sociali” sono stati da sempre contemplati dalla Costituzione, spiccando in particolar modo gli articoli 9 e 41, che si collocano rispettivamente fra i principi fondamentali e nel Titolo III della Parte I, nell’ambito dei Rapporti economici, a loro volta inquadrati nella sfera dei diritti e dei doveri dei cittadini.

Queste disposizioni meritano più specifica attenzione, specialmente ricordando che la tutela che essi hanno assicurato dal 1948, anno di entrata in vigore della Costituzione, si è ulteriormente arricchita di contenuti con la recente riforma risalente al 2022⁵¹.

In quest’ottica, la protezione garantita dall’articolo 9 «[a] paesaggio e [a] patrimonio storico e artistico della Nazione» è stata affiancata ed estesa in virtù del neointrodotta comma 3, in virtù del quale la Costituzione «[t]utela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». L’articolo 41, all’insegna proprio della definizione degli equilibri dei diritti e dei doveri dei cittadini, si apre con la tutela della libertà dell’iniziativa economica, per poi perimetrarne i limiti di costituzionalità, che la riforma del 2022 ha declinato nella sfera della salute e dell’ambiente, rispetto ai quali non può «svolgersi [...] in modo da recare danno» (comma 2), dovendo poi «[l]a legge determina[re] i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali» (comma 3). Ciò significa, in concreto, che le Istituzioni pubbliche non potranno trascurare il danno che possa prodursi all’ambiente o alla salute umana⁵², la cui protezione, attenendosi alla lettera del dettato costituzionale, è preminente.

In quest’ottica e in modo emblematico rispetto alla situazione della Sardegna⁵³, possono esprimersi alcune perplessità riguardo al bilanciamento di interessi realizzato.

<https://academic.oup.com/book/39708/chapter-abstract/350384527?redirectedFrom=fulltext> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁵⁰ Che diverrà il primo Presidente della Repubblica italiana proprio a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione.

⁵¹ Per consultare il testo della nostra Costituzione: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/principi-fondamentali/articolo-9> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁵² Il dialogo fra la Regione Sardegna e la Corte Costituzionale sulla questione energetica e la distribuzione e collocazione dei parchi eolici sul territorio regionale può esplorarsi in chiave diacronica. Le notizie che si apprendevano nell’anno 2012: <https://www.anev.org/2012/10/12/regione-sardegna-la-corte-costituzionale-giudica-illegittimo-articolo-della-legge-regionale/> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁵³ Il quadro, incluso giurisprudenziale, è più articolato e meriterebbe una ricostruzione non possibile in questa sede, dove la priorità tematica è incentrata sui diritti umani. Ad ogni modo, proprio la qualificazione del

La lettura della disposizione secondo un criterio letterale evidenzia, in primo luogo, che le esigenze energetiche in sé non possono essere intese come automaticamente prevalenti su interessi, principi, valori e diritti costituzionali contrastanti. In concreto, dovrà effettuarsi un bilanciamento per valutare quale sia l'interesse prevalente, secondo un vaglio olistico e pragmatico di tutte le circostanze e gli interessi.

In questo senso, occorre fare una serie di considerazioni, per il cui sviluppo (seppur coinciso) può prendersi in considerazione a titolo d'esempio la sentenza Consiglio di Stato, Sez. IV, 8/4/2024 n. 3203, nello specifico laddove i Giudici di Palazzo Spada hanno incentrato il loro vaglio sulla prevalenza dell'interesse all'incremento delle fonti di energia rinnovabili a prescindere dalla vicinanza con siti archeologici, nella specie, la Basilica di Saccargia.

Appare opportuno riportare l'argomentazione del Consiglio di Stato per porre in luce i punti critici:

«Lo sviluppo delle fonti rinnovabili risponde anche all'esigenza di rispettare la normativa dell'Ue e gli impegni internazionali assunti, nel comune intento di ridurre le emissioni di gas ad effetto serra e di promuovere la tutela ambientale. Nel caso di specie, il quadro fattuale, se ha consentito la legittima espressione di un diniego di concerto da parte degli organi preposti alla tutela paesaggistica, dall'altro non palesa alcun profilo di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà nella scelta compiuta dal Consiglio dei Ministri di dare prevalenza alla tutela ambientale poiché, a fronte della significativa maggiore produzione di energia da fonti rinnovabili assicurata dal nuovo impianto, in linea con gli impegni assunti a livello internazionale, emerge la possibile compromissione di valori paesaggistici in un contesto tuttavia già fortemente antropizzato per la presenza di analoghi impianti in funzione ed in assenza di un pregiudizio diretto a beni vincolati che risultano attinti nei soli elementi di contesto connessi all'ampliamento del bacino visivo, in ragione della maggiore altezza delle torri eoliche. In sintesi, a fronte di una perdita secca e rilevante di energia da fonti rinnovabili, obiettivo primario della politica energetica nazionale in linea con impegni assunti a livello internazionale, il pregiudizio al paesaggio è stato accertato in termini di possibile incremento differenziale rispetto alla situazione esistente e ciò rende la decisione assunta immune dai vizi denunciati dalla Regione Sardegna, anche alla luce del parere favorevole del MITE prot. n. 3136 del 4 ottobre 2019 che ha motivatamente escluso impatti ambientali, ribadendo la necessità degli interventi di mitigazione proposti ed evidenziati nel SIA (Studio di Impatto Ambientale) e del rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte»⁵⁴.

Suscita perplessità l'identificazione degli interessi in gioco effettuata dal Consiglio di Stato, che incentra il bilanciamento sulla contrapposizione fra "interessi ambientali", atti a sostanzarsi nella produzione di energie rinnovabili o nel loro incremento, e i "valori paesaggistici".

Alla luce dell'analisi che si è sviluppata nella presente riflessione, appare evidente che l'interesse alla produzione delle energie rinnovabili non possa automaticamente identificarsi con l'interesse ambientale. Di fatto, gli studi scientifici vengono dimostrando l'attitudine degli impianti eolici e fotovoltaici a incidere sulla qualità del suolo e dell'ambiente, con un impatto su un'articolata gamma di diritti che

significato e della portata del concetto di "preminente interesse pubblico" può essere chiarificatrice in modo generalizzato sulla questione, così come la definizione degli interessi da bilanciarsi (ambientale, paesaggistico, energetico...) e degli obblighi internazionali dello Stato italiano, fra i quali si collocano senza dubbio alcuno gli impegni assunti in merito alla protezione dei diritti umani.

⁵⁴ La sentenza del Consiglio di Stato può essere consultata accedendo alla seguente pagina web: <http://www.dirittoiservizipubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=dettsentenza&id=7473> (ultima consultazione 29/09/2024).

include la stessa salute umana. Proprio l’unità e l’osmosi fra l’ambiente e l’essere umano appare elemento argomentativo forte: la manipolazione dell’ambiente da parte dell’uomo e l’alterazione degli equilibri ecosistemici e della biodiversità costituiscono il fulcro, il nucleo ontologico del concetto “*One Health*”, tanto richiamato durante la pandemia di COVID-19 per spiegare il tema della zoonosi e come la manipolazione dell’ambiente naturale da parte dell’uomo sia un fattore cruciale nella produzione di tale fenomeno. Ciò, senza neppure addentrarsi in un tema fondamentale come l’epigenetica, ossia l’influenza dei fattori ambientali sull’espressione dei nostri geni, che può condurre all’insorgenza di una serie di patologie (le cosiddette malattie poligeniche), che includono il cancro, le leucemie, le malattie genetiche, per esempio.

In questo senso, dato che gli studi sui rischi connessi agli impianti di produzione delle energie rinnovabili sotto una serie di punti di vista, al momento, stanno progressivamente emergendo, il criterio a cui dovrebbe ricorrersi nella valutazione dell’impatto ambientale di parchi eolici e fotovoltaici è il principio di precauzione, in virtù del quale «[i]l principio di precauzione è un approccio alla gestione del rischio per cui, qualora sia possibile che una determinata politica o azione possa arrecare danno ai cittadini o all’ambiente e qualora non vi sia ancora un consenso scientifico sulla questione, la politica o l’azione in questione non dovrebbe essere perseguita»⁵⁵. La definizione ricordata, significativamente, è offerta dal sito EUR-Lex, un sito web ufficiale della stessa Unione Europea, la quale incorpora il principio di precauzione in una delle fonti primarie del suo diritto, nello specifico il Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), all’articolo 191⁵⁶.

Appare, peraltro, di particolare interesse ricordare l’emersione, proprio nella giurisprudenza climatica, di una lettura interessante e preziosa per l’interprete del principio di precauzione, imperniato sul criterio *in dubio pro Natura* o *in dubio pro ambiente*. Tale “criterio superiore” consiste «nel fatto che, a fronte della tensione fra principi e diritti confliggenti, l’autorità debba favorire l’interpretazione che sia più coerente con la garanzia e il godimento del diritto a un ambiente salubre rispetto a quella che sospenda, limiti o comprima tale diritto»⁵⁷.

È interessante che di questa concezione si sia avvalsa proprio la Corte Costituzionale colombiana (nel caso *Rio Atrato*) che, nelle parole di Phillip Wesche⁵⁸, viene affermando e consolidando un “nuovo costituzionalismo della Natura” e una leadership regionale in America Latina, una visione che i Giudici

⁵⁵ La definizione richiamata è disponibile sul sito di EUR-Lex al presente indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:precautionary_principle (ultima consultazione 29/09/2024).

⁵⁶ Il testo dell’articolo 191 del TFUE può essere consultato attraverso il presente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A12016E191> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁵⁷ Il criterio *in dubio pro Natura* o *in dubio pro ambiente*, nella sua applicazione da parte della Corte Costituzionale colombiana, è stato efficacemente descritto come «*[the] superior criterion of in dubio pro ambiente or in dubio pro natura, consisting of the fact that in the face of tension between principles and conflicting rights, the authority must favor the interpretation that is most consistent with the guarantee and enjoyment of a healthy environment, with respect to the one that suspends, limits, or restricts it*». Constitutional Court of Colombia, *Atrato River Decision T-622/16 of 10 November 2016*, para. 7.39. Nello stesso paragrafo, la Corte chiarisce anche che: «*after reviewing some of the main characteristics of the Colombian mining energy policy and the constitutional provisions that guarantee the protection of the environment, as a superior interest, for the Court it is clear that mining is an activity that has the potential to affect the environment and the sustainability of natural resources*».

⁵⁸ P. WESCHE, *Atrato River Decision T-622/16 of November 10, 2016*, in *Journal of Environmental Law*, 33, 2021, 531–556, 533.

di Bogotà forgiato anche attraverso un costante riferimento al sistema interamericano di protezione dei diritti umani, con un dialogo, sinergie e un'osmosi che consentono di assicurare un livello di tutela coerente con gli obblighi internazionalmente assunti dallo Stato colombiano, coerentemente con la logica multilivello.

Quest'ottica consiste precipuamente in quell'osservanza e in quel conformarsi agli obblighi internazionalmente assunti dallo Stato a cui fa riferimento il Consiglio di Stato, laddove utilizza quest'argomentazione come elemento per fondare la preminenza dell'interesse energetico.

Può obiettarsi che gli obblighi internazionali che lo Stato ha assunto in campo energetico e con riferimento alla promozione e all'implementazione della transizione energetica non richiedono che si infligga un automatico "pregiudizio" al paesaggio. Al contrario, il perseguimento degli obiettivi energetici deve essere ispirato e conformarsi a una genuina e coerente tutela ambientale, con la quale non viene a coincidere e identificarsi in modo pieno ed esclusivo, ma di cui è un cofattore, accanto a politiche di preservazione dell'ambiente, dell'ecosistema e della biodiversità secondo il paradigma dei diritti umani (secondo i Trattati di cui il nostro Paese è parte), così come della giustizia procedurale e distributiva, che non sono mero esercizio di retorica, ma costituiscono l'oggetto anch'esse di obblighi internazionalmente assunti dallo Stato e dalla stessa Unione Europea nell'alveo della Convenzione di Aarhus (poi articolatosi nella trama normativa europea ricostruita sopra).

La stessa giustificazione dell'ampliamento dei parchi eolici e fotovoltaici sulla scorta della già «fortemente» consumatasi «antropizzazione» del «contesto» «per la presenza di analoghi impianti in funzione ed in assenza di un pregiudizio diretto a beni vincolati che risultano attinti nei soli elementi di contesto connessi all'ampliamento del bacino visivo, in ragione della maggiore altezza delle torri eoliche». In questo senso, ribadendo a monte le perplessità nell'impostazione del bilanciamento effettuato dai Giudici di Palazzo Spada e rimarcando la visione espressa poc'anzi della non idoneità dell'interesse energetico a incarnare automaticamente e in sé l'interesse ambientale, pare imprescindibile ricordare ancora una volta le delucidazioni fornite dal Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali dell'ONU in merito alle conseguenze pregiudizievoli dei "progetti di energia rinnovabile su vasta scala" se non gestiti adeguatamente. Pena, come posto in luce dal Comitato e come prima ricordato, la paradossale conseguenza di contribuire alla degradazione delle terre, nonché ambientale, così come al cambiamento climatico che la stessa transizione energetica mira a contrastare attraverso la mitigazione e la riduzione delle emissioni.

5. "Un'umana solidarietà" e un'osmotica connessione oltre i confini europei

Il tema delle emissioni, delle politiche e delle scelte energetiche implica alcune brevi ma imprescindibili considerazioni, dettate dall'esigenza della completezza della trattazione della tematica e da ciò che il compianto Giudice Cançado Trindade definì un'umana solidarietà sul piano intragenerazionale e intergenerazionale così come spaziale⁵⁹.

⁵⁹ Letteralmente, con le parole del Giudice Cançado Trindade: «[h]uman solidarity manifests itself not only in a spatial dimension [...] but also in a temporal dimension – that is, among the generations who succeed each other in the time, taking the past, present, and future altogether»; si veda: *Bamaca-Velasquez v. Guatemala*, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 11.129, ¶ 23 (2002), (Separate Opinion of Trindade, J.).

Lo spazio a cui rivolgere la nostra attenzione è quello del Sud Globale, in particolare dell’Africa e dell’America Latina, regioni del mondo già pesantemente interessate dallo sfruttamento delle risorse fossili e delle attività estrattive. Questi contesti, infatti, costituiscono il paradigmatico esempio della “*resource curse*” o “*paradox of plenty*”⁶⁰, ossia “la maledizione delle risorse” o il “paradosso dell’abbondanza”, dato che lo sfruttamento delle abbondanti e preziose risorse di queste realtà geografiche da parte di vari attori, fra cui le multinazionali operanti in molteplici settori incluso quello minerario ed estrattivo, hanno prodotto ricchezza per se stessi ma non benessere e crescita per le popolazioni locali e i loro Paesi, che hanno invece patito e a tutt’oggi patiscono un depauperamento parallelo a una vasta degradazione ambientale e un’incrementata vulnerabilità socioeconomica. Tanto l’Africa come l’America Latina sono protagoniste della realizzazione della transizione energetica a cui possono contribuire, ancora una volta, con le loro attraenti e indispensabili risorse naturali.

In questo caso, si tratta dei cosiddetti metalli e minerali “critici”, come il cobalto, il litio, il rame, la grafite e le terre rare.

Assicurarsi la disponibilità di questi materiali solleva delle problematiche etiche, giuridiche e ambientali cruciali, che richiedono un’effettiva valutazione dei costi umani, ambientali e climatici della transizione energetica, specialmente per quanto riguarda la costruzione di determinate tipologie di impianti e strumenti, proprio come le pale eoliche e i pannelli solari.

La complessità del fenomeno meriterebbe di per sé un’accurata e approfondita analisi; tuttavia, l’estensione e la dimensione tematica della riflessione che si sta sviluppando richiedono di focalizzare l’attenzione sulle questioni principali, specialmente quelle che maggiormente si relazionano con la realtà della Sardegna.

Come sottolineato in dottrina da Sourgens in relazione con il cobalto⁶¹, è già in atto una “*rush*”, una corsa per l’accaparramento dei minerali e dei metalli critici, che implicano un processo di estrazione non sempre conforme alle regole multilivello volte a tutelare i lavoratori. Anzi, sovente, lo sfruttamento del lavoro minorile alimenta queste attività, con cifre allarmanti, coefficienti d’infanzia e vite spezzate che l’UNICEF, nel 2014, ha stimato interessare drammaticamente intorno ai 40000 bambini (in tutto il settore minerario)⁶².

In un’ottica che si rivolge all’intera società, le attività estrattive inerenti ai metalli e ai minerali critici producono un’esacerbazione delle problematiche e delle vulnerabilità socioeconomiche, molto spesso

⁶⁰ Al riguardo, si possono consultare: T. ADDISON, *Extractives for Development (E4D)- Risks and Opportunities*, in *UNU-WIDER*, 2020, accessibile attraverso il presente link <https://www.wider.unu.edu/project/extractives-development-e4d-%E2%80%93-risks-and-opportunities> (ultima consultazione 29/09/2024). United Nations, *Transforming Extractive Industry for Sustainable Development*, New York, 2021, p. 3.

⁶¹ È interessante ricordare che la riflessione del Professor Sourgens è stata pubblicata il giorno stesso dell’inizio della guerra in Ucraina, e sottolineare come sia emblematicamente intitolata “*Energy lessons from the Ukraine crisis*”. F. G. SOURGENS, *op. cit.*

⁶² I dati possono essere consultati nelle seguenti pagine web, anche con un maggior aggiornamento: <https://borgenproject.org/child-labor-in-cobalt-mines/#:~:text=In%202014%2C%20the%20United%20Nations,children%20engaging%20in%20cobalt%20mining> (sui dati dell’UNICEF risalenti al 2014); i dati forniti dal Dipartimento di Stato americano risalgono al 2021: https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/child_labor_reports/tda2021/Congo-Democratic-Republic-of-the.pdf (ultima consultazione 29/09/2024).

avvantaggiandosi delle meno rigorose regole che disciplinano il mercato del lavoro, e frustrano la giustizia procedurale e distributiva⁶³.

Ma, in modo cruciale, è indispensabile rimarcare, come poc'anzi anticipato, che i metalli e i minerali critici si ricavano attraverso attività estrattive, come avviene attualmente per i combustibili fossili, e con la conseguente produzione di emissioni.

Da questo punto di vista, per perseguire e implementare in modo coerente ed efficace l'obbligo di riduzione delle emissioni contemplato dall'Accordo di Parigi, non si può tenere conto che l'attuazione della transizione energetica nel Nord Globale (incluso, quindi, in Italia e nel territorio dell'Unione Europea in generale) non è indenne dall'impatto non solo ambientale, ma climatico e anche e precisamente sul piano della mitigazione.

In questo senso, la insufficiente valorizzazione di quest'impatto si può spiegare in ampia misura alla luce del criterio di calcolo delle emissioni ai fini della definizione dell'apporto statale (nel caso dell'Unione Europea, il calcolo avviene anche a tale livello) che si basa sulla produzione e non sulla combustione – nella terminologia inglese: la *production-based accountability* (o PBA) a cui si contrappone la *consumption-based accountability* (o CBA)⁶⁴.

L'adozione del primo criterio risale ai tempi dell'adozione di uno strumento di fondamentale importanza per la lotta contro il cambiamento climatico, ossia la Convenzione Quadro delle Nazioni Unite contro il Cambiamento Climatico, e risponde alla logica del concetto di "giurisdizione" dello Stato, saldamente ancorata alla nozione di territorio. Pertanto, in termini di emissioni, si incentra la attenzione sul luogo in cui esse sono prodotte e, pertanto, il luogo dove si realizzano le attività estrattive, benché quei materiali siano poi esportati e utilizzati altrove. In questo senso, si parla anche di immissioni importate, ed è stata proposta una accurata classificazione delle emissioni secondo tre categorie (dall'inglese Scope 1, relativa alle emissioni connesse alla produzione – nel nostro caso, estrazione –, Scope 2, con riguardo alle emissioni relative al trasporto, e Scope 3, con riferimento al consumo finale⁶⁵).

⁶³ Al riguardo, tali dati sono forniti da una serie di fonti e sono oggetto di una serie di interessanti e autorevoli studi accademici. Si citano a seguire alcuni dei più rilevanti, qualora il Lettore volesse approfondire: United Nations, *Transforming Extractive Industry for Sustainable Development*, New York, 2021, p.3; G. TEREFE TUCHO, *The Impacts of Policy on Energy Justice in Developing Countries*, in G. BOMBAERTS, K. JENKINS, Y.A. SANUSI, W. GUOYU (a cura di), *Energy justice across borders*, Berlin, 2020, 137-154, 137 ss. (ma tutta l'opera può essere interessante per il Lettore).

⁶⁴ Per approfondire la questione, si possono consultare le seguenti fonti: A. FRANZEN, S. MADER, *Consumption-based versus production-based accounting of CO2 emissions: Is there evidence for carbon leakage?*, in *Environmental Science & Policy*, 84, 2018, 34-40; J.-L. FAN, Y.-B. HOU, Q. WANG, C. WANG, Y.-M. WIE, *Exploring the characteristics of production-based and consumption-based carbon emissions of major economies: A multiple-dimension comparison*, in *Applied Energy*, 184(C), 2016, 790-799; S. AFIONIS, M. SAKAI, K. SCOTT, J. BARRETT, A. GOULDSON, *Consumption-based carbon accounting: does it have a future?*, in *WIREs Climate Change*, 8,1, 2016, 1-19.

⁶⁵ «Who should be held accountable for the GHG emissions linked to this commodity throughout its life? To answer this question, the UNFCCC differentiates between three "scopes" of emissions [...]. The expression "scope 1 emissions" covers the emissions linked to the initial production of the commodity. "Scope 2 emissions" relate to the emissions generated through the transportation of the commodity. Finally, "scope 3 emissions" are the ones arising from the final consumption of the latter. By distinguishing between different scopes of emissions, it is possible to allocate responsibility to different countries for the same commodity», A.A. SHARIATI, L. TEILLET, *COP27 did not seize the opportunity to open the debate around States' greenhouse gases emissions accountability*, in *International Law Blog*, 19 Dicembre 2022, accessibile attraverso il presente link

Benché l’approccio normativo, come sottolineato, sia improntato alla responsabilità basata sulla produzione, possono apportarsi dei correttivi all’adozione di un paradigma di responsabilità per le emissioni (che, è importante ricordare, apporta un’ulteriore specificazione qualitativa rispetto alla logica fondante in campo ambientale, rappresentata dalle responsabilità comuni ma differenziate⁶⁶, contemplata dal Principio 7 della Dichiarazione di Rio).

L’impatto di un siffatto ripensamento del paradigma della responsabilità per le emissioni è concretamente fattibile: in tal senso, una via perseguibile è l’incorporazione del computo delle emissioni di Scopo 2 e di Scopo 3 nella definizione dei “*nationally determined contributions*”, ossia dei contributi determinati a livello nazionale (CDN). Richiamando le parole della Camera dei Deputati, i CDN “sono lo strumento principale dell’Accordo di Parigi e illustrano gli sforzi compiuti da ciascun paese per ridurre le emissioni nazionali e adattarsi alle conseguenze dei cambiamenti climatici”, trattandosi, in concreto di piani nazionali non vincolanti che delucidano le azioni intraprese in concreto dallo Stato. A un livello più alto e su scala più vasta, la stessa Unione Europea – anch’essa Parte dell’Accordo di Parigi – adotta i propri CDN, in modo sinergico con gli Stati Membri⁶⁷.

Incorporare le emissioni di Scopo 2 e Scopo 3 nell’ambito dei CDN (attraverso un approccio ibrido e olistico, che combini la PBA e la CBA) e definire le relative misure necessarie ai fini della mitigazione sarebbe una scelta opportuna sotto molteplici punti di vista. In primo luogo, perché consentirebbe di alleviare la responsabilità per le emissioni che grava sui Paesi del Sud Globale, che già sopportano i pregiudizi derivanti dallo sfruttamento del loro territorio e delle loro risorse per sostenere la produzione dell’energia, storicamente con i combustibili fossili, ora e per il futuro attraverso i metalli e i minerali critici. In secondo luogo, spostare il baricentro della determinazione della responsabilità per le emissioni in rapporto a determinate risorse consentirebbe un corretto inquadramento dei costi ambientali della transizione energetica, necessaria ma non priva di impatto.

<https://internationallaw.blog/2022/12/19/cop27-did-not-seize-the-opportunity-to-open-the-debate-around-states-greenhouse-gases-emissions-accountability/> (ultima consultazione 29/09/2024). Si vedano, inoltre: A. FRANZEN, S. MADER, *op. cit.*; J.-L. FAN, Y.-B. HOU, Q. WANG, C. WANG, Y.-M. WIE, *op. cit.*; S. AFIONIS, M. SAKAI, K. SCOTT, J. BARRETT, A. GOULDSON, *op. cit.*

⁶⁶ Per chi desiderasse approfondire: si veda il sito internet <https://www.britannica.com/topic/common-but-differentiated-responsibilities>; si veda, inoltre, sul sito della London School of Economics: D. PATEL, ‘*Common but differentiated responsibilities*’: a beacon of realism, in *London School of Economics*, 29 Luglio 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/internationaldevelopment/2020/07/29/common-but-differentiated-responsibilities-a-beacon-of-realism/> (ultima consultazione 29/09/2024), e si veda anche il sito del United Nations Environment Programme: <https://leap.unep.org/en/knowledge/glossary/common-differentiated-responsibilities> (ultima consultazione 29/09/2024). Particolarmente interessante in materia di emissioni: J. SANDVIG, P. DAWSON, M. TJELMELAND, *Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?*, in *EJIL:Talk!*, 2021, available at <https://www.ejiltalk.org/can-the-echr-encompass-the-transnational-and-intertemporal-dimensions-of-climate-harm/> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁶⁷ Il Lettore potrebbe trovare interessante consultare i documenti rilevanti in tal senso, accessibili attraverso i presenti link: https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/public-register/public-register-search/?WordsInSubject=&WordsInText=&DocumentNumber=14286%2F23&InterinstitutionalFiles=&DocumentDateFrom=&DocumentDateTo=&MeetingDateFrom=&MeetingDateTo=&DocumentLanguage=EN&OrderBy=DOCUMENT_DATE+DESC&ctI00%24ctI00%24cpMain%24cpMain%24btnSubmit=; <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2023-10/ES-2023-10-17%20EU%20submission%20NDC%20update.pdf> (ultima consultazione 29/09/2024).

Ciò consentirebbe la definizione di strategie e una pianificazione dei progetti per la produzione dell'energia rinnovabile capaci di considerare sia i vantaggi che discendono dalla riduzione delle emissioni connessa alla decarbonizzazione a cui lo sviluppo delle energie "verdi" contribuisce, che le emissioni derivanti dall'estrazione dei minerali e dei metalli critici così come il sacrificio ambientale comportato.

Un simile approccio contribuirebbe a un corretto sviluppo qualitativo ma anche quantitativo delle energie rinnovabili e dei relativi impianti di produzione, che in sé hanno un inevitabile impatto ambientale nei luoghi di costruzione e operatività nella forma che la scienza viene ponendo in luce e che è stata richiamata in precedenza (la degradazione delle terre, il loro inaridimento, la perdita di biodiversità e l'alterazione degli ecosistemi). E, ricordando, inoltre, come evidenziato dal Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, che l'impatto considerato viene esacerbato nel caso dei progetti su vasta scala⁶⁸.

Evitare una proliferazione su vasta scala in determinati contesti è cruciale anche per evitare un sovrassfruttamento delle risorse che, a monte, si estraggono nei Paesi del Sud Globale.

Infatti, per alimentare la produzione dei componenti "genetici" dei parchi eolici e fotovoltaici al ritmo indispensabile per soddisfare gli obiettivi di decarbonizzazione e neutralità in termini di emissioni di carbonio previsti dell'UE, si dovrebbe contare con una a dir poco notevole quantità di minerali e metalli critici.

Per fornire elementi più specifici, la stessa Commissione Europea stima che «si decuplicerà la domanda di terre rare fra il 2020 e il 2050, e si necessiterà una quantità 60 volte superiore di litio e 15 volte superiore di cobalto per raggiungere gli obiettivi di decarbonizzazione stabiliti per il periodo considerato»⁶⁹, con un considerevole impatto sui Paesi del Sud Globale che sono ricchi di queste risorse.

In quest'ottica è pertinente e doveroso richiamare nuovamente il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali, un filo rosso che congiunge luoghi distanti, che si trovano ad affrontare sfide diverse, presenti e future, unite dal minimo comun denominatore energetico e del relativo processo di transizione.

Il principio di sovranità permanente, infatti, contiene in sé la logica precedentemente posta in luce del controllo sulle risorse naturali, con la conseguente inibizione di qualsivoglia iniziativa o attività suscettibile di violarlo, tanto che promani dallo Stato o da soggetti privati, come le multinazionali.

Accanto alla – senza dubbio saliente – attitudine a perimetrare e inibire attività non conformi al suo contenuto, nell'alveo del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali si può individuare e

⁶⁸ Tutto questo senza dimenticare la preziosità della fertilità del suolo e la preservazione della vegetazione, e l'importanza, indirettamente ma con una connessione intrinseca, della sostenibilità dell'uso del suolo anche in termini di preservazione dell'agricoltura, essenziale se non si vuole precipitare in un'altra grave dipendenza da Paesi terzi, quella alimentare, preservando così la sicurezza alimentare (la guerra in Ucraina ha già posto in luce il problema, in relazione all'esportazione del grano). In tal senso, sulle sfide energetiche e alimentari, il libro di F. RAMPINI, *Il lungo inverno. False apocalissi, vere crisi ma non ci salverà lo Stato*, Milano, 2022, rappresenta una lettura ancora e sempre attuale e preziosa.

⁶⁹ Si vedano il sito internet <https://es.statista.com/temas/9520/minerales-estrategicos-o-criticos-en-el-mundo/#topicOverview> (ultima consultazione 29/09/2024), e il Capitolo di prossima pubblicazione di M. DEL MAR HIDALGO GARCÍA, *La Geopolítica de los Minerales*, in M. R. ZAMORA ROSELLÓ (a cura di), *Actividades extractivas y políticas públicas: desafíos normativos y tecnológicos para el sector minero. en clave del Reglamento UE de materias primas fundamentales*, Valencia, 2024, 65.

approfondire il contenuto positivo di controllo, amministrazione e gestione delle risorse naturali da parte della comunità interessata, che la stessa Dichiarazione delle Nazioni Unite su questo principio suggella. In quest’ottica, emerge la connessione fra la sovranità permanente sulle risorse naturali e un altro principio fondante del diritto internazionale e dei diritti umani, ossia il principio di autodeterminazione, consacrato paradigmaticamente nella Dichiarazione relativa alle relazioni amichevoli ed alla cooperazione fra Stati del 1970 (autorevolmente definita da Jorge Viñuales come la “*lost Constitution*” della comunità internazionale, per la sua gravidanza⁷⁰), nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e nel Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali delle Nazioni Unite, nell’articolo 1 comune ai due Trattati.

È interessante richiamare la formulazione letterale della previsione, per coglierne tutta la forza semantica e applicativa⁷¹:

«1. Tutti i popoli hanno il diritto di autodeterminazione. In virtù di questo diritto, essi decidono liberamente del loro statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale. 2. Per raggiungere i loro fini, tutti i popoli possono disporre liberamente delle proprie ricchezze e delle proprie risorse naturali, senza pregiudizio degli obblighi derivanti dalla cooperazione economica internazionale, fondata sul principio del mutuo interesse, e dal diritto internazionale. In nessun caso un popolo può essere privato dei propri mezzi di sussistenza. [...]»

In concreto, il principio di autodeterminazione comporta conseguenze salienti.

In primo luogo, appare opportuno sottolineare l’inciso finale del comma 2, laddove si afferma che «[i]n nessun caso un popolo può essere privato dei propri mezzi di sussistenza».

Ciò, nell’ottica dei diritti umani, può essere inteso tanto con riferimento alle attività estrattive e all’impatto che esse producono sull’ambiente, tanto terrestre come marino (si pensi, per esempio, all’impatto dell’estrazione del petrolio in Nigeria su molteplici attività produttive e di sussistenza, incluso la pesca⁷²). Peraltro, in questo senso, la presa di coscienza dell’esigenza di porre un limite alle attività delle multinazionali, anche attraverso l’opportuno riconoscimento della responsabilità statale, qualora date attività contrastino con la tutela dei diritti dell’uomo, è stata magistralmente affrontata dal sistema interamericano. In questo senso, nella sua Opinione Consultiva OC-23/17 su “L’ambiente e i diritti umani”, la Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo ha chiarito che gli Stati esercitano una giurisdizione extraterritoriale (si sottolinea: extraterritoriale, non solo transfrontaliera, ossia fra Stati confinanti) laddove esercitino un “controllo effettivo” su un’attività suscettibile di produrre effetti pregiudizievoli sull’ambiente al di là del loro territorio⁷³.

⁷⁰ J. VIÑUALES, *The Forgotten Constitution: The UN Friendly Relations Declaration at 50*, in *EJIL:Talk!*, 23 Aprile 2020, accessibile attraverso i seguenti link <https://www.lcil.cam.ac.uk/blog/forgotten-constitution-un-friendly-relations-declaration-50-prof-jorge-vinuales> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁷¹ Il rispettivo testo del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e nel Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali può essere consultato attraverso i presenti link: https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Patto-internazionale-sui-diritti-civili-e-politici-1966/15, (ultima consultazione 29/09/2024).

⁷² Per ulteriori informazioni, si veda il sito: <https://www.africarivista.it/nigeria-fuoriuscite-petrolio-migliaia-di-contadini-e-pescatori-possono-fare-causa-a-shell/180635/> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁷³ Il testo dell’Opinione Consultiva OC-23/17 è disponibile in lingua spagnola qui: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_ing.pdf (ultima consultazione 29/09/2024).

Per offrire una precisazione tecnica, si tratta di una più intensa lettura del canone della dovuta diligenza, che struttura gli obblighi statali di proteggere, rispettare e realizzare i diritti umani laddove esercitino un controllo sulle persone destinatarie della tutela.

Sebbene, al momento, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo mantenga l'accoglimento della concezione di giurisdizione extraterritoriale più "tradizionale" fondata, appunto sul controllo sui destinatari della tutela⁷⁴, la concezione della giurisdizione extraterritoriale fondata sul criterio del controllo effettivo è stata condivisa e adottata dal Comitato sui Diritti del Fanciullo nell'importantissimo caso *Sacchi et al. c. Argentina et al.*⁷⁵. Si tratta di un risultato importante e che induce ad auspicare che anche gli altri Comitati delle Nazioni Unite (fra cui il Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali qui citato), creati ciascuno in rapporto a uno specifico trattato di diritti umani, adottino la stessa posizione nella loro giurisprudenza. In tal senso, depone anche il fatto che, finora, i Comitati hanno dimostrato una prospettiva tendenzialmente più flessibile di quella espressa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In più, anche a livello nazionale, seppur più timidamente, sono emerse prospettive interessanti, come nella sentenza *Neubauer*, prima citata, e nella decisione resa in Norvegia nel caso *Arctic Oil*⁷⁶.

Affermare l'esistenza di siffatti obblighi statali può essere cruciale non solo per contrastare uno sfruttamento iniquo e non conforme ai diritti umani nella fase estrattiva, ma sarebbe strategico anche per assicurare una corretta realizzazione della transizione energetica con elementi di internazionalità, anche negli Stati del Nord Globale, fra cui l'Italia.

In questo senso, lo sguardo e l'attenzione trascenderebbero i confini del nostro Paese per rivolgersi alle attività di imprese straniere operanti in Italia nel settore, e all'obbligo degli Stati in cui hanno la sede (e, dunque, secondo il diritto internazionale, in particolare la visione preminente, la nazionalità) di assicurare adeguata protezione ai diritti umani nella prospettiva extraterritoriale. Da questo punto di vista, acquisirebbe particolare importanza il diritto alla terra secondo la portata contenutistica e semantica chiarita dal Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali – che, peraltro, contempla la extraterritorialità degli obblighi statali in modo articolato e pervasivo, tanto in relazione con lo Stato d'origine delle imprese come con lo Stato in cui le attività si svolgono, e in virtù del tritico di obbligazioni statali (di rispettare, proteggere e realizzare i diritti umani).

In questo senso, l'Osservazione Generale n. 26 del 2022⁷⁷ contiene una serie di affermazioni salienti a partire dal paragrafo 40 fino al paragrafo 47, che meriterebbero una lettura integrale. Ad ogni modo, possono richiamarsi alcuni dei passaggi più significativi.

⁷⁴ Per coloro che desiderassero approfondire la questione, il caso principale di riferimento è *Bankovic e altri c. Belgio e 16 altri Stati contraenti*, il cui testo è disponibile qui: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2006\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU148825](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2006)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU148825) (ultima consultazione 29/09/2024).

⁷⁵ Si veda: *Chiara Sacchi, et al v Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey*, Committee on the Rights of the Child, CRC 104/2019-108/2019 (23 September 2020). In particolare, si veda: *Chiara Sacchi, et al v Argentina*, Committee on the Rights of the Child (CRC/C/88/D/104/2019) (8 October 2021).

⁷⁶ Il caso meriterebbe un approfondimento non realizzabile in questo contesto. La sentenza a cui si fa riferimento è: *Greenpeace Nordic Association v Ministry of Petroleum and Energy* (2020) Case no 20-051052SIV-HRET (Norwegian Supreme Court) (*People v Arctic Oil*).

⁷⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n. 26 (2022), of 24 January 2023, on "Land and Economic, Social and Cultural Rights", E/C.12/GC/26, para. 56.

Con riferimento all’obbligazione di rispettare, il paragrafo 41 contiene un’affermazione cruciale, chiarendo che «[l’]obbligo extraterritoriale di rispettare [i diritti umani] impone agli Stati parte di astenersi da qualsiasi comportamento che interferisca, direttamente o indirettamente, nel godimento dei diritti riconosciuti nel Patto [Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali] nei contesti relazionati con la terra fuori dal proprio territorio»⁷⁸. È eloquente che il paragrafo affermi ulteriormente che «si richiede, inoltre, che [tali Stati] adottino disposizioni specifiche per evitare che le politiche e le misure approvate a livello nazionale e internazionale, per esempio le loro politiche di [...] investimento, energia [...], sviluppo e mitigazione del cambiamento climatico, interferiscano, in modo diretto o indiretto, con il godimento dei diritti umani».

Il contenuto degli obblighi extraterritoriali statali viene poi plasmato ulteriormente dall’Osservazione Generale con riferimento all’obbligazione di proteggere che, come precedentemente posto in luce, si caratterizza per il contenuto positivo, implicante un’azione, un’attività statale. Quest’ultima [(al paragrafo 42) si traduce nell’obbligo di «stabilire i meccanismi regolatori necessari affinché le entità imprenditoriali, incluse le imprese transnazionali, e gli altri attori non statali ai quali possano rivolgere la propria regolamentazione non pregiudichino il godimento dei diritti riconosciuti nel Patto [Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali] nei contesti relazionati con la terra in altri Paesi». Inoltre, si chiarisce che si esige la adozione delle «misure necessarie per impedire che gli attori non statali su cui [gli Stati] possano esercitare un’influenza commettano violazioni dei diritti umani all’estero», tutto ciò nel rispetto della sovranità e degli obblighi dello Stato territoriale. Il successivo paragrafo 43 delucida ulteriormente il contenuto dell’obbligo di proteggere, enfatizzando il nesso che unisce la preservazione della terra e del diritto a essa con il sostentamento che essa assicura alla comunità, incluso nella sfera agricola⁷⁹.

In questo senso, infatti, l’Osservazione Generale delucida che

«nel contesto delle acquisizioni delle terre e delle ulteriori attività imprenditoriali che incidano sulle risorse produttive, inclusa la terra, gli Stati parte dovranno assicurare che gli investitori domiciliati in altri Paesi che investano sulle terre agricole all’estero non privino le persone e le comunità dell’accesso alla terra e alle risorse a essa connesse dalle quali dipendano per la loro sussistenza. Pertanto, può essere

⁷⁸ Il testo in lingua spagnola da me tradotto, è il seguente: «*La obligación extraterritorial de respetar exige a los Estados partes que se abstengan de toda actuación que interfiera, directa o indirectamente, en el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto en contextos relacionados con la tierra fuera de su territorio*».

⁷⁹ Si riporta la versione integrale del testo in spagnolo che ho tradotto: «*42. La obligación extraterritorial de proteger exige a los Estados partes que establezcan los mecanismos reguladores necesarios para que las entidades empresariales, incluidas las empresas transnacionales, y demás actores no estatales cuya actividad estén en condiciones de regular no menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto en contextos relacionados con la tierra en otros países. Así pues, los Estados partes deberán adoptar las medidas necesarias para impedir que los actores no estatales sobre los que puedan tener alguna influencia cometan violaciones de los derechos humanos en el extranjero en contextos relacionados con la tierra, sin atentar contra la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados anfitriones. 43. En el contexto de las adquisiciones de tierras y demás actividades empresariales que afecten al disfrute del acceso a los recursos productivos, incluida la tierra, los Estados partes deberán velar por que los inversores domiciliados en otros países que inviertan en tierras agrícolas en el extranjero no priven a las personas o comunidades del acceso a la tierra o a los recursos asociados a la tierra de los que dependen para su subsistencia. Por tanto, puede ser necesario imponer una obligación de diligencia debida a los inversores para que no adquieran ni arrienden tierras en contravención de las normas y directrices internacionales*».

necessario imporre un'obbligazione di dovuta diligenza agli investitori affinché non acquisiscano e non affittino le terre in violazione delle norme e delle linee guida [(o indirizzi)] internazionali»⁸⁰.

Alcune osservazioni appaiono opportune per chiarire la portata e la pregnanza della *guidance* ermeneutica fornita dal Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali.

In primo luogo, è opportuno soffermarsi sul richiamo alle “norme” e alle “linee guida” o indirizzi a cui le imprese sono chiamate a conformarsi. Infatti, se è pur vero che esse non vantano soggettività internazionale, in virtù della quale potrebbero essere titolari di diritti e obblighi in tale dimensione, è pur tuttavia un dato di fatto il loro crescente impegno verso i diritti umani. A questo proposito, in termini normativi, una svolta intesa a promuovere il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese nel loro operato è già emersa in strumenti cruciali, come i Principi Guida delle Nazioni Unite su Imprese e Diritti Umani⁸¹.

Tali principi, infatti (nello specifico il Principio 12⁸²), richiamano esplicitamente la Carta Internazionale dei Diritti Umani, che include i Patti Internazionali sui Diritti Civili e Politici e sui Diritti Economici, Sociali e Culturali menzionati e i loro Protocolli Addizionali e, dunque, i diritti da essi contemplati così come il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali e il principio di autodeterminazione. Senza soluzione di continuità con il precedente Principio 11⁸³, in virtù del quale le imprese *should*, dovrebbero, rispettare i diritti umani ed evitare l'impatto avverso che la loro attività possa generare rispetto ad essi, il Principio 12 chiarisce la soglia minima, il contenuto minimo del rispetto dei diritti umani richiesto alle imprese. Senza che ciò escluda, naturalmente, l'incremento e l'intensificazione della protezione assicurata. Sembra interessante ricordare che, in alcuni casi, si è registrata un'adesione spontanea da parte della sfera imprenditoriale alla promozione dei diritti umani o, in un'ottica più ampia, al diritto internazionale e all'etica. Si riscontra un importante esempio in tal senso nell'ambito del conflitto armato in Ucraina, laddove, a seguito dell'aggressione perpetrata dalla Federazione Russa, varie imprese hanno deciso di abbandonare il mercato di quest'ultimo Paese⁸⁴. Sebbene in una certa misura questa scelta sia legata anche a una preservazione dell'immagine delle imprese stesse, è ad ogni modo significativa la comprensione che esse hanno saputo dimostrare dell'essenza della *corporate social*

⁸⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n. 26 (2022), of 24 January 2023, on “Land and Economic, Social and Cultural Rights”, cit., para. 43.

⁸¹ I Principi Guida delle Nazioni Unite su Imprese e Diritti possono essere consultati attraverso il seguente link: https://www.cnr.it/sites/default/files/public/media/attivita/editoria/Fasciglione_Principi_Guida_UNU_imprese_diritti_umani.pdf (ultima consultazione 29/09/2024).

⁸² Specificamente, il Principio 12 afferma che: «12. La responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani si riferisce ai diritti umani internazionalmente riconosciuti – intesi, come minimo, quelli espressi nella Carta Internazionale dei Diritti Umani e i principi concernenti i diritti fondamentali enunciati nella Dichiarazione sui Principi e i Diritti Fondamentali nel Lavoro dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro».

⁸³ Letteralmente, nel testo in lingua inglese il Principio 11 afferma: «11. *Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved*».

⁸⁴ La questione è stata trattata in dottrina e si segnala qui il seguente articolo: R. L. KILPATRICK, Jr., *Self-sanctioning Russia*, in *EJIL:Talk!*, 11 Maggio 2022, accessibile attraverso il presente link <https://www.ejiltalk.org/self-sanctioning-russia/> (ultima consultazione 29/09/2024). Vedasi, inoltre: Yale School of Management, Chief Executive Leadership Institute, *Over 1,000 Companies Have Curtailed Operations in Russia—But Some Remain*, 28 Gennaio 2024, accessibile attraverso il presente link <https://som.yale.edu/story/2022/over-1000-companies-have-curtailed-operations-russia-some-remain> (ultima consultazione 29/09/2024).

responsibility, e l’ineludibile sovrapposizione di forma (finanziaria) e sostanza (giuridica, di diritti, diritto ed etica) diviene codice di condotta.

La stessa Unione Europea ha scandito specifici obblighi in capo alle imprese in virtù dell’obbligo di dovuta diligenza e nell’ottica di assicurare la sostenibilità con la recente Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, che mira non solo a un’economia più verde ma anche a una maggiore giustizia sociale⁸⁵.

Ma dato che le imprese sfuggono pur sempre alla soggettività internazionale, con l’indefettibile esigenza di una loro spontanea adesione alla dialettica dei diritti umani, ciò non vale per gli Stati, rispetto ai quali grava una trama di obblighi negativi (di non interferire) e positivi (di adottare le misure e le azioni opportune) che devono sfociare nella definizione delle regole e degli standard comportamentali delle imprese. Il rispetto del diritto alla terra e dei diritti umani in generale deve essere plasmato dagli Stati nella foggia di norme che lo impongano alle imprese anche laddove operanti fuori dal loro territorio, senza che ciò violi o interferisca con la sovranità dello Stato territoriale. Gli Stati devono scrivere le regole, le norme che prevenzano e assicurino la conformità ai diritti umani dell’operato delle imprese e degli investimenti che si realizzano, incluso nel campo energetico, come lo stesso Comitato enfatizza esplicitamente.

In questo senso, ciò che il Comitato effettua e che è sotteso in modo solido e fondante alla visione che esprime, è che i diritti umani, incluso il diritto alla terra, prevalgono sulle logiche economiche e finanziarie, non costituendo il campo energetico un’eccezione.

Si tratta di obblighi internazionali, non di raccomandazioni, da cui discende che l’inosservanza statale costituisce una violazione del diritto internazionale dei diritti umani, con la conseguente responsabilità internazionale dello Stato inadempiente.

E si tratta, inoltre, esattamente di quegli obblighi a cui il Consiglio di Stato fa riferimento nella sua sentenza, e che la nostra Costituzione richiama all’articolo 117(1), derivando da essi – così come «dall’ordinamento comunitario» – i vincoli da rispettarsi nell’esercizio della potestà legislativa da parte dello Stato e delle Regioni.

6. Il diritto alla terra nella dialettica scandita dall’osservazione generale n. 26 del 2022

Ciò detto, merita particolare attenzione anche un’altra questione di fondamentale importanza posta in luce nei paragrafi poc’anzi ricordati dell’Osservazione generale n. 26 (2022), laddove la preservazione della terra e del diritto alla terra appaiono prioritari rispetto all’interesse economico all’investimento, ponendosi l’accento, in questa sfera, sulle terre utilizzate per il sostentamento della comunità. In questo senso, può alludersi alla dimensione tanto agricola come pastorale, legate al sostentamento e, sovente, alla propria sopravvivenza della comunità, prospettandosi come unica o prevalente risorsa locale.

La tutela si declina ulteriormente, e si esprime con riferimento agli agricoltori così come ad altre categorie che possono vedersi interessate nelle aree rurali, come i lavoratori agricoli, ma è interessante

⁸⁵ Per approfondire il tema, può vedersi il sito internet: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/24/corporate-sustainability-due-diligence-council-gives-its-final-approval/> (ultima consultazione 29/09/2024).

notare che si fa riferimento anche ai pastori e ai pescatori. In questo senso, al paragrafo 18 dell'Osservazione Generale, si sottolinea che l'accesso alla terra è rilevante per queste categorie non solo in sé, ma anche perché consente il godimento dei diritti umani in un'ottica più vasta.

In questo senso, con ancora più puntuale incisività, il successivo paragrafo 27, traduce la tutela del diritto alla terra nell'adozione di misure statali volte alla preservazione della proprietà fondiaria da pratiche come «l'espulsione, lo spossessamento illegale delle terre, la appropriazione, le molestie e le minacce».

La protezione riconosciuta è duplice, materiale e spirituale e, in un'ottica in cui sembra poter riecheggiare l'antica idea di proprietà collettiva ed esercizio comunitario dell'agricoltura che aveva caratterizzato proprio la Sardegna sin dall'epoca nuragica⁸⁶, si tutela la proprietà fondiaria collettiva⁸⁷, con riferimento alle terre tradizionali «che sono indispensabili per [...] [l']esistenza, [il] benessere e [lo] sviluppo integrale» delle comunità indigene, agricole o tradizionali che siano espressione di un legame materiale e spirituale con la terra⁸⁸.

Tutto questo è di per sé pregnante e suscettibile di conferire la stura in modo solido al diritto alla terra. In questo senso, la logica del legame indissolubile, l'idea della terra che nutre la sua comunità, tanto a livello materiale come spirituale, trova un crisma giuridico, che il diritto internazionale dei diritti umani arricchisce con un'ulteriore, cruciale prospettiva, quella del diritto allo sviluppo.

In quest'ultimo riecheggiano il principio di autodeterminazione e il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali, in un'ottica che coglie e arricchisce la dimensione economica coniugandola con la sfera politica, sociale e culturale, ed enfatizzando altresì il contenuto identitario, sul piano spirituale e materiale, con la terra.

Questa architettura interconnessa trova ampia consacrazione nel diritto internazionale dei diritti umani anche attraverso il diritto allo sviluppo, scandito nella grammatica internazionale con l'adozione della Dichiarazione della Nazioni Unite sul Diritto allo Sviluppo, proclamato, si badi bene, come "inalienabile".

La Dichiarazione consacra una concezione del diritto allo sviluppo poliedrica e olistica, inclusivo ontologicamente di molteplici dimensioni, in quanto «processo economico, sociale, culturale e politico», finalizzato al «costante miglioramento del benessere dell'intera popolazione e di tutti gli individui sulla base della loro attiva, libera, significativa partecipazione nello sviluppo e nell'equa distribuzione dei benefici che esso produce»⁸⁹.

⁸⁶ La cui frammentazione e disgregazione si deve all'Editto delle chiudende, del 1820, come ricorda magistralmente M. MURGIA, *Viaggio in Sardegna. Undici percorsi nell'isola che non si vede*, Torino, 2008.

⁸⁷ Come afferma il testo in lingua spagnola del passaggio considerato: «[...] También deben reconocer y proteger la dimensión colectiva de la tenencia, en particular en el caso de los pueblos indígenas, los campesinos y otras comunidades tradicionales que tienen una relación material y espiritual con sus tierras tradicionales que es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral. Esa dimensión implica un derecho colectivo de acceso a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido, así como de utilización y control de estos. [...]».

⁸⁸ Si fa riferimento ancora al succitato paragrafo 27 dell'Osservazione Generale n. 26 (2022) (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n. 26 (2022)*), cit.

⁸⁹ Afferma la Dichiarazione delle Nazioni Unite sul Diritto allo Sviluppo nel suo Preambolo (in lingua inglese): «Recognizing that development is a comprehensive economic, social, cultural and political process, which aims at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals on the basis of their

L'articolo 1⁹⁰ della Dichiarazione delucida l'identità e il contenuto del diritto allo sviluppo, ribadendo l'indole ampia e poliedrica, e riconoscendo la sua intrinseca connessione con l'autodeterminazione e la piena sovranità⁹¹ delle popolazioni sulla “wealth” naturale, che può tradursi come la “ricchezza” naturale e sulle risorse naturali del proprio territorio. Al paragrafo 1, si chiarisce l'intrinseca e inscindibile connessione con i diritti umani, essendo lo sviluppo così concepito e strutturato il contesto del loro esercizio.

Tale concezione non è rimasta isolata: la Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli ha espressamente riconosciuto il diritto allo sviluppo, secondo la visione consacrata dalle Nazioni Unite nella Dichiarazione su cui stiamo concentrando la nostra attenzione.

Non è un caso che sia proprio lo strumento di protezione dei diritti umani della dimensione africana a contemplare esplicitamente questo diritto: da un lato, la prima ragione che è opportuno ricordare è prettamente “anagrafica”. Fra gli strumenti regionali dedicati alla tutela dei diritti umani, dotati di un sistema articolato di implementazione e protezione quasi-giudiziale e giudiziale, la Carta Africana o Carta di Banjul è la più giovane. Essa risale al 1981 (ed entrò in vigore nel 1986), laddove la Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo (adottata nel 1969 ed entrata in vigore nel 1978) e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (adottata nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953) sono più risalenti. Ciò determina la diversa articolazione del catalogo di diritti contemplato, seppur l'arricchimento ermeneutico consente di far sì che i Trattati sui Diritti Umani costituiscano “strumenti viventi”⁹², per utilizzare le parole della Corte di Strasburgo.

Dall'altro lato, l'ulteriore eloquente ragione della consacrazione del diritto allo sviluppo nella Carta Africana è di matrice storica, politica e culturale, essendo connessa al processo di decolonizzazione e affermazione dell'autodeterminazione, nonché della sovranità sulle proprie risorse naturali, essenziali, come la stessa Carta di Banjul riconosce all'articolo 20 sul diritto all'autodeterminazione, non solo per la prosperità e lo stesso sviluppo, ma per la propria esistenza a cui i popoli hanno diritto.

E in quest'ottica l'articolo 20 rinsalda l'inscindibile connessione fra autodeterminazione e sviluppo sottolineando il diritto dei popoli a perseguire lo sviluppo politico ed economico secondo la *policy* che abbiano liberamente scelto. Il termine “*policy*” è stato tradotto nel testo della Carta Africana disponibile in italiano con “via”, probabilmente considerando il riferimento a «*la vie [...] librement chois[ie]*» nel testo francese. Ad ogni modo, “*policy*”, in inglese, ha un'accezione più pregnante e in termini descrittivi, più puntuale, vicino alla parola “politica” utilizzata nel testo in spagnolo, che richiama un'attività di pianificazione idonea a esprimere la consapevole progettualità coesistente allo sviluppo.

active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom».

⁹⁰ Si riporta il testo originale in lingua inglese: «*The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized. The human right to development also implies the full realization of the right of peoples to self-determination, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources».*

⁹¹ Enfasi aggiunta.

⁹² La “*living instrument doctrine*” è stata promossa e adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dal 1978, nel caso *Tyrer c. Regno Unito*.

In quest'ottica, si può quindi parlare di una governance per lo sviluppo attraverso la gestione delle risorse naturali, una visione che gli Organi creati nell'ambito del sistema dei diritti umani africano hanno saputo esprimere, in particolare, la Commissione Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli. In questo senso, è emblematico quanto la Commissione ha asserito nel caso *Endorois* laddove, come sottolineato in dottrina, ha chiarito che «*the outcome of development should be empowering and improving the capabilities and choices of the people involved*»⁹³, ossia che «il risultato dello sviluppo dovrebbe essere dare potere e migliorare le capacità e le scelte delle persone che sono coinvolte».

Il verbo “*empower*” è di difficile traduzione nella lingua italiana senza che se ne alterino le sfumature semantiche. In spagnolo, per esempio, può trovarsi corrispondenza nel verbo “*empoderar*”, così come si trova un riscontro semantico fra “*empowerment*” ed “*empoderamiento*”. Si tratta di una parola importante, che esprime l'essenza di quella *stewardship*, così come di quel controllo e di quella autoterminazione rispetto alla gestione delle proprie risorse naturali, che costituisce un tratto saliente del *capability approach*⁹⁴ teorizzato dall'illustre economista e vincitore del Premio Nobel Amartya Sen.

Il fulcro di questa visione è «*a person's freedom to choose between different ways of living*», ossia la «libertà dell'individuo di scegliere fra differenti modi di vivere»⁹⁵, che è stata applicata a molteplici contesti, fra cui l'etica ambientale⁹⁶.

È significativo notare che, nel caso *Endorois*, il vaglio della Commissione Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli si era precisamente incentrato sul tema della spoliazione delle terre del popolo indigeno ricorrente, riconoscendo la violazione del diritto allo sviluppo, ponendo in luce la prospettiva della relazione della popolazione con la terra e le risorse da essa offerte, e affermando che anche il mancato riconoscimento di un'adeguata “*compensation*” per la perdita della proprietà integrava un *vulnus* del diritto allo sviluppo⁹⁷. Peraltro, è rilevante sottolineare che la Commissione ha, altresì, riscontrato una violazione del diritto di disporre delle risorse naturali, protetto dall'articolo 21 della Carta Africana, che, peraltro, prevede innanzitutto una tutela restitutoria, ossia il recupero della terra oggetto di spoliazione (la “*recovery*”).

Appare, inoltre, opportuno ricordare che nel caso *Endorois* erano coinvolti interessi legati alle attività estrattive, a cui la Commissione Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli ha dedicato uno specifico documento, le “*State Reporting Guidelines and Principles on Articles 21 and 24 of the African Charter relating to Extractive Industries, Human Rights and the Environment*”⁹⁸. Le *Guidelines*, ponendo

⁹³ R. G. TESHOME, *The Draft Convention on the Right to Development: A New Dawn to the Recognition of the Right to Development as a Human Right?*, in *Human Rights Law Review*, 22, 2022, 1-24, 13.

⁹⁴ Una descrizione del concetto può essere consultata nella *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, la cui voce enciclopedica *The Capability Approach* è disponibile qui: <https://plato.stanford.edu/entries/capability-approach/> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁹⁵ R. G. TESHOME, *op. cit.*, 13.

⁹⁶ A tale riguardo, si richiama nuovamente la succitata voce enciclopedica della *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

⁹⁷ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 276/2003, *African Commission on Human and Peoples' Rights*, 4 February 2010, (*Endorois*), paras. 144 ss. è accessibile attraverso il presente link <https://www.refworld.org/cases/ACHPR,4b8275a12.html> (ultima consultazione 29/09/2024).

⁹⁸ Il documento può essere consultato attraverso il presente link: <https://achpr.au.int/en/node/845> (ultima consultazione 29/09/2024).

l’accento proprio sul diritto a disporre delle risorse naturali e il diritto all’ambiente, propongono una concezione eloquente e solida, e richiamano la sostenibilità e l’equità che implicano che «le popolazione siano protette dalle attività che abbiano l’effetto di provocare il degrado o la compromissione del suolo, dell’acqua, della flora e della fauna e dell’aria dell’ambiente fisico»⁹⁹. È, inoltre, necessaria la lungimiranza nella definizione delle scelte. Nell’ottica ancora una volta della sostenibilità dello sviluppo inteso anche, concretamente, come diritto. In questo senso, la Commissione Africana pone enfasi sul *duty to fulfil*, il dovere di realizzare i diritti umani, in relazione con le attività dell’industria estrattiva, in virtù del quale sono richieste misure, in inglese “steps”, quali «la raccolta e il giudizioso investimento degli introiti e dei proventi [provenienti] dallo sfruttamento delle risorse naturali”, che includono «l’investimento a beneficio delle generazioni future»¹⁰⁰.

La visione adottata nel sistema africano e il riconoscimento e la valorizzazione del tritico diritto allo sviluppo, gestione delle risorse naturali e autodeterminazione e diffuso nella tutela dei diritti umani dove la relazione con la terra riveste un ruolo protagonista, non solo per il valore precipuo che la caratterizza nella cultura indigena, ma in virtù del suo legame con la popolazione, con la comunità, per il sostentamento e nell’ottica identitaria.

Il sistema africano ha elaborato la visione finora più articolata, ma l’intima connessione fra la popolazione o la comunità, la terra e le risorse che essa offre, è rinvenibile anche nel sistema interamericano, dove questa *narrative* ha trovato un terreno di sviluppo particolarmente prospero nella tutela delle terre ancestrali di Popoli Indigeni. Un esempio è offerto ancora una volta, dall’eloquente Opinione Consultiva OC-23/17 che, unitamente con decisioni rese dalla Corte di San José in casi emblematici come *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* e “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*¹⁰¹ ha forgiato un’idea ampia di risorse, e del variegato impatto sui diritti umani che comporta privare delle stesse la comunità. Un’ottica, che aiuta a porre in luce il *trait d’union* fra le attività estrattive nel Sud Globale per ottenere i materiali e i metalli critici, e l’inadeguata gestione delle risorse naturali costituenti fonti di energie rinnovabili nel Nord Globale, come l’energia solare ed eolica e il consumo di terra per la costruzione dei relativi impianti di produzione.

Ciò detto, il tritico costituito dalla popolazione o comunità, la terra e le risorse, caratterizza anche la visione universale consacrata nella Osservazione Generale n. 26 (2022) che tanto, inevitabilmente, è protagonista della riflessione che si sta sviluppando. La solidità di questa concezione che come sottolineato trova un suo primo esplicito riconoscimento nella Dichiarazione sul Diritto allo Sviluppo delle

⁹⁹ Letteralmente, si afferma che «*people are protected from activities having the effect of degrading or spoiling the soil, water, fauna and flora and the air of the physical environment*»; si vedano le *African Commission On Human and Peoples’ Rights, State Reporting Guidelines and Principles on Articles 21 And 24 of the African Charter relating to Extractive Industries, Human Rights and the Environment*, 2021, para. 28, accessibile attraverso il presente link <https://achpr.au.int/en/node/845> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹⁰⁰ Nel testo originale in lingua inglese, si richiedono gli “steps” come «*the collection and judicious investment of the revenues and proceeds from the exploitation of natural resources*», che includono l’«*investment in benefits to future generations*», secondo le *African Commission On Human and Peoples’ Rights, State Reporting Guidelines and Principles on Articles 21 And 24 of the African Charter relating to Extractive Industries, Human Rights and the Environment*, cit., para. 54.

¹⁰¹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.*

Nazioni Unite, si riscontra nel paragrafo 1 dell'Osservazione Generale. Con eloquenza, il Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali non solo ribadisce l'intrinseca e poliedrica connessione fra la terra e il diritto allo sviluppo¹⁰², ma ne chiarisce la primaria e precipua funzione identitaria e dinamica per la vita della comunità. In questo senso, il Comitato qualifica la terra come «la base per le pratiche sociali, culturali e religiose e del godimento del diritto a partecipare alla vita culturale», poiché essa «non è soltanto una risorsa per produrre alimenti, generare guadagni e creare abitazioni». È chiaro, dunque, il bilanciamento che il Comitato compie, affermando che la terra non può essere relegata a mera risorsa economica e fonte di proventi finanziari, come viene coerentemente ribadito e sviluppato nel testo dell'Osservazione Generale n. 26 (2022) come è stato precedentemente esaminato criticamente e posto in luce. Ma c'è un'ulteriore statuizione nel paragrafo 1 che precede immediatamente la prospettiva posta in luce e delucida con ancora maggior specificità le logiche giuridiche del bilanciamento e del criterio che deve guidare la gestione e l'amministrazione della terra, intesa come risorsa fruttifera e moltiplicatrice, identitaria e poliedrica. Il Comitato accoglie, infatti, una concezione di sviluppo sostenibile, che «è essenziale per garantire il diritto a un ambiente pulito, salubre e sostenibile e per promuovere il diritto allo sviluppo, fra altri diritti». E l'uso sovente promosso e implementato della terra non agevola l'esercizio dei diritti che il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali tutela, come sottolinea l'Osservazione Generale nel suo paragrafo 2¹⁰³.

Si tratta precisamente del paragrafo precedentemente ricordato, con cui si è iniziato ad analizzare l'Osservazione Generale e che enumera appunto, fra i fattori che contribuiscono a questa tendenza «i progetti di energia rinnovabile su vasta scala [...] se non vengono gestiti in modo adeguato»¹⁰⁴. Dunque, il cerchio si chiude, con un flusso di coerenza che, per essere percorso con completezza, richiede un ultimo passaggio, ricordando come in tal senso il Comitato abbia delucidato una emblematica e specifica obbligazione statale, laddove, al paragrafo 45, ha posto in luce che «gli Stati per [del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali] dovranno assicurarsi che l'elaborazione, la celebrazione, l'interpretazione e l'applicazione degli accordi internazionali, incluso ma non esclusivamente¹⁰⁵ in materia di commercio, investimenti, finanziamenti cooperazione per lo sviluppo e cambiamento climatico, siano compatibili con gli obblighi imposti dal Patto e che non producano effetti negativi nell'accesso alle risorse produttive negli altri Paesi»¹⁰⁶. In questo senso, si fa riferimento all'obbligo di

¹⁰² Si riporta per esteso il testo originale in lingua spagnola del passaggio del parágrafo 1 dell'Osservazione Generale n. 26 (2022) in considerazione: «*El uso sostenible de la tierra es esencial para garantizar el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y para promover el derecho al desarrollo, entre otros derechos. En muchas partes del mundo, la tierra no es solo un recurso para producir alimentos, generar ingresos y crear viviendas, sino que también constituye la base de prácticas sociales, culturales y religiosas y del disfrute del derecho a participar en la vida cultural*».

¹⁰³ Il testo in spagnolo del paragrafo 2.1 afferma, infatti «2. *Sin embargo, la forma en que la tierra se usa y gestiona en la actualidad no facilita el ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto. A continuación se indican los factores que más contribuyen a esta tendencia[...]*», per poi iniziare a enumerare una serie di esempi emblematici fra cui proprio «*los proyectos de energía renovable a gran escala o las medidas de reforestación, pueden contribuir a estas tendencias si no se gestionan de forma adecuada*», come si chiarisce sopra nel corpo dell'articolo.

¹⁰⁴ Vedasi la nota precedente per consultare il testo in lingua spagnola.

¹⁰⁵ Per la traduzione di quest'inciso è stato preso in considerazione il testo in lingua inglese.

¹⁰⁶ Il testo in lingua spagnola del paragrafo 45 dell'Osservazione Generale n. 26 (2022) afferma: «45. *Los Estados partes deberán asegurarse de que la elaboración, celebración, interpretación y aplicación de los acuerdos*

realizzare i diritti umani nella sua dimensione extraterritoriale che, nel caso concreto delle imprese straniere operanti in Italia, implica per gli Stati terzi in cui esse abbiano sede, l’obbligo di assicurare i diritti enunciati per le comunità che si vedano interessate dalle attività delle imprese domiciliate nel loro territorio. Un obbligo che si salda e combina con i doveri dello Stato territoriale (l’Italia, dunque) su cui graverà l’obbligo di rispettare, realizzare, e proteggere – secondo la dovuta diligenza e verso l’operato di soggetti privati – i diritti dei propri cittadini.

E, a questo punto, sì, chiudendo il cerchio almeno su questo piano, anche attraverso un’adeguata gestione dei progetti di energia innovabile su vasta scala.

Il quadro della tutela non si esaurisce nello scenario analizzato, che si caratterizza per la logica della sostenibilità, dell’equità intergenerazionale e intragenerazionale, della giustizia (procedurale e distributiva), e della solidarietà. Questa visione articolata, che ha saputo cogliere l’intima interconnessione, di ontologia e destino, fra la sfera umana e quella ambientale, declina inevitabilmente la narrazione dei diritti secondo la titolarità degli stessi in capo all’essere umano, individuo e/o comunità.

7. Oltre l’umanità e l’antropocentrismo: i diritti della Natura

Vi è, però, un linguaggio dei diritti che arricchisce ulteriormente questa narrazione sul piano qualitativo, traducendola nel riconoscimento giuridico della stessa Natura come soggetto di diritti e definendo paradigmi di protezione, concretamente implementabili, dei suoi diritti, anche mediante il riconoscimento del *locus standi* o legittimazione processuale. Si tratta di una dimensione giuridica potente, che affonda le sue radici nella visione teorizzata da Christopher Stone nel 1972, nel suo noto articolo “*Should Trees have Legal Standing?*”¹⁰⁷, e che ha conosciuto una importante evoluzione giurisprudenziale e normativa, in cui spicca la consacrazione dei diritti della *Pachamama*, la “Madre Terra” in lingua Quechua, nelle Costituzioni di Bolivia ed Ecuador.

In quest’ottica, la conservazione, la protezione della biodiversità, l’integrità e la salubrità dell’ambiente, diventano centrali, venendo dotate di un quadro di implementazione della protezione accordata attraverso organi specifici preposti all’amministrazione e alla tutela di entità naturali specifiche, come fiumi o montagne, o mediante il riconoscimento di un ruolo proattivo delle comunità nella loro salvaguardia.

Nel primo caso, possono ricordarsi esempi paradigmatici che contrassegnano le esperienze di Paesi di diversa cultura giuridica, come il recente esperienza spagnola con il Mar Menor, e il Te Urewera National Park, il Fiume Whanganui e il Monte Taranaki in Nuova Zelanda, dove la dialettica dei diritti della Natura si intreccia con la protezione del popolo Maori.

internacionales, entre otras cosas en materia de comercio, inversión, financiación, cooperación para el desarrollo y lucha contra el cambio climático, sean compatibles con las obligaciones que les impone el Pacto y no tengan efectos negativos en el acceso a los recursos productivos en otros países».

¹⁰⁷ C.D. STONE, *Should Trees Have Standing?: Law, Morality, and the Environment*, 3rd Ed., Oxford, 2010; also see: C.D. STONE, *Should Trees Have Standing?—Towards Legal. Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 45, 1972, 450-501, accessibile attraverso il presente link <https://iseethics.files.wordpress.com/2013/02/stone-christopher-d-should-trees-have-standing.pdf> (ultima consultazione 29/09/2024).

Nel secondo caso, si possono annoverare esperienze interessanti come i *Community Bill of Rights* da varie municipalit  statunitensi in diversi Stati, come la California, il Colorado, il New Mexico, e l'Ohio¹⁰⁸. A titolo d'esempio, si pu  ricordare il Pittsburgh Community Bill of Rights¹⁰⁹, che nel 2010 fu adottato all'unanimit  dal City Council di Pittsburgh, Pennsylvania, e che, come sottolineato in dottrina, «ha creato diritti implementabili all'acqua e all'aria pulite, e ha riconosciuto, sul piano giuridico, i diritti dell'ambiente naturale a esistere e prosperare, ha ribadito il diritto all'autogoverno e, al fine di proteggere tali diritti, ha proibito l'estrazione del gas naturale utilizzando il *fracking* e le attivit  connesse»¹¹⁰.

Si pu , dunque, osservare come questo strumento svolga un ruolo di primaria importanza nella tutela della Natura rispetto a contrapposti interessi economici, ricollegabili in questo caso alla sfera estrattiva ed energetica. Attualmente, oltre «tre dozzine di municipalit »¹¹¹ statunitensi hanno «dato implementazione ai diritti della Natura per mettere fuori legge pratiche come il *fracking* e le attivit  minerarie»¹¹².

Inoltre, emerge anche il ruolo fondamentale della comunit  locale, il cui esercizio   assicurato attraverso l'implementazione concreta e operativa della giustizia procedurale, tanto in sede amministrativa e, pertanto, anche attraverso la partecipazione ai relativi procedimenti in seno all'Amministrazione – come in sede giurisdizionale. Infatti, come delucidato a quest'ultimo proposito, i *Community Bill of Rights* consentono a «qualsiasi cittadino o amministrazione [...] [di] agire in giudizio come attori o ricorrenti o come rappresentanti della Natura»¹¹³.

In questa prospettiva, si pu  ulteriormente osservare come questo quadro acquisisca una funzione importante per assicurare l'autodeterminazione delle comunit  e il loro diritto a disporre delle risorse naturali che afferiscono alla loro realt  ambientale che, come poc'anzi posto in luce, assumono rango

¹⁰⁸ For an interesting analysis, see D.R. BOYD, *Recognizing the Rights of Nature*, in *Natural Resources & Environment*, 32, 4, 2018, 13-17, accessibile attraverso il presente link <https://www.jstor.org/stable/26418846> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹⁰⁹ Il testo originale recita: «[it has] created enforceable rights to clean water and air, recognized legal rights of the natural environment to exist and flourish, reaffirmed the right of local community self-government, and, in order to protect these rights, banned the extraction of natural gas using fracking and related activities». Vedasi inoltre K. SURMA, *Does Nature Have Rights? A Burgeoning Legal Movement Says Rivers, Forests and Wildlife Have Standing, Too*, in *Inside Climate News*, 19 Settembre 2021, accessibile attraverso il presente link <https://insideclimatenews.org/news/19092021/rights-of-nature-legal-movement/>, (ultima consultazione 29/09/2024), che offre degli esempi interessanti. Ho ritenuto che la traduzione pi  fedele del termine "government" (letteralmente "entit  governativa", nei distinti livelli territoriali) fosse "amministrazione".

¹¹⁰ B. PRICE, *In Pittsburgh, a community bill of rights helped ban fracking*, in *Shareable*, 8 Marzo 2018, accessibile attraverso il presente link <https://www.shareable.net/in-pittsburgh-a-community-bill-of-rights-helped-ban-fracking/> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹¹¹ D.R. BOYD, *op. cit.*

¹¹² A. LUCK, *The rights of Nature movement: a closer look at New Zealand*, in *Vermont Journal of Environmental Law – VJEL Blog*, 20, 1, 2018. Si veda anche: C. M. KAUFFMAN, PAMELA L. MARTIN, *Constructing Rights of Nature Norms in the US, Ecuador, and New Zealand*, in *Global Environmental Policies*, 18, 4, 2018, 43-62. See D.R. BOYD, *op. cit.*: cos  come Boyd ha posto in luce, queste *municipalities* hanno approvato specifici strumenti (*ordenances*) volti a proteggere i diritti della Natura. L'esperienza della *municipality* di Pittsburgh, che ha utilizzato i diritti della Natura per poter proibire il *fracking* nelle aree di sua competenza,   un esempio eloquente.

¹¹³ «[Community Bills of Rights allow] any citizen or government [...] [to] act as a plaintiff or representative in court on behalf of nature», A. LUCK, *op. cit.*

costituzionale in modo esplicito o trovano comunque eloquenti risposte nella giurisprudenza costituzionale così come internazionale.

Costituiscono esempi concreti, in questo senso, il succitato costituzionalismo della Natura sviluppato dalla Corte Costituzionale colombiana così significativo perché maturato in assenza di un’esplicita previsione costituzionale dei diritti della Natura o della *Pachamama*, e di cui fornisce un’importante espressione la decisione assunta dalla Corte nel caso *Rio Atrato*. Uno delle più salienti risultati conseguiti dalla Corte è l’applicazione del principio di precauzione nella foggia del criterio *in dubio pro Natura* o *in dubio pro ambiente*, precedentemente richiamato, che implica che «a fronte della tensione fra principi e diritti confliggenti, l’autorità debba favorire l’interpretazione che sia più coerente con la garanzia e il godimento del diritti a un ambiente salubre rispetto a quella che sospenda, limiti o comprima tale diritto»¹¹⁴. Ciò che pare opportuno porre in luce ulteriormente è che la Corte Costituzionale colombiana si avvale del principio *in dubio pro Natura* o *in dubio pro ambiente* per proteggere i diritti della Natura attraverso la proibizione di attività minerarie in virtù del dubbio scientifico che esse potessero produrre un impatto pregiudizievole su tali diritti¹¹⁵.

Nel caso *Los Cedros*¹¹⁶, la Corte Costituzionale aveva revocato due concessioni minerarie rilasciate con riferimento all’area della riserva naturale de Los Cedros e, inoltre, come «misura di riparazione integrale» (“*medida de reparación integral*”), con un’estensione a tutti casi analoghi di attività da condursi nelle riserva, aveva affermato che «nessuna attività che violi i diritti della Natura – che siano simili a quelle che è stato dichiarato che violano i diritti della Natura nel presente caso – devono essere realizzate nel *Bosque Protector Los Cedros*”¹¹⁷.

¹¹⁴ Il criterio *in dubio pro Natura* o *in dubio pro ambiente*, nella sua applicazione da parte della Corte Costituzionale colombiana, è stato efficacemente descritto come «*[the] superior criterion of in dubio pro ambiente or in dubio pro natura, consisting of the fact that in the face of tension between principles and conflicting rights, the authority must favor the interpretation that is most consistent with the guarantee and enjoyment of a healthy environment, with respect to the one that suspends, limits, or restricts it*». Constitutional Court of Colombia, *Atrato River Decision T-622/16 of 10 November 2016*, para. 7.39. Nello stesso paragrafo, la Corte chiarisce anche che: «*after reviewing some of the main characteristics of the Colombian mining energy policy and the constitutional provisions that guarantee the protection of the environment, as a superior interest, for the Court it is clear that mining is an activity that has the potential to affect the environment and the sustainability of natural resources*».

¹¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22- 18-IN/21, (sobre “Inconstitucionalidad de las disposiciones del Código Orgánico del Ambiente y su reglamento”) (*Los Cedros*). Si vedano: L. KOEHN, J. NASSL, *Judicial Backlash Against the Rights of Nature in Ecuador*, in *Verfassungblog*, 27 Aprile 2023, accessibile attraverso il presente link <https://verfassungsblog.de/judicial-backlash-against-the-rights-of-nature-in-ecuador/> (ultima consultazione 29/09/2024); G. PRIETO, *The Los Cedros Forest has Rights: The Ecuadorian Constitutional Court Affirms the Rights of Nature*, in *Verfassungblog*, accessibile attraverso il presente link <https://verfassungsblog.de/the-los-cedros-forest-has-rights/> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22- 18-IN/21, (sobre “Inconstitucionalidad de las disposiciones del Código Orgánico del Ambiente y su reglamento”) (*Los Cedros*). accessibile attraverso il presente link (in lingua inglese) <https://www.garn.org/wp-content/uploads/2022/06/Los-Cedros-Decision-ENGLISH-Final.pdf> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹¹⁷ *Los Cedros*, para. 348(a). In questo caso è stata consultata la traduzione ufficiale in lingua inglese, il passaggio delle decisione che è stato tradotto è il seguente: «*no activities that violate the rights of Nature – that are similar to those that were declared to have breached the rights of Nature in the present case – must be carried out in Bosque Protector Los Cedros*».

Per ragioni di chiarezza e completezza, è essenziale richiamare lo standard applicato dai Giudici Costituzionali ecuadoregni, ossia “l’impatto negativo irreversibile”. Come sottolineato in dottrina¹¹⁸, la Corte «ha concluso, durante un lungo processo “basato sulle informazioni ricevute” (para. 70) che qualsiasi attività mineraria avrebbe un impatto pregiudizievole irreversibile su *Los Cedros* (para.124) pregiudicando pertanto i diritti della Natura». Inoltre, in modo fondamentale, al paragrafo 130 della sentenza, la Suprema Corte ha affermato che “*los accionados*”, ossia le imprese minerarie, «non hanno fornito alla Corte nessuna informazione scientifica, specifica e fondata, sull’impatto dell’attività mineraria sui diritti della Natura, che dimostri che tale attività non causerà danni irreversibili nel Bosque Protector Los Cedros, come sarebbero l’estinzione di specie e la distruzione dell’ecosistema»¹¹⁹.

Il punto è chiarissimo: nel caso di dubbio che si generino danno irreversibili, in virtù del principio di precauzione, l’attività non può essere realizzata. Il risultato della mancanza della certezza scientifica della non lesività è la paralisi, la non autorizzazione dell’attività mineraria. Non solo quella specifica oggetto della controversia, ma tutte le attività insistenti su quel contesto territoriale e che siano analoghe.

Nella nostra realtà giuridica, ciò equivale alla realizzazione di uno studio di impatto ambientale rigoroso che escluda con certezza che l’attività possa causare un danno irreversibile. La potenza di quest’affermazione è notevole, pervasiva, allontana e annulla ogni dubbio su come l’amministrazione debba procedere, ossia, non autorizzando attività che non siano suscettibili di superare il controllo fondato sul principio di precauzione. L’incertezza scientifica riguardo al prodursi del danno irreversibile preclude lo svolgimento dell’attività, travolgendo qualsiasi autorizzazione si possa erogare o sia stata erogata, per la prevalenza dell’autentico interesse ambientale. L’integrità dell’ambiente, tradotta nella grammatica dei diritti della Natura, la preservazione delle specie e dell’ecosistema, prevalgono.

In questo senso, il riconoscimento dei diritti della Natura e della stessa legittimazione processuale della Natura stessa di cui, in concreto, alla stregua dell’approccio dei *Community Bills of Rights* delle municipalità americane, la comunità locale è custode e può esigere la dovuta protezione anche in sede giurisdizionale oltre che amministrativa, rappresenta il culmine, l’esito sofferto ma conquistato della coraggiosa e saggia visione espressa dal Giudice Douglas nel caso *Sierra Club c. Morton*,¹²⁰ nel lontano 1972.

Sierra Club c. Morton è un caso emblematico, di evidente convergenza di interessi e valori ambientali e interessi prettamente economici e finanziari in piena rotta di collisione. Nel caso di specie, infatti, si contrapponevano e scontravano gli interessi della *Walt Disney Enterprises*, che mirava a realizzare il *Disney’s Mineral King Ski Resort*, un resort sciistico dotato altresì di un ampio complesso di strutture, fra cui motel, piscine, parcheggi, nella *Mineral King Valley*, un’area situata nel *Sequoia National Park* della California. La vicenda si svolge nel cuore degli Anni Sessanta, quando Walt Disney godeva di

¹¹⁸ Si veda G. PRIETO, *op. cit.*

¹¹⁹ «*Los accionados no han suministrado a esta Corte información científica alguna, específica y fundamentada, sobre los impactos en los derechos de la naturaleza de la actividad minera, que demuestre que dicha actividad no generará daños irreversibles en el Bosque Protector Los Cedros, como serían la extinción de especies y destrucción del ecosistema*» (*Los Cedros*, para. 130).

¹²⁰ Supreme Court of the United States, *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972) (*Sierra Club v. Morton*). Per una sintesi del caso (in lingua inglese), può consultarsi il sito internet: <https://ecojurisprudence.org/initiatives/sierra-v-morton/> (ultima consultazione 29/09/2024).

un'elevata popolarità e aveva mietuto il plauso delle amministrazioni ai diversi livelli di governo e perfino delle associazioni ambientaliste per la sua disponibilità a investire 35 milioni di dollari (attualmente equivalenti a circa 275 milioni di dollari) nella realizzazione di un progetto che sembrava incarnare l'“*American Dream*”¹²¹. In questo clima, il relativo piano della *Walt Disney Enterprises* aveva ottenuto l'autorizzazione da parte dell'*US Forest Service*, da cui era poi scaturita l'impugnazione dinanzi alla competente *District Court* da parte della *Sierra Club*, la più grande associazione ambientalista statunitense. Oltre a caratterizzarsi per il suo incontaminato paesaggio alpino, infatti, dal 1926 la *Mineral King Valley* era stata dichiarata da un *Act* del Congresso un'area protetta (in particolare “*national game refuge*”). La decisione della *District Court* che aveva accolto le istanze ambientaliste, era poi stata rovesciata dalla *Ninth Circuit Court of Appeals* e dalla Corte Suprema americana, che avevano rigettato le istanze della *Sierra Club* sulla base della negazione della legittimazione processuale della Natura come entità e soggetto giuridico.

È in questo scenario che si colloca e spicca la lungimirante visione del Giudice Douglas, consacrata in un'Opinione Dissenziente che contiene una delle teorizzazioni e giustificazioni più salienti e giuridicamente affascinanti della soggettività giuridica della Natura, dei suoi diritti e della sua legittimazione processuale. In uno dei passaggi più emblematici di un ragionamento che meriterebbe la lettura in ogni singola parola, il Giudice Douglas afferma:

«La voce dell'oggetto inanimato non dovrebbe pertanto essere messa a tacere. Ciò non significa che il potere giudiziario debba sostituirsi all'agenzia federale [competente] nell'esercizio delle sue funzioni amministrative. Ciò significa semplicemente che prima che queste inestimabili parti d'America (come una valle, un prato alpino, un fiume o un lago) siano perdute per sempre o vengano trasformate in modo tale da essere ridotte alle rovine di un ambiente urbano, la voce di coloro che beneficiano attualmente [gli “*existent beneficiaries*”] di queste meraviglie, deve essere ascoltata.

Forse non vinceranno. Forse i bulldozer del “progresso” distruggeranno tutte le incantevoli meraviglie di questa bellissima Terra. Ma questa non è la domanda che mi pongo. La sola domanda è chi è legittimato, chi ha diritto di essere ascoltato?»¹²².

Il Giudice Douglas aveva la risposta:

«l'attuale preoccupazione pubblica riguardo alla protezione dell'equilibrio ecologico della natura dovrebbe condurre al conferimento della legittimazione processuale ai soggetti ambientali, affinché possano agire in giudizio per la loro stessa preservazione. Questa stessa controversia dovrebbe pertanto

¹²¹ Si può consultare una descrizione della vicenda, in questo caso in spagnolo, attraverso il seguente link, sul sito internet: <https://www.lugaresdenieve.com/?q=es/reportaje/mineral-king-ski-resort-idea-walt-disney-nunca-llego-hacerse-realidad> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹²² *Sierra Club v. Morton*, Dissenting Opinion of Justice Douglas. «*The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled. That does not mean that the judiciary takes over the managerial functions from the federal agency. It merely means that before these priceless bits of America (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard. Perhaps they will not win. Perhaps the bulldozers of "progress" will plow under all the aesthetic wonders of this beautiful land. That is not the present question. The sole question is, who has standing to be heard?* ».

più opportunamente designarsi come *Mineral King c. Morton*¹²³. Del resto, come il Giudice Douglas sottolinea, il diritto riconosce già altre entità a cui accorda la personalità giuridica, come le navi o le imprese (le “*corporations*”), e che sovente stanno in giudizio.

La Natura ha, quindi, una voce, che non è una flebile eco ma un corpo di diritti tutelabili e azionabili. La comunità è lo strumento attraverso cui quella voce deve risuonare.

Con il tempo, si seppe abbandonare la miopia della devastazione ambientale che incombeva su quei luoghi incontaminati: l’allora Governatore della California Ronald Reagan ritirò il supporto, naturalmente anche finanziario oltre che politico, al progetto che avrebbe per sempre e irreversibilmente stravolto e danneggiato la *Mineral King Valley*.

In particolare, il Governatore Reagan ritirò il finanziamento a una delle infrastrutture di supporto al progetto che si intendeva realizzare, in particolare un’autostrada, considerando che dovesse essere sostituita da un collegamento più rispettoso dell’ambiente naturale circostante come un treno di montagna, benché più scomodo per gli sciatori e gli ospiti del resort. Il cammino, a suo tempo, non fu quello auspicabile, perché la logica del bilanciamento fu essenzialmente economica.

Ma oggi, come questa riflessione ha inteso porre in luce, il diritto e i diritti, Giudici e Legislatori di tutto il mondo, hanno scolpito una *highway*, un’autostrada, in questo caso preziosa e desiderabile, e ancora più importante: la via dell’ambiente, della Natura e del coraggio e della dignità delle comunità, la loro salute, la loro identità e perfino la loro sopravvivenza.

Che l’interesse economico, finanziario non possa e non debba prevalere è scolpito nel linguaggio delle Costituzioni, degli strumenti normativi, delle decisioni giurisprudenziali di tutto il Pianeta e nel linguaggio dei diritti umani, che sorgono e si fondano sulla dignità di ogni essere umano e dell’intera “famiglia umana” – come afferma la pietra miliare incarnata dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948.

Del resto, nella sfera internazionale, la Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo non solo ha manifestato la propria apertura al riconoscimento dei diritti della Natura nell’Opinione Consultiva OC-23/17¹²⁴, ma nel caso *Lhaka Honat* ha altresì chiarito l’importanza di proteggere la Natura «non solo per i suoi benefici o per i suoi effetti rilevanti per l’umanità[,] ma in virtù della sua importanza per gli altri organismi viventi con cui condividiamo il Pianeta»¹²⁵. Peraltro, ad avviso della Corte, nemmeno è trascurabile che i diritti umani (ossia, i diritti che fanno capo agli esseri umani oltre ai diritti della Natura) potrebbero essere violati come conseguenza del danno cagionato all’ambiente¹²⁶. Si può pensare

¹²³ Nella sua *Dissenting Opinion*, in lingua originale, il Giudice Douglas afferma: «*Contemporary public concern for protecting nature's ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation. This suit would therefore be more properly labeled as Mineral King v. Morton*».

¹²⁴ M.A. TIGRE, *Inter-American Court of Human Rights Recognizes the Right to a Healthy Environment*, in *ASIL Insights*, 2 Giugno 2020, accessibile attraverso il presente link <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/14/inter-american-court-human-rights-recognizes-right-healthy-environment> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹²⁵ *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina*, Inter-Am. Ct. H.R., 6 February 2020) (*Lhaka Honat*), para. 203.

¹²⁶ Nella decisione resa nel caso *Lhaka Honat*, la Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo, infatti, chiarisce anche che «*[t]his evidently does not mean that other human rights will not be violated as a result of damage to the environment*». *Lhaka Honat*, para. 203.

alla salute, dove l'idea di *One Health*, già richiamata sopra, si è manifestata con prorompente forza nella genesi zoonotica della pandemia di COVID-19 così come di altri precedenti fenomeni infettivi di proporzioni più o meno importanti (si pensi all'origine dello stesso virus dell'HIV¹²⁷). Si pensi all'ambiente intaccato, alterato, devastato dai conflitti armati, dove l'epifania dello spettro delle atrocità belliche affligge le giovani generazioni vietnamite in via intergenerazionale. Si pensi alle manipolazioni e alterazioni dell'ambiente da parte dell'essere umano, che sono alla base dello stesso cambiamento climatico, alla deforestazione che priva il nostro pianeta della risorsa naturalmente capace di contrastare le emissioni di CO₂.

Tutto questo ci riporta al ritmo e all'armonia della natura che, con lungimiranza e abilità giuridica, la Suprema Corte delle Filippine aveva enfatizzato in quella pietra miliare che fu la sentenza *Minors Oposa*, ricordata all'inizio del presente articolo.

È necessario che apprendiamo dal nostro passato nella costruzione del nostro presente. Nel lungo cammino normativo e giurisprudenziale che è stato ripercorso non mancano gli esempi da condividere per la costruzione di una autentica “*climate democracy*” e per una transizione energetica altrettanto genuina, coerente con i diritti umani e con i diritti della Natura.

Si tratta di un'evoluzione incessante, che continua a crescere e maturare. E che rappresenta una fonte preziosa e pragmaticamente applicabile alla realtà della Sardegna, così come ad ogni altro contesto territoriale, a qualsiasi livello di governance e amministrazione, che voglia perseguire uno sviluppo realmente sostenibile, la giustizia intragenerazionale e intergenerazionale, la giustizia procedurale e distributiva, e una solidarietà che, come saggiamente affermato dal Giudice Cançado Trindade, abbracci il tempo e lo spazio.

8. Conclusioni

Come sarà possibile realizzare i principi, i valori e incorporare la tutela che è stata sviluppata nell'ambito della transizione energetica sarda (e non solo)?

Al riguardo, possono tracciarsi alcune considerazioni critiche conclusive e qualche proposta, che non ambiscono a essere né esaustive né definitive ma che rappresentano un primo punto di partenza e uno stimolo di riflessione, dialogo e soluzioni concrete.

Innanzitutto, nel bilanciamento di beni giuridicamente tutelati e interessi contrapposti appare evidente che il perseguimento della transizione energetica non possa assumere proporzioni e un impatto tali da compromettere in modo definitivo l'integrità dell'ambiente e della Natura, intesa come vero e proprio soggetto di diritto e titolare di diritti. Un bilanciamento in cui l'ambiente e la Natura soccombono a beneficio di una transizione energetica sregolata e non fondata sulla preservazione e conservazione dell'ambiente naturale, dell'ecosistema e della biodiversità, non solo contravviene alla logica dell'autentica sostenibilità dello sviluppo, che per essere tale deve necessariamente sdoganarsi dall'antropocentrismo dell'interesse economico (la produzione energetica improntata a sostenere e alimentare la voracità di un sistema unicamente attento alle esigenze e ai consumi umani), e abbracciare una prospettiva “ecocentrica-antropica”, come la saggezza giuridica e scientifica dei Giudici di

¹²⁷ Si veda lo studio di P.M. SHARP, B.H. HAHN, *Origins of HIV and the AIDS Pandemic*, in *Cold Spring Harbor Perspectives in Medicine*, 1,1, 2011, 1-22.

Bogotà e della più ampia giurisprudenza climatica invocano e consono “al ritmo e all’armonia” teorizzati dalla Suprema Corte delle Filippine.

Diversamente, si contravverrà al principio di equità intergenerazionale e intragenerazionale, che impone agli Stati la preservazione e la conservazione dell’ambiente e della Natura con le loro risorse, nella loro integrità e nella preservazione dell’ecosistema e della biodiversità.

Si tratta non solo di principi rilevanti in sé per orientare e definire le politiche in materia ambientale, ma di veri e propri obblighi internazionali, la cui inottemperanza è fonte di responsabilità statale e la cui osservanza può essere invocata attraverso specifici strumenti di tutela dai titolari di tali diritti, con una valorizzazione dell’impulso delle comunità coinvolte.

La gamma di strumenti di protezione è ampia, e si articola tanto nella sfera regionale del nostro continente europeo, attraverso i ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che è stata capace di strutturare una solida tutela ambientale in virtù del diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto alla vita, senza trascurare la dimensione universale di tutela dei diritti umani, come il sistema quasi-giudiziale creato nell’alveo dei Patti Internazionali rispettivamente sui Diritti Civili e Politici e sui Diritti Economici, Sociali e Culturali della Nazioni Unite. Queste ultime offrono un ulteriore novero di strumenti di protezione, molteplici e preziosi, come le procedure speciali¹²⁸.

E, ultimo ma non meno importante, l’Unione Europa offre strumenti importanti, di cui i cittadini europei possono avvalersi per la promozione di una transizione energetica giusta, come sollecitare l’intervento del Mediatore Europeo. Appare interessante sottolineare che anche i Giudici nazionali possono contribuire, adendo la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, una via percorribile attraverso l’esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte, affinché fornisca l’opportuna e necessaria *guidance* ermeneutica per assicurare un’interpretazione e un’applicazione ortodossa del diritto dell’Unione, incluso nell’ottica dei diritti umani e del rispetto della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.

Ma soprattutto, il proposito della presente riflessione è tracciare vie di coerenza con i diritti umani per la promozione di una transizione energetica giusta dal punto di vista statale, per la costruzione di uno sviluppo sostenibile libero dall’esercizio di ambiguità nel quale si rischia di incorrere senza un adeguato contemperamento dei contrapposti interessi. Specialmente quando l’esito del bilanciamento non sia la prioritizzazione degli autentici interessi ambientali.

La Direttiva europea sulle energie rinnovabili indica un cammino importante: la creazione delle comunità energetiche, che è altresì conforme con i principi di prossimità e sussidiarietà.

Come si è osservato nella riflessione, assicurare il ruolo primario delle comunità è fondamentale: ciò implica l’irrinunciabile esercizio della partecipazione, che non è mero auspicio ma è la via indicata dalla stessa Direttiva sulle energie rinnovabili ed è la via descritta dagli obblighi internazionali di diritti umani, espressione irriducibile del principio di giustizia procedurale, altresì consacrato nella Convenzione di Aarhus (e, per sottolineare la pregnanza a livello internazionale di questi obblighi e principi, anche dall’Accordo di Escazú, firmato da ben 25 Stati dell’America Latina e dei Caraibi e ratificato da 16 di essi).

¹²⁸ Le procedure speciali attivabili in seno alle Nazioni Unite posso essere consultate attraverso il seguente link: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council> (ultima consultazione 29/09/2024).

Il coinvolgimento delle comunità, che sono a loro volta protagoniste di quella funzione di tutela dell’ambiente e custodi dei diritti della Natura e della loro implementazione in concreto, anche in sede giudiziale oltre che amministrativa, è una componente imprescindibile e normativamente consacrata. Una delle questioni in cui le comunità devono essere coinvolte riguarda l’ubicazione e le proporzioni dei progetti di energie rinnovabili, da cui deve derivare un beneficio per le comunità interessate. È una questione di giustizia distributiva: chi sopporta il sacrificio deve ricevere una corrispondente compensazione dello stesso.

In questo senso, una *guidance* particolarmente eloquente è stata offerta dal Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali ha una funzione fondamentale: definire il contenuto e la portata degli obblighi statali nonché dei nostri diritti per evitare di rimanere intrappolati in un “esercizio di ambiguità”, L’adeguata elaborazione e pianificazione delle scelte energetiche e dell’ubicazione e dell’entità degli impianti per la produzione delle energie rinnovabili deve avvenire nel rispetto del diritto alla terra, del diritto allo sviluppo e all’ambiente, coerentemente con il diritto a disporre delle risorse naturali, incluse quelle che costituiscono fonti energetiche, e l’autodeterminazione delle comunità. Tutto ciò senza trascurare il profilo culturale e identitario, dei luoghi, del paesaggio e delle risorse, che non possono nemmeno prescindere dalla protezione della biodiversità e dell’ecosistema e dalla loro conservazione.

Le vie e gli strumenti per l’implementazione sono stati ripercorsi anche a livello statale e nell’ottica della cooperazione internazionale, anche attraverso un adeguato computo delle emissioni prodotte secondo un’equa e realistica distribuzione della PBA e della CBA, concretamente computabili nei CND secondo l’Accordo di Parigi, e attraverso la definizione di regole precise e coerenti che scandiscano e perimetrino l’operato delle imprese.

In questo senso, è importante evitare che si compiano le distopiche preoccupazioni del Giudice Douglas, che nella sua Opinione Dissenziente non aveva trascurato, riferendosi ai bulldozers del “progresso”. Il progresso, infatti, per definirsi tale, non solo deve sottrarsi all’esercizio di ambiguità che estingue la sostenibilità e ci rende inadempienti verso i nostri obblighi nei confronti delle generazioni giovani e future, che sono stati variamente ma coerentemente forgiati dalla giurisprudenza ricordata. Ma deve anche conformarsi alla scienza, per evitare che il nostro approccio all’emergenza climatica produca ulteriori emergenze, nell’attualità e nel futuro. In questo senso, non possiamo che appellarci al principio di precauzione, che sarebbe opportuno scandire nell’ottica del canone del *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro Natura*.

Il criterio del rischio della causazione di un danno irreversibile, che è capace di paralizzare anche precedenti autorizzazioni di progetti che lo comportino, è in realtà già contemplabile nel nostro quadro attuale e ha fondamento multilivello che culmina nell’articolo 191 del TFUE, che è fonte primaria del diritto dell’Unione Europea, così come la Carta dei Diritti Fondamentali. In quest’ottica, non si potranno trascurare i rilievi fatti dalla scienza e suscettibili di ingenerare quel dubbio: gli studi precedentemente ricordati sull’impatto dei parchi eolici e fotovoltaici sono già di per sé eloquenti.

Ma lo divengono ancora di più quando si ascoltano i moniti provenienti dalla dottrina e da studi di indubbio prestigio, autorevolezza e credibilità sul piano internazionale: un riferimento nell’accademia

spagnola e internazionale come il Dr. Antonio Turiel¹²⁹ ha chiarito nei suoi lavori le incongruenze a cui si andrà incontro se non si comprende l'effettivo ruolo che tanto l'energia eolica come l'energia solare possono rivestire per il nostro sistema.

In questo senso, non può trascurarsi il limite della saturazione elettrica così come la capacità delle reti europee di gestire il flusso energetico proveniente dagli impianti, che non può essere stabile poiché incostante è la produzione di energia eolica o solare (banalmente: il vento può non soffiare, dopo il tramonto non si produce energia eolica), e che comporta il rischio di veri e propri grandi blackout, capaci di interessare più Paesi europei – ne è la riprova l'incidente verificatosi l'8 gennaio 2021 (e non si tratta di un incidente isolato), «quando una perturbazione generata da un calo di una centrale termica relativamente piccola in Croazia si propagò rapidamente per tutta l'Europa fino ad arrivare a Lisbona, e causò una differenza di frequenza di più di 1 Hz fra la sottorete dell'Europa Occidentale e la sottorete dell'Europa Orientale, costringendo a una separazione manuale di entrambe le sottoreti fin tanto che non si poté ristabilizzare la frequenza fra le due ore più tardi»¹³⁰.

Vi è, inoltre, il non trascurabile problema della limitatezza delle risorse naturali necessarie per la costruzione delle infrastrutture eoliche e fotovoltaiche, che è stata posta in luce anche da altri studiosi, come Alicia Varelo dell'Università di Saragozza, ma anche dal Report sui materiali critici dell'Agenzia Internazionale dell'Energia del 2001.

Proprio il tema dei materiali critici – ossia i metalli e i minerali critici di cui si è parlato – impone di ricordare che il loro reperimento pone sfide e problemi per nulla trascurabili, sul piano scientifico, ambientale ed etico, per l'impatto che sono suscettibili di produrre sui diritti delle comunità locali – l'ambiente, la salute, lo sviluppo, la protezione dell'infanzia dal lavoro minorile e lo sfruttamento, il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali e la giustizia distributiva, per citare i pilastri di questa architettura – e perché producono emissioni.

L'impronta che si genera in termini di emissioni – poiché come si è posto in luce, reperire, ossia, estrarre queste risorse implica attività estrattive – non può trascurarsi quando si valuta quanto “green” siano certe energie rinnovabili.

In questo senso, sono state trattate le possibili risposte, nell'ottica della tutela extraterritoriale dei diritti umani, anche attraverso la regolamentazione delle attività delle imprese, un computo delle emissioni, anche quelle importate, che sia scandito da un equo riparto della PBA e della CBA.

Prendere adeguatamente in considerazione questi fattori cruciali determinerebbe una più corretta pianificazione degli impianti di produzione delle energie rinnovabili, perché la valutazione del loro impatto ambientale e della loro impronta in termini di emissioni si fonderebbero su un quadro di elementi e fattori completo e preciso.

In quest'ottica, bisognerebbe tenere conto anche dell'impiego di energie di matrice fossile per costruire gli impianti eolici e fotovoltaici: si pensi alla costruzione della base delle torri eoliche, che richiede ingenti attività di scavo e predisposizione, e altresì l'impiego notevole di materiali fra cui ingenti

¹²⁹ Antonio Turiel è Ricercatore presso l'*Instituto de Ciencias del Mar di Barcellona*, Spagna. Per chi desiderasse conoscerlo meglio, questo il link del suo blog *The Oil Crash*: <https://crashoil.blogspot.com/2014/08/post-de-resumen-los-limites-de-las.html> (ultima consultazione 29/09/2024).

¹³⁰ In A. TURIEL, *Sin Energía. Pequeña guía para el Gran Descenso*, Madrid, 2022, questa situazione è illustrata con grande chiarezza dal Dr. Turiel, alle pagg. 75 ss.

quantità di cemento armato¹³¹. Ma non solo: la costruzione di pale eoliche sempre più alte porrà problemi per la loro manutenzione e il loro smantellamento che ancora una volta, implicherà l’impiego di risorse fossili¹³².

Neppure appare scientificamente proficua la costruzione di impianti sempre più estesi, per via del rischio del cosiddetto “effetto bosco”: penetrare fra i pali eolici, per il vento, implica le stesse complessità che penetrare all’interno di un bosco, per cui il flusso tenderà a indirizzarsi maggiormente sopra le pale eoliche e ai lati del parco. Un’estensione non adeguatamente calibrata sarà quindi svantaggiosa in termini di efficienza e produttività, oltre che per il suo impatto sul diritto alla terra, che proprio il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, ha considerato non solo pregiudizievole nella prospettiva dei diritti umani, ma anche nell’ottica della mitigazione del cambiamento climatico che proprio il ricorso alle energie rinnovabili e l’implementazione della transizione energetica mirano a realizzare.

La serietà e la fondatezza di queste argomentazioni e l’esigenza di calibrare opportunamente l’estensione degli impianti eolici – per prevenire l’“effetto bosco” e assicurare un’adeguata produttività – può agevolmente apprezzarsi quando si considera la loro provenienza da fonti autorevoli come il *Grupo de Energía, Economía y Dinámica de la Universidad de Villaloid* e il *Massachusetts Institute of Technology* (anche noto con l’acronimo “MIT”)¹³³.

Ciò, peraltro, senza dimenticare la spinosa questione dell’impiego dell’esafluoruro di zolfo (SF₆), usato nelle turbine eoliche per evitare cortocircuiti, ma con un impatto climalterante¹³⁴, tanto da essere considerato ancora più impattante della stessa CO₂ e da suscitare appelli per l’impiego di una sostanza alternativa.

Tutte queste osservazioni si applicano alla realtà della Sardegna con forza e pertinenza e, per assicurare la conformità con il linguaggio de diritti e gli obblighi da essi discendenti, dovranno essere considerate nella definizione di ubicazione ed estensione degli impianti fotovoltaici ed eolici (senza distinzione alcuna fra impianti *offshore* e non).

¹³¹ Il sito <https://www.wesigeotecnica.it/it/inevidenza/torrieoliche/> (ultima consultazione 29/09/2024) fornisce maggiori delucidazioni e dati al riguardo. Ancora una volta, per un riferimento autorevole, il Dr. Antonio Turiel ha posto in luce i rischi e l’impatto ambientale dei parchi eolici e fotovoltaici nell’intervista disponibile sul sito internet https://ileon.eldiario.es/actualidad/antonio-turiel-macroparques-eolicos-poligonos-industriales-fotovoltaicos-infierno-verano-temperaturas-gradossuelo_1_9526770.html (ultima consultazione 29/09/2024).

¹³² A. TURIEL, *Petrocalipsis. Crisis energética global y cómo (no) la vamos a solucionar*, Madrid, 2020, 97 ss.

¹³³ A. TURIEL, *Petrocalipsis. Crisis energética global y cómo (no) la vamos a solucionar*, cit., 97-99, con riguardo alla produttività dei parchi eolici e l’“effetto bosco”.

¹³⁴ Può consultarsi, a tale riguardo, il sito dell’Ufficio Federale dell’Ambiente UFAM della Confederazione Elvetica, accessibile attraverso il presente link [https://www.bafu.admin.ch/bafu/it/home/temi/clima/info-specialisti/misure-riduzione/accordi-settoriali/soluzione-settoriale-sf6.html#:~:text=L'esafluoruro%20di%20zolfo%20\(SF6,%2C8%20tonnellate%20di%20CO2\)](https://www.bafu.admin.ch/bafu/it/home/temi/clima/info-specialisti/misure-riduzione/accordi-settoriali/soluzione-settoriale-sf6.html#:~:text=L'esafluoruro%20di%20zolfo%20(SF6,%2C8%20tonnellate%20di%20CO2)) (ultima consultazione 29/09/2024). Si veda anche l’interessante articolo di A. LAWSON, *World’s “most potent greenhouse gas” escaped during work on UK windfarm*, in *The Guardian*, 8 Novembre 2022, accessibile attraverso il presente link <https://www.theguardian.com/business/2022/nov/08/greenhouse-gas-uk-windfarm-seagreen-project-scotland> (ultima consultazione 29/09/2024). Come ricordato nell’articolo di *The Guardian*, per prevenire il suo «pericoloso impatto sul clima», l’uso dell’Sf₆ è stato proibito dal 4 luglio 2007 «per la maggior parte delle applicazioni», come può consultarsi sul sito <https://www.certifico.com/ambiente/documenti-ambiente/257-documenti-riservati-ambiente/19316-esafluoruo-di-zolfo-sf6-rischio-ambiente-e-salute-note> (ultimo accesso 29/09/2024).

I canoni e le vie perseguibili indicate acquisiscono, peraltro, una pregnanza principale che trascende la creazione di impianti di energie rinnovabili e che dovrà strutturare qualsivoglia proposito o progetto di sfruttamento delle miniere sarde, che possano eventualmente offrire materiali critici per la transizione energetica (può pensarsi alle miniere che vennero chiuse negli Anni Novanta, tra le quali le note miniere Monteponi, Montevecchio, Masua, Malfidano Ingurtosu).

In un'ottica propositiva, l'articolata prospettiva sviluppata nel presente studio, può concretamente ispirare la Regione Sardegna ai fini dell'adozione del proprio quadro normativo, non solo nell'ottica dell'individuazione delle cosiddette "aree idonee" secondo quanto contemplato dalla normativa nazionale¹³⁵, ma più puntualmente nell'esercizio delle competenze urbanistiche e paesaggistiche di cui la Regione stessa è titolare in modo esclusivo secondo lo Statuto speciale. Nel primo ambito, la Regione Sardegna si è distinta a livello nazionale per la celerità con cui la Giunta Regionale ha adottato il Disegno di Legge relativo alle "Disposizioni per l'individuazione di aree e superfici idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili", nel mese di settembre del 2024.

Per una più puntuale e specifica pianificazione territoriale, la Sardegna attende l'adozione dei succitati strumenti nel campo urbanistico e paesaggistico, il cui fondamento risiede, nel primo caso, nelle competenze attribuite alla Regione in virtù dell'articolo 3(f) dello Statuto speciale, e nel secondo caso nel decreto legislativo di attuazione dello statuto quanto al governo del territorio (d.P.R. 22 maggio 1975 n. 480), da ricondursi al citato articolo 3 dello Statuto medesimo, come posto in luce in via giurisprudenziale¹³⁶. In concreto, ciò può tradursi nella previsione, per esempio, di specifici vincoli, senza dimenticare che gli Statuti speciali consistono in leggi di rango costituzionale.

Le esigenze di protezione, proponendo alcuni esempi concreti, sono molteplici, e rispondenti all'ottica di tutela che discende del quadro internazionale a cui il presente lavoro si è dedicato: si può pensare ai molteplici siti riconosciuti come Patrimonio UNESCO, come il sito archeologico di Barumini, noto come Su Nuraxi, esposto ai rischi connessi al progetto di parco eolico «Luminu». In questo senso, le istanze di protezione non solo rispondono a una dimensione identitaria che affianca il valore e il pregio archeologico del sito (si potrebbe ricordare anche il caso della Basilica di Saccargia), ma anche all'indeffettibilità dell'ottemperanza degli obblighi assunti dall'Italia in virtù della Convenzione sulla Protezione del Patrimonio Mondiale, Culturale e Naturale dell'Umanità. Quest'ultima impone la preservazione dei siti riconosciuti come Patrimonio UNESCO, prevedendo anche un eloquente dovere di cooperazione in capo a tutta la comunità internazionale per la protezione di tali beni, alla luce della rilevanza che rivestono per l'umanità intera.

La realtà sarda è un esempio cruciale anche nella prospettiva della tutela del ruolo della comunità, della preservazione dei diritti afferenti alla giustizia partecipativa, oltre che distributiva (al momento, una doglianza che la popolazione evidenzia è proprio l'elevato costo dell'energia, nonostante il sacrificio che l'Isola sopporta per via della presenza delle centrali a carbone di Portovesme e Porto Torres).

¹³⁵ Si vedano, al riguardo, il D.Lgs. n. 199/2021, Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, e il DPCM 29 marzo 2022, Individuazione delle opere e delle infrastrutture necessarie al phase out dell'utilizzo del carbone in Sardegna e alla decarbonizzazione dei settori industriali dell'Isola. G. MARCHETTI, *op. cit.*

¹³⁶ In tal senso, si veda, emblematicamente, la Decisione del Consiglio Di Stato, Sez. VI, 10 Settembre 2009, n. 5459.

Ciò detto, il tema dell'identità del Popolo sardo in rapporto al territorio e l'idea di comunità merita una più specifica delucidazione. Infatti, da uno studio sull'identità regionale e l'individuazione dei suoi elementi qualificanti, il territorio è emerso come fattore forte e preponderante¹³⁷. In particolare, appare significativo che, in questa prospettiva, il territorio sia concepito dai sardi come una realtà connessa alla loro identità culturale¹³⁸. Il valore identitario del territorio è così profondo che è stato perfino prospettato che si possa riconoscere un'identità sarda non solo *uti singulus* bensì *uti civis*, capace di veicolare istanze più vaste e capaci di ricomprendere, in un senso dinamico, «la conservazione e la cura di valori come i beni culturali, la natura, il paesaggio, il territorio, le tradizioni, ma anche “elementi e valori culturali che si rivelano più specifici della dinamica culturale dell'individuo nel sociale (si pensi, ad esempio, all'istruzione, alla scienza, alla ricerca, all'arte, ma anche alla “consapevolezza ambientale”)»¹³⁹.

A tale riguardo, appare interessante richiamare la prospettiva proposta dalla Professoressa Ilenia Ruggiu in merito all'introduzione di una clausola identitaria nello Statuto Speciale della Regione Sardegna, suscettibile di cogliere tanto il nucleo identitario dei sardi come l'apertura e l'inclusività di tale Popolo e della società che esso costituisce.

Può suggerirsi che il profilo territoriale, che differenzia il paradigma dell'identità sarda da quello catalano, di matrice linguistica, e quello scozzese, di indole istituzionale, meriterebbe pari inclusione.

Inoltre, risulta rilevante che anche il profilo culturale e archeologico spicchi come coefficiente identitario qualificante per la Sardegna: a tale proposito, si può ricordare la pregnanza dello studio Nuranet, dedicato alla civiltà nuragica e all'importanza dei nuraghi in una prospettiva cronologicamente trascendente, suscettibile di esprimere l'identità dei sardi con una portata diacronica¹⁴⁰.

La Professoressa Ruggiu enfatizza anche un'altra importante questione, inerente alla dimensione collettiva dell'identità, capace di trascendere e superare l'individualismo a favore di una coscienza comunitaria. Questa visione trova una corrispondenza nell'Articolo 2 della Costituzione e può ben inquadrarsi nell'alveo delle «formazioni sociali» che esso tutela¹⁴¹, un fondamento normativo che, ad avviso di chi scrive, potrebbe ricollegarsi anche alle succitate previsioni che lo Statuto della Regione Autonoma della Sardegna contempla in materia di tutela del paesaggio e di pianificazione edilizia. In quest'ottica, pur in assenza di una clausola identitaria specifica ed esplicita, si offrirebbe un'opportuna dimensione statutaria e normativa alle istanze identitarie del Popolo sardo attraverso l'esercizio di tali competenze nell'alveo della pianificazione e della protezione del territorio, incluso, naturalmente, nel campo energetico che tanto impatto produce.

¹³⁷ I. RUGGIU, *L'identità sarda. Caratteristiche e ipotesi di giuridificazione*, G. DEMURO, F. MOLA, I. RUGGIU (a cura di), *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 56 ss., ed inoltre G. PAGANETTO, *Specialità e competenze*, G. DEMURO, F. MOLA, I. RUGGIU (a cura di), *op. cit.*, 207 ss.

¹³⁸ Si veda A. DEFFENU, *Dichiarazioni identitarie e Statuti speciali: per una valorizzazione delle identità in una prospettiva una laica e cosmopolita*, in G. DEMURO, F. MOLA, I. RUGGIU (a cura di), *op. cit.*, 78-90, 93.

¹³⁹ A. DEFFENU, *op. cit.*, 89, che cita E.A. IMPARATO, *Identità culturale e territorio tra Costituzione e politiche regionali*, Milano, 2010, 79.

¹⁴⁰ Vedasi <https://www.nurnet.net/blog/il-caso-dei-beni-nuragici-in-sardegna-il-contributo-del-popolo-regionale-alla-specialita/> (ultima consultazione 05/12/2024).

¹⁴¹ I. RUGGIU, *op. cit.*, 59.

Si tratta di un'esigenza imprescindibile, che non può essere disattesa: il caso della reggia nuragica di Barumini (nel sito archeologico di Su Nuraxi) sopra richiamato è un esempio eloquente in questo senso, senza contare che, in questa specifica circostanza, il progetto proposto in rapporto a questo contesto comporterebbe la costruzione di un parco eolico composto da 17 aerogeneratori di altezza superiore a 200 metri all'interno della fascia di rispetto di 7 km prevista dai vincoli che interessano l'area (concretamente, il vincolo culturale e vincolo paesaggistico dettato dal Decreto Legislativo n. 42/2004, nonché la presenza di aree, come la Giara e Monte San Mauro, rientranti nella Rete Natura 2000).

Può inoltre sostenersi che la visione proposta risulterebbe peraltro idonea a implementare correttamente il concetto di "comunità energetica" contenuto nella Direttiva (UE) 2018/2001 sulle Energie Rinnovabili, secondo una concezione coerentemente con il quadro di principi e fondato sui diritti umani che il presente articolo ha analizzato – concretamente, l'imprescindibilità della partecipazione delle comunità, la sovranità permanente sulle risorse naturali e il rispetto dei diritti umani interessati, che realizzano la tutela ambientale, così come la protezione della salute e dello stesso diritto alla terra e allo sviluppo.

In termini ancor più propositivi, si potrebbe, altresì, suggerire un inquadramento di questa visione nell'alveo dei *commons*¹⁴², espressione degli opportuni profili di *empowerment* della comunità e di un autentico *capability approach* secondo la teorizzazione di Amartya Sen.

Ancora nella prospettiva della giustizia partecipativa da assicurarsi alla comunità, è imprescindibile ricordare la Proposta di legge di iniziativa popolare denominata "Pratobello '24", sviluppata in virtù dell'Articolo 28 dello Statuto speciale della Regione Sardegna¹⁴³, che racchiude la proposta delle "Disposizioni normative urbanistiche relative all'insediamento di impianti fotovoltaici industriali e eolici terrestri con recepimento di principi e obblighi di tutela e valorizzazione contenuti in programmi sovranazionali, nazionali e regionali". In modo inedito, oltre 210.000 persone hanno apposto la propria firma, nell'ambito dell'esercizio di un'autentica democrazia ambientale e non solo.

Al di là dei confini sardi, in un'ottica più vasta e che sarebbe tanto auspicabile come necessario implementare su scala locale, nazionale e internazionale, è raccomandabile la promozione di una genuina trasformazione ed evoluzione verso la sostenibilità del nostro sistema produttivo. Ancora con una frequenza inadeguata si parla di "decrescita" e ripensamento degli sprechi del nostro sistema, in questo caso non solo produttivo ed energetico, ma produttivo e di consumo. Si pensi per esempio, al tema scottante della *fast fashion* o moda rapida¹⁴⁴.

Conclusivamente, nel nostro passato, che è divenuto presente normativo e giurisprudenziale, ci sono la bussola e la mappa per il futuro. Una transizione energetica giusta non potrà non conformarsi con questo complesso quadro giuridico, per qualsiasi realtà e per la Sardegna.

¹⁴² C. ESTEVE-JORDÀ, M. DE ARMENTERAS-CABOT, *Energy communities: why (sometimes) the commons need the State*, in D. IGLESIAS MÁRQUEZ, C. ESTEVE-JORDÀ, B. FELIPE PÉREZ (a cura di), *Legal challenges at the end of the fossil fuel era: shaping a just and clean energy transition*, Cham, 2024, 73-98,

¹⁴³ L'Articolo 28 dello Statuto speciale della Regione Sardegna prevede che: "L'iniziativa delle leggi spetta alla Giunta regionale, ai membri del Consiglio ed al popolo sardo".

¹⁴⁴ A. TURIEL, *Sin Energía. Pequeña guía para el Gran Descenso*, cit., 93 ss.

Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?

Ilja Richard Pavone*

GESTATIONAL SURROGACY AND REPRODUCTIVE TOURISM: FROM PROHIBITION TO REGULATION

ABSTRACT: Gestational surrogacy involves numerous legal issues that vary significantly across different jurisdictions. The complexity of these legal issues arises from the involvement of multiple parties (the intended parents, the surrogate mother, the child, and the clinics that offer reproductive services). The main bioethical and legal issues associated with gestational surrogacy, its relationship with human rights standards, credible legal solutions will be analyzed in the present paper.

KEYWORDS: Gestational surrogacy; human rights; procreative tourism; prohibition; regulation

ABSTRACT: La Gestazione per altri (GPA) implica diverse questioni giuridiche che variano a seconda della giurisdizione interessata. La complessità di tali problematiche giuridiche è legata alla molteplicità dei soggetti coinvolti (i genitori intenzionali, la madre surrogata, il bambino, le cliniche che offrono servizi riproduttivi). L'articolo ha l'obiettivo di analizzare i principali temi bioetici e giuridici associati alla GPA, la relazione di tale tecnica con gli standard sui diritti umani e proporre possibili soluzioni legislative.

PAROLE CHIAVE: Gestazione per altri; diritti umani; turismo procreativo; proibizione; regolamentazione

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Considerazioni bioetiche e di *policy* – 3. I diversi approcci legislativi – 4. I diritti, gli interessi e le vulnerabilità dei soggetti coinvolti – 4.1. I genitori committenti – 4.2. La gestante – 4.2.1. Argomenti contrari alla possibilità di affittare il proprio utero – 4.2.2. Elementi a favore della possibilità di affittare il proprio utero – 4.3. Il minore e il *best interest* quale elemento chiave della giurisprudenza – 5. Norme internazionali

* Ilja Richard Pavone, Primo Ricercatore, Head of the Biolaw Unit, Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). Professore in Normative europee sulle biotecnologie, Università Cattolica del Sacro Cuore, Roma. Mail: iljarichard.pavone@cnr.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

relative alla gestazione per altri – 5.1. L’ONU – 5.2 Le organizzazioni regionali europee – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il fenomeno della maternità surrogata – o meglio gestazione per altri (GPA) – è ben conosciuto sin dall’antichità. Vi sono riferimenti alla maternità surrogata nella Bibbia:

«Rachele vedendo che non le era concesso di procreare figli a Giacobbe, [disse]: ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch’io la mia prole per mezzo di lei»¹.

Anche in Estremo Oriente, in Giappone, la gestazione per altri è stata ampiamente diffusa fino alla fine del XIX secolo attraverso un sistema noto come *meka-ke-bouko* (“*meka*” significa concubina, e “*bouko*” serva). Una donna al servizio di un padrone portava a termine una gravidanza per suo conto e cedeva poi il nascituro alla famiglia presso cui lavorava.

A differenza della gestazione per altri tradizionale praticata nel passato, in cui la gestante era anche la madre biologica del bambino, quella gestazionale – che viene effettuata grazie alle moderne tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) – prevede l’ovocita da donatore esterno (oltre al seme maschile generalmente fornito dal padre biologico del bambino).

Gli sviluppi nel settore della PMA e la trasformazione della famiglia danno origine ad una vasta gamma di casi, dall’utero in affitto, all’inseminazione da donatore esterno, all’adozione da parte di coppie dello stesso sesso, in cui il fattore biologico ha un valore sempre minore.

La GPA solleva dilemmi bioetici riguardanti lo sfruttamento delle madri surrogate nel mercato globale, la questione di genere e la povertà, la crescita esponenziale del turismo procreativo come risultato delle differenze legislative a livello nazionale, il ruolo delle agenzie intermediatrici e gli squilibri geografici e socioeconomici tra fornitori e compratori, i minori utilizzati come merci².

Molti Stati europei (tra cui l’Italia) vietano tale pratica in quanto in contrasto con il *principio cardine* del biodiritto relativo alla non commerciabilità del proprio corpo³ e la consuetudine del diritto di famiglia degli ordinamenti di *civil law*, *mater semper certa est*⁴. Essi si devono, tuttavia, confrontare con il problema del riconoscimento dei minori nati in seguito a contratti di maternità surrogata stipulati all’estero pur essendo illegali nel Paese di cittadinanza delle coppie che ricorrono a tali servizi.

¹ Genesi, 30, 1-3.

² Fino al 2015, il mercato era prevalentemente localizzato nel Sud-Est Asiatico. Da quando alcuni di questi Stati hanno vietato il ricorso alla maternità surrogata da parte di cittadini di Paesi europei (ad esempio, l’India), si è affermato un nuovo mercato, quello dell’Est Europa. In Ucraina alcune cliniche – nonostante la guerra – ancora forniscono servizi di maternità surrogata, dalla scelta della gestante, alla donatrice di ovuli, fino alla Diagnosi Genetica Preimpianto. Queste cliniche, descritte come “children factories” – sono rimaste operative nonostante in conflitto tra Russia e Ucraina; molte donne, avendo i mariti al fronte, si sono prestate alla pratica dell’utero in affitto per avere una fonte di guadagno e sostenere i propri figli. L. RENZO TONDO, A. MAZHULIN, “The bombs won’t stop us”: business brisk at Ukraine’s surrogacy clinics, in *The Guardian*, 26 July 2023, reperibile su: <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/26/the-bombs-wont-stop-us-business-brisk-at-ukraines-surrogacy-clinics>.

³ Per approfondimenti, L. D’AVACK, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, Torino, 2015, 33.

⁴ I. CORTI *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo, Tomo I*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1479-1496.

In particolar modo, nella determinazione della parentela, il legame biologico ‘perde terreno’ nella giurisprudenza domestica ed internazionale, a favore della volontà di diventare genitori e formare una famiglia nell’ottica del diritto del minore ad avere una famiglia⁵.

L’elemento emergente – che è alla base del presente studio – è collegato al fatto che gli ordinamenti giuridici che adottano un approccio restrittivo rispetto alla gestazione per altri sono soggetti ad una crescente pressione causata dai ricorsi dei presunti genitori. Davanti al *fait accompli* della nascita di questi bambini all’estero – anche se in violazione di norme nazionali – i sistemi giudiziari nazionali sono costretti a cooperare con i genitori surrogati in virtù del principio del miglior interesse del minore ad avere una famiglia.

Risulta evidente che restrizioni o divieti su base nazionale vengano poi “bypassati” dalle coppie che si recano all’estero per accedere a servizi procreativi, e il margine di apprezzamento degli Stati nel vietare tali pratiche, in virtù dei principi dell’ordine pubblico e del miglior interesse della gestante e del minore, si siano progressivamente ridotti.

In linea con quanto previsto da parte della dottrina, si sosterrà che proprio alla luce della *logique du fait accompli* applicata da diversi tribunali sia nazionali che sovranazionali investiti dai ricorsi dei futuri genitori quando venga loro negato di registrare il minore in patria, sarebbe necessario regolamentare la materia in materia proattiva, come nel caso dei Paesi Bassi e del Regno Unito⁶. In questi due Paesi, come si vedrà, la gestazione per altri è ammessa previo rispetto di rigide condizioni (tra cui l’assenza di un compenso per la gestante) e l’autorizzazione da parte di un tribunale.

Si metterà in risalto, infine, il paradosso proprio di legislazioni restrittive (si pensi al reato universale introdotto in Italia) – adottate per tutelare i diritti della gestante e del nascituro – che producono invece la contraddizione di alimentare il business delle cliniche private che offrono servizi di gestazione per altri e danno origine a cause legali, ricorsi a tribunali e una profonda incertezza sul piano giuridico in merito al contrasto con alcuni diritti fondamentali (tra cui il diritto a procreare e a formare una famiglia).

A tal riguardo, si evidenzierà che un’armonizzazione internazionale delle norme sulla gestazione per altri, sotto gli auspici dell’*International Labour Organization* (ILO), che riconosca specifici diritti alla madre surrogata in quanto “lavoratrice” – sebbene potenzialmente desiderabile e auspicata dalla

⁵ La Corte Costituzionale nella sentenza 162/2014 (attraverso cui è caduto il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40/2004) ha dichiarato infatti che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia» (par. 12). Per approfondimenti, v. S. TOMASI, *Forme possibili di genitorialità nella retorica del silenzio*, in *questa rivista*, 2024, 185-196.

⁶ In Italia, la Corte di Cassazione ha adottato una posizione rigida (Corte di Cassazione - sez. I civ. - ord. 85/2024: Riconoscimento del padre d'intenzione nell'atto di nascita a seguito di maternità surrogata 3 gennaio 2024), in contro tendenza rispetto alla posizione assunta dai tribunali di altri Paesi europei e dalla stessa Corte di Strasburgo. La Corte ha rifiutato la richiesta di una coppia omosessuale di modificare l’atto di nascita di due bambini nati tramite gestazione per altri negli Stati Uniti. Il seme proveniva da un membro della coppia, il cui nome era già presente nell’atto di nascita italiano. La richiesta era volta ad aggiungere il nome del secondo genitore. V. L. LEO, *Minore nato all’estero mediante ricorso alla surrogazione di maternità: mancata indicazione del genitore d’intenzione nell’atto di nascita e provenienza genetica*, in *Famiglia. Il diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, 2024, <https://www.rivistafamiglia.it/2024/01/11/minore-nato-allestero-mediante-ricorso-alla-surrogazione-di-maternita-mancata-indicazione-del-genitore-dintenzione-nellatto-di-nascita-e-provenienza-genetica/>.

dottrina – sia improbabile data l’assenza di un consensus sulla materia.⁷ Stando così le cose, sarebbe preferibile che i singoli Stati intervenissero con un approccio proattivo – sul modello dei Paesi Bassi o del Regno Unito – in maniera tale da tutelare i diritti e gli interessi di tutti i soggetti coinvolti (il minore, la madre surrogata e i futuri genitori).

2. Considerazioni bioetiche e di policy

La PMA è una pratica medica ormai diffusa nei sistemi sanitari di numerosi Stati. La tappa più importante del processo che ha portato allo sviluppo e diffusione delle tecniche di procreazione assistita è rappresentata dalla nascita Louis Brown la prima bambina nata in seguito a IVF (*In Vitro Fertilization*), procedura ormai comunemente accettata e praticata⁸. Con lo sviluppo delle *Artificial Reproduction Techniques* (ART) si sono generati nuovi diritti, quali, il diritto ad avere un figlio privo di serie malattie genetiche; il diritto ad avere accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita; il diritto ad un adeguato *genetic counselling*⁹.

La Corte di Strasburgo, nei casi *Dickson vs United Kingdom* ed *Evans vs United Kingdom*, ha espressamente affermato che rientra nell’ambito di applicazione dell’articolo 8 della CEDU (“rispetto della vita privata e familiare”) il diritto per le coppie di concepire un figlio mediante il ricorso alle tecniche di PMA¹⁰.

Inoltre, si è avuto un riconoscimento pubblico del problema della sterilità e dell’infertilità come questione medica e sociale. Secondo l’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) l’infertilità viene classificata come una malattia del sistema riproduttivo maschile o femminile definita dall’impossibilità di avere una gravidanza dopo 12 mesi di rapporti sessuali non protetti (infertilità primaria)¹¹.

Viene definita infertilità secondaria la condizione per cui una donna non riesce a portare a termine una gravidanza e ha frequenti aborti spontanei¹². Le cause dell’elevata percentuale di coppie sterili nei Paesi industrializzati sono principalmente legate all’epoca tardiva del concepimento.

Richiamando un’etica utilitarista¹³ vi sono molti argomenti a favore del ricorso alle nuove tecniche procreative: il libero affidamento alla PMA promuove la libertà individuale, l’autonomia e l’autodeterminazione della persona ed è in linea con il rispetto della privacy e del diritto di fondare una famiglia¹⁴.

⁷ Si veda, ad esempio, M. SARKAR, *When Maternity is Paid Work: Commercial Gestational Surrogacy at the Turn of the Twenty-First Century*, in E. BORIS, D. HOEHTKER, S. ZIMMERMAN (eds), *Women’s ILO. Transnational Networks, Global Labour Standards, and Gender Equity, 1919 to Present*, Leiden, 2018, 340-364.

⁸ D. EVANS, N. PICKERING, *Conceiving the Embryo: Ethics, Law, and Practice in Human Embryology*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

⁹ L. D’AVACK, *op. cit.*, 2.

¹⁰ G.C. PALOMARES, *Right to family life and access to medically assisted procreation in the case law of the European Court of Human Rights*, in M. PASCUAL, A. TORRES PÉREZ (eds), *The right to family life in the European Union*, London, 2017, 98.

¹¹ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>.

¹² <https://www.iss.it/infertilit%C3%A0-e-pma>.

¹³ Per approfondimenti sull’etica utilitarista in bioetica, v. L. PALAZZANI, *Biogiuridica. Teorie, questioni, analisi*, Giappichelli, Torino, 2021, 1 ss.

¹⁴ Argomenti contrari (per porre un limite alla libertà di accesso alle ART) sono rappresentata dalla protezione dell’embrione considerato alla stregua di una persona, dalla tutela della famiglia tradizionale, e dal rischio di una

Dal punto di vista del nascituro, promuove il suo miglior interesse ad avere un nucleo familiare che gli possa garantire un'elevata qualità di vita¹⁵.

Se, da un lato, la creazione o produzione di embrioni umani *in vitro* ha aperto la strada ad un insieme di tecniche volte a contrastare l'infertilità o la sterilità, separando la riproduzione dall'atto sessuale, dall'altro lato ha rimodellato il concetto tradizionale di famiglia che non è più legato ai valori tradizionali (prossimità genetica e madre e padri entrambi donatori dei gameti)¹⁶.

Al riguardo, vanno individuate varie opportunità. La fecondazione omologa si avvale di tecniche che prevedono l'impiego dei gameti della coppia. Nella fecondazione eterologa (*artificial insemination from a donor* – AID) – che è la tecnica utilizzata per la gestazione per altri – uno dei due gameti, o entrambi, non provengono da uno dei due partner, ma da un donatore o da una donatrice esterni alla coppia¹⁷.

La diagnosi genetica preimpianto fa riferimento ad un insieme di tecniche che individuano la presenza di anomalie cromosomiche e/o patologie genetiche in presenza di genitori che siano portatori di serie malattie genetiche. Mediante una semplice IVF si possono selezionare gli embrioni sani che saranno poi impiantati in utero¹⁸.

Preme in questa sede osservare che la presenza di ordinamenti giuridici rigidi che prevedono un divieto assoluto di alcune tecniche, tra cui la fecondazione eterologa e il ricorso alla GPA, producono l'effetto collaterale di alimentare il "turismo procreativo", espressione coniata da Knoppers e Lebris¹⁹. Il turismo procreativo – che è pertanto, promosso indirettamente dall'eccessiva eterogeneità delle legislazioni domestiche (che saranno oggetto di analisi nel paragrafo seguente) – fa riferimento a quel fenomeno per cui individui o coppie che hanno il desiderio di avere un figlio e che hanno bisogno per diversi motivi (problemi di infertilità o sterilità, orientamento sessuale, stato civile) di avere accesso a particolari tecniche di fecondazione eterologa, si recano all'estero dove vi sono legislazioni più permissive, svuotando di alcuna efficacia giuridica le normative nazionali²⁰.

Nella gestazione per altri vi sono agenzie o cliniche che offrono una serie di servizi ai genitori committenti; ciò include la possibilità di scegliere la donatrice di gameti o la madre surrogata, determinati tratti somatici del futuro bambino, incluso il sesso. Inoltre, viene offerta la possibilità di effettuare uno screening genetico degli embrioni al fine di assicurare alla coppia un "healthy child".

Vi è un trend crescente della globalizzazione della procreazione artificiale ed in particolar modo del turismo della surrogazione. Tale fenomeno che è sicuramente negativo, discriminatorio e lesivo di diversi diritti fondamentali della persona è stato interpretato in maniera originale come strumento di

deriva eugenetica nel caso dell'*embryo screening*. V.M. KOLTHOFF, *Assisted Reproduction and Primum Non Nocere*, in *AMA Journal of Ethics*, 2007, 605.

¹⁵ D.A. HAVEY, *The Right to Be Born*, in *Medicine and Law*, 1989, 475.

¹⁶ Per approfondimenti sulla rivoluzione della PMA, v. M. BALISTRERI, *Considerazioni bioetiche sulla riproduzione assistita e sulla maternità surrogata. Una critica della prospettiva conservatrice*, in *Etica & Politica*, XXIV, 2022, 265-286.

¹⁷ <https://www.burlo.trieste.it/fisiopatologia-della-riproduzione-umana-procreazione-medicalmente-assistita>.

¹⁸ <https://www.eugin.it/riproduzione-assistita/indagine-genetica/diagnosi-genetica-preimpianto/>.

¹⁹ B.M. KNOPPERS, S. LEBRIS, *Recent advances in medically assisted conception: legal, ethical and social issues*, in *American Journal of Law and Medicine*, 1991, 329.

²⁰ B. VAN BEERS, *Is Europe 'Giving in to Baby Markets'? reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of the Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, in *Medical Law Review*, 2015, 107.

bilanciamento tra il riconoscimento del pluralismo morale delle società europee e il rispetto dell'autonomia riproduttiva dell'individuo²¹.

3. I diversi approcci legislativi

Sulla materia della gestazione per altri non esiste unanimità di vedute da parte degli Stati: si va da una completa *deregulation* ad un approccio chiuso o proibitivo.

Le leggi domestiche sulla gestazione per altri presentano una forte eterogeneità non solo a livello statale, ma sovente anche all'interno dei confini stessi in Stati federali (Australia, Messico e USA)²².

Si possono delineare tre diversi approcci legislativi, legati alla differente concezione giuridica di madre surrogata²³, alla differente interpretazione del principio del miglior interesse del nascituro e del concetto di autonomia riproduttiva.

Come sottolineato da Linda Nielsen, «there is a broad choice between aiming, on the one hand, at a uniform minimum threshold of law and regulation – thus emphasizing individual freedom of choice – and on the other hand, at a uniform maximum coverage of law and regulation – thus emphasizing societal protection of future children issuing from assisted conception»²⁴.

Nel modello proibizionista o chiuso, la gestante viene considerata come un soggetto che viene strumentalizzato dai futuri genitori e viene utilizzato da loro come una sorta di incubatrice, mentre il bambino subirà un serio danno dall'essere separato dalla madre che lo ha portato in grembo²⁵. Secondo un discorso pragmatico-consequenzialista, inoltre, gli effetti anticipati sfavorevoli (sfruttamento dei più deboli, incremento del traffico di organi e dell'affitto di uteri tramite agenzie intermediatrici che lucrano, riduzione della solidarietà, assenza di donazione), eccedono quelli considerati favorevoli.²⁶ Si ha una visione classica della maternità come frutto di un legame biologico tra madre e figlio (*mater semper certa est*) e si attuano principi propri della cultura bioetica europea, quali l'indisponibilità e la non commerciabilità del proprio corpo (ad esempio, Austria, Francia, Germania, Italia, e fuori dall'Europa il Giappone alcuni Stati negli USA)²⁷. Pertanto, la c.d. mercificazione della riproduzione mediante l'assegnazione di un valore monetario alla gravidanza e la sua subordinazione a logiche di mercato la rendono inaccettabile sotto il profilo bioetico²⁸.

²¹ G. PENNING, *Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion*, in *Journal of Medical Ethics*, 2003, 337-341.

²² K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, eds., *International Surrogacy Arrangements*, London, 2013, 256-257.

²³ In tal senso, M. COTTIER, *Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterchaft*, in *Juridikum* 2/2016, 188-198.

²⁴ L. NIELSEN, *Legal Consensus and Divergence in Europe in the Area of Assisted Conception – Room for Harmonization*, in D. EVANS (eds), *Creating the Child. The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation*, Leiden, 1996, 305-324, at 305.

²⁵ M. AGNAFORS, *The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget*, in *Medicine Health Care and Philosophy*, 2014, 357-363.

²⁶ E.S. ANDERSON, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, in *Health Care Annals*, 2000, 19-26.

²⁷ M. HAYRI, *European Values in Bioethics: Why, What and How to be Used?*, in *Theoretical Medicine* 24, 2003, 199-214.

²⁸ C. VOIGHT, J.H. LAING, *Journey into Parenthood: Commodification of Reproduction as a New Tourism Niche Market*, in *Journal of Travel & Tourism Marketing*, 2010, 252-268, 253.

Secondo tale posizione – di impostazione kantiana – si intende preservare l'integrità del corpo in quanto substrato indissociabile della persona di cui costituisce la manifestazione fisica²⁹. Tutti gli atti dispositivi del proprio corpo (inclusa l'eutanasia attiva e il suicidio assistito) devono rimanere eventi eccezionali (sono validi esclusivamente seguendo la logica del dono), e gli atti con cui si trasferiscono, in determinate circostanze, organi, o si mettono a disposizione il proprio utero, sono considerati come gesti super erogatori circondati da un profondo rispetto morale.

Tale approccio restrittivo si riflette nelle scelte relative a questioni sensibili relative all'inizio vita (ricerca scientifica sull'embrione, fecondazione eterologa) o al fine vita (suicidio assistito ed eutanasia attiva).

Questo modello – pur riconoscendo una pluralità di valori nella società – pone la dignità della donna (nella sua interpretazione più restrittiva) come principio fondante che sarebbe leso da una pratica di commercializzazione del proprio utero³⁰. Per quanto riguarda i diritti del nascituro, si vuole evitare quello che viene considerato come "traffico o sfruttamento di minori".

L'impianto proibizionista è stato confermato in diversi Paesi europei³¹ (in controtendenza rispetto alle aperture giurisprudenziali di alcuni tribunali internazionali, come la Corte di Strasburgo che riconoscono invece il diritto superiore del minore a vedere trascritto il proprio atto di nascita formato all'estero anche in violazione di leggi nazionali). In Francia vi è stata una riforma della *Loi de Bioéthique* nel 2021 che ha confermato la nullità di qualsiasi contratto che preveda la surrogazione di maternità. In Spagna, la Legge organica n. 1/2023 ("de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo") sancisce la nullità del contratto di surrogazione³².

In Italia il 16 ottobre 2024, con l'adozione del D.d.l. n. 824/2024 recante modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano³³, è stato stabilito che la GPA è un reato universale, pertanto, un fatto perseguibile in Italia anche se non vietato nel Paese in cui si è fatto ricorso all'utero in affitto³⁴. L'emendamento approvato aggiunge al comma dell'art. 12, della Legge n. 40 la seguente dicitura "se i

²⁹ V. I. KANT, *Lezioni di etica*, Roma-Bari, 1991, 160 ss. Sul pensiero kantiano relativo all'integrità del proprio corpo, v. RUTH F. CHADWICK, *The Market for Bodily Parts: Kant and duties to oneself*, in *Journal of Applied Philosophy*, 1989, 129-139.

³⁰ Sul concetto di dignità nel diritto internazionale dei diritti umani, A. DI STASI, *Human Dignity: From Cornerstone in International Human Rights Law to Cornerstone in International Biolaw?* in S. NEGRI (Eds.), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 3-22.

³¹ In tal senso, S. PENASA, G. ROMEO, *Dilemmi morali e garanzie legali: la maternità surrogata come questione globale*, in *DPCE online*, 2023, 3.

³² S. BASSAN, *Can Human Rights Protect Surrogate women in The Cross-Border Market?*, in M. JÄNTERÄ-JAREBORG & H. TIGROUDIA (eds.) *Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*, The Hague Academy of International Law, Leiden, 2016.

³³ <https://www.biodiritto.org/Biolaw-edia/Normativa/D.d.l.-824-2024-Perseguibilita-del-reato-di-gestazione-per-altri>.

³⁴ https://www.senato.it/3818?seduta_assemblea=25589. Per approfondimenti, v. I. CORTI, "Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?", in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, online first, 5 aprile 2024, 1-13.

fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana³⁵.

La Corte europea dei diritti umani (o Corte di Strasburgo) in casi riguardanti Francia e Italia (v. su tutti i “key cases” *Menesson v. France* e *Campanelli v. Italy*)³⁶ si è dovuta confrontare con la necessità di riconciliare gli interessi di ordine pubblico inerenti i legittimi divieti legislativi della gestazione per altri e la necessità di tutelare allo stesso tempo l'interesse di un minore ad avere una famiglia e dei genitori intenzionali ad avere dei figli³⁷. La tendenza, come si vedrà, è quella del riconoscimento del *fait accompli* ma solo in presenza di un legame genetico tra padre biologico e bimbi nato in seguito a gestazione per altri³⁸.

I divieti legislativi in atto in questi Stati non scoraggiano il ricorso a tali pratiche in quanto se ci si sposta ai confini dell'Unione europea, nell'Europa dell'Est, cliniche specializzate offrono i servizi di maternità surrogata in Georgia al costo di 60,000 \$ (solo coppie eterosessuali)³⁹ e in Ucraina, nonostante la guerra, cliniche private offrono servizi vari (dalla scelta della madre surrogata alla scelta della donatrice di ovulo fino alla diagnosi genetica preimpianto). La legislazione ucraina, infatti, attribuisce la maternità e la paternità ai genitori committenti automaticamente con la nascita del bambino⁴⁰.

Un secondo modello legislativo è quello altruistico o “GPA solidale”, previsto in alcuni Stati dell'Australia, in Canada, India, Paesi Bassi, Regno Unito⁴¹.

Le autorità sono direttamente coinvolte nel procedimento in una fase preliminare o successiva alla nascita (nel Regno Unito, ad esempio, serve un “parental order” da parte di un tribunale), per cui il

³⁵ La Legge n.40/2004 già prima dell'adozione dell'emendamento vietava tale pratica, prevedendo al comma 6, Art. 12 «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». V. A. SCHILLACI, *La gestazione per altri. Una sfida per il diritto*, in *questa rivista*, 2022, 49-70; S. TONOLO, *Adoption v. Surrogacy: New Perspectives on the Parental Projects of Same-Sex Couples*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, 132-145.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menesson v. Francia*, n. 65192/11; *Campanelli v. Italia*, n. 25358/12.

³⁷ Per approfondimenti, L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSD, Collana “Studi di Genere. Convegni”, Vol. 5, Torino, 2019, 162.

³⁸ In tal senso, S. ZULLO, *Dal divieto alla regolamentazione “a contratto” della gestazione per altri. Ragioni normative a confronto*, in *questa rivista*, 2024, 122.

³⁹ La Georgia è diventata una destinazione popolare per la maternità surrogata grazie alla sua legislazione favorevole e alle infrastrutture mediche avanzate. Ci sono diverse cliniche specializzate nella maternità surrogata in Georgia, tra cui: <https://www.newlifegeorgia.com/>.

⁴⁰ L' art. 123, para. 2 del Codice della Famiglia ucraino riformato nel 2022 prevede che «if an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child». In Grecia è possibile ricorrere alla gestazione per altri in presenza di coppie eterosessuali sposate o non sposate e per donne single under 50. È necessaria una previa autorizzazione da parte del tribunale e il percorso prevede un processo di valutazione psicologica della coppia. Ulteriori condizioni sono: l'ovulo da donatore esterno e un limite monetario al compenso per la gestante che non può superare le “spese ragionevoli” (par. 4 della Law 3305/2005, conosciuta come “Law on Medically Assisted Procreation” o “Assisted Reproduction Law”).

⁴¹ K. HORSEY, *The future of surrogacy: a review of current global trends and national landscapes*, in *Reproductive biomedicine online*, 2024, 1-16.

concepimento e la nascita del bambino sono ben lontani dall'essere un *fait accompli*⁴². Possono ricorrere ai servizi di GPA donne con comprovati problemi di infertilità (ad esempio, assenza o malformazione dell'utero, ripetuti aborti spontanei, ripetuti fallimenti dell'impianto di embrioni in utero attraverso tecniche di IVF), coppie omosessuali e single (ma devono avere donato il seme maschile o l'ovulo) che desiderano formare una famiglia. I due elementi fondamentali del sistema vigente in Regno Unito sono legati al divieto di remunerazione e al fatto che la madre surrogata è a tutti gli effetti la madre del bambino (anche in caso di donazione esterna di seme maschile e ovulo femminile), fintanto che una sentenza di un tribunale (il "parental order" del giudice) non attribuisca il bambino ai genitori committenti.

A determinate condizioni, la GPA solidale è ammessa anche nel Regno dei Paesi Bassi. I genitori committenti possono stipulare un contratto con un terzo che preveda un rimborso spese. La GPA commerciale rimane una pratica vietata ai sensi degli articoli 151 *b* e *c* del Codice Penale. Tuttavia, la nuova legge del 4 luglio 2023⁴³, che ha previsto emendamenti al Book 1 e al Book 10 del Codice Civile Olandese (*Burgerlijk Wetboek*), ha di fatto depenalizzato tale pratica (come tra l'altro, è avvenuto per l'eutanasia attiva e in suicidio assistito, che rimangono pratiche vietate dal Codice Penale, a meno che il medico non rispetti determinate condizioni previste dalle legge olandese)⁴⁴.

E' ora previsto che un giudice possa assegnare ai genitori committenti lo stato di genitori a pieno titolo prima della nascita del bambino, qualora siano soddisfatti i requisiti previsti dalla legge. Il contratto con la madre surrogata e il suo partner dovrà prevedere specifiche disposizioni inerenti il rimborso spese (stabilendo un limite massimo) e non dovrà stabilire alcuna forma di compenso. Gli emendamenti del 2023 definiscono «surrogate mother» come «the person who wishes to become or has become pregnant with the intention of giving birth to a child for the benefit of another person who wishes to become the parent of the child». Gli «Intended parents» sono definiti come «the person or two persons who wish to become the parent of a child born of a surrogate mother»⁴⁵.

In India (*Surrogacy Regulation Act 2021*) in seguito all'eccessivo ricorso alla gestazione per altri e all'eccessivo sfruttamento delle madri surrogate, alla luce delle loro condizioni di estrema povertà e scarsa alfabetizzazione, è ora solo ammesso l'affitto dell'utero a titolo gratuito (vengono pagate tutte le spese mediche correlate alla gravidanza). Allo stato attuale, è molto difficile avere accesso alla gestazione per altri in India per chi proviene da un altro Stato⁴⁶. Questo sistema non è strettamente liberale, dato che prevede un mercato (in questo caso di uteri e di gameti) sotto il controllo statale. Harris, aveva già proposto nel 2003 la possibilità di creare un vero e proprio "mercato etico" di organi e tessuti umani strettamente regolamentato, per evitare il fenomeno del traffico clandestino di organi⁴⁷.

Il problema del modello altruistico è l'inequiva distribuzione dei costi e dei benefici dei contratti di surrogazione e la mancanza del riconoscimento del lavoro riproduttivo. Come sottolineato

⁴² L. DUFALOVÁ, *Models of Surrogacy Regarding Establishment of the Legal Parenthood of the Intended Parents*, in *International Journal of Legal Studies*, 2020, 71-90, 81.

⁴³ "Bill to regulate surrogacy", *Wet kind, draagmoederschap en afstamming*.

⁴⁴ *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, 1 Aprile 2002.

⁴⁵ *Burgerlijk Wetboek Boek 1*, art. 213(new).

⁴⁶ G. NARAYAN et al, *The Surrogacy Regulation Act of 2021: A Right Step Towards an Egalitarian and Inclusive Society?* in *Cureus*, 2023, 1.

⁴⁷ E.J. HARRIS, *An Ethics Market in Human Organs*, in *Journal of Medical Ethics*, 29, 2003, 137.

dall'antropologa Amrita Pande con riferimento al passaggio dell'India al sistema altruistico «In essence altruistic surrogacy forces women to provide services for free, under the guise of a moral celebration of their altruism»⁴⁸. In questo meccanismo, che si va imponendo in diversi Paesi europei (ad esempio, Belgio, Danimarca, Paesi Bassi), viene espresso il concetto di “reasonable expenses” che vengono riconosciute alla madre surrogata. Con tale nozione si fa riferimento ai costi che possono essere rimborsati alla donna per sostenerla durante il periodo di gravidanza e parto. Queste spese possono includere l'assistenza medica, come la copertura delle spese mediche correlate alla gravidanza, inclusi controlli medici, esami di laboratorio, visite prenatali, eventuali complicazioni mediche, spese ospedaliere durante il parto; le spese di vita (compensazione per il tempo perso dal lavoro, trasporti per gli appuntamenti medici, vitto e alloggio, acquisto di vestiti o altri beni necessari per la gravidanza e il parto, e altri costi associati al sostentamento durante il periodo della gravidanza); le spese legali (i costi legali per stipulare contratti tra le parti coinvolte nella maternità surrogata, inclusa l'assistenza legale per la madre surrogata e i genitori committenti).

Le spese ragionevoli possono variare a seconda della giurisdizione e delle circostanze specifiche della maternità surrogata, ma generalmente sono progettate per coprire le necessità della madre surrogata senza creare un incentivo finanziario al di là dei costi effettivi sostenuti. È importante che queste spese siano trasparenti e concordate in anticipo tramite un contratto legale per evitare controversie e abusi. Il terzo modello vede idealmente la gestante come fornitrice di servizi riproduttivi. Tale meccanismo riconducibile al sistema giuridico statunitense propone una pluralità di modelli di famiglia alternativi rispetto a quello tradizionale di matrice cattolica. L'approccio tipico dei sistemi di *common law* si caratterizza per la centralità dell'autonomia della persona e della sua autodeterminazione e dalla coesistenza di una pluralità di valori nella società⁴⁹.

Base giuridica dei contratti di surrogazione è fornita dalla nota decisione della Corte Suprema della California nel caso *Johnson v Calvert* (1993) in cui i giudici della Corte suprema della California riconobbero come genitori di un figlio nato da maternità surrogata i donatori dei gameti, escludendo la donna che aveva partorito il bambino⁵⁰.

Negli Stati Uniti vi sono Stati che presentano un atteggiamento di totale apertura nei confronti del fenomeno. Tra quelli di maggiore rilevanza si evidenziano il New Hampshire⁵¹, la California⁵² e lo Stato di New York⁵³.

⁴⁸ A. PANDE, *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, New York, 2014.

⁴⁹ In tal senso, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 70.

⁵⁰ M. ROSE, *Mothers and Authors: Johnson v. Calvert and the New Children of Our Imaginations*, in *Critical Inquiry*, 1996, 613.

⁵¹ *Surrogacy Revised Annotated Statutes*, 1990.

⁵² Le sezioni 7600-7730 del codice di famiglia della California stabiliscono il quadro giuridico per stabilire la genitorialità, comprese le disposizioni relative alla riproduzione assistita e alla maternità surrogata. Per approfondimenti, S. MOHAPATRA, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States*, in *New Cannibal Markets. Globalization and Commodification of the Human Body* (J. D. RAINHORN, S. EL BOUDAMOSSI, eds.), Parigi, 2015, 81-98.

⁵³ Fino al 2020, lo stato di New York aveva una delle leggi più restrittive sulla GPA degli Stati Uniti, vietando esplicitamente la pratica e rendendo i contratti di surrogazione illegali e non applicabili. Tuttavia, nel 2020 è stata approvata la “Child-Parent Security Act”, che ha depenalizzato la GPA a fini non commerciali nello Stato di New

Questo sistema, centrato sul concetto di privacy come sfera di interessi prevalenti in cui lo Stato non può ingerirsi, ha il vantaggio di prevedere una diversa articolazione di interessi e possibili conflitti (ad esempio sul *decision-making*).

Nel Sud-Est Asiatico dopo il boom dei primi anni 2000 l'unico Paese ad ammettere indirettamente la gestazione per altri data l'assenza di una legislazione in materia è il Laos (è stata vietata in Cambogia e Thailandia).

Dati i costi elevati di una gestazione per altri negli USA, le lunghe liste di attesa in Canada, il mercato si è spostato verso mete più economiche, come appunto il Laos nel Sud Est Asiatico o Cipro, Georgia e Ucraina in Europa (c.d. "low cost surrogacy").

Come evidenziato nel presente paragrafo, la molteplicità dei soggetti coinvolti e le differenze legislative esistenti sollevano dilemmi etici e giuridici con riferimento agli 'attori' coinvolti nel processo legato alla gestazione per altri. Nei paragrafi successivi analizzeremo in dettaglio le vulnerabilità degli individui interessati, che sono i genitori committenti, la gestante e il concepito.

4. I diritti, gli interessi e le vulnerabilità dei soggetti coinvolti

La gestazione per altri prevede una pluralità di soggetti interessati o "stakeholders", ciascuno di essi portatori di specifici interessi, diritti, vulnerabilità.

In primo luogo, vi sono i genitori committenti. Si può trattare di una coppia eterosessuale – sposata o meno – con problemi di sterilità/infertilità. Altro caso è quello della coppia omosessuale o lesbica. In questi casi uno dei due padri donerà il proprio seme o una delle due madri donerà il proprio ovulo. Vi sono infine genitori single (uomo o donna) che intendono accedere ai servizi della GPA.

Generalmente ci sono agenzie che fungono da intermediatrici tra i futuri genitori ("intended parents", IP) e la gestante⁵⁴. Queste cliniche private permettono di scegliere tra le madri surrogate e le donatrici di ovuli e offrono servizi aggiuntivi quali la diagnosi genetica preimpianto o lo *screening* embrionale. La gestante, insieme alle donatrici di ovuli, mette a disposizione per terzi una parte del proprio corpo in cambio di un corrispettivo in denaro. Vi è, infine, il bambino che nasce a seguito del contratto di surrogazione. Si tratta di un mero commercio di minori o, invece, si attua il diritto a nascere e ad avere una qualità di vita elevata?

4.1. I genitori committenti

I genitori committenti – come visto – sono generalmente una coppia (eterosessuale o meno) che intende avere un figlio con un legame genetico. Il loro desiderio di rimanere genitori rimane frustrato da legislazioni restrittive, con il serio rischio che tale sentimento venga sfruttato dalle agenzie che fungono

York. In base a questa legge, le coppie e le persone singole che vivono nello stato di New York possono stipulare contratti di maternità surrogata con una madre surrogata, e il bambino nato attraverso questo processo sarà considerato legalmente il figlio dei genitori committenti. La legge include anche disposizioni per la consulenza legale e psicologica obbligatoria per tutte le parti coinvolte. Tuttavia, la legge impone alcune restrizioni, come ad esempio che la madre surrogata deve avere almeno 21 anni, avere già dato alla luce almeno un figlio, e avere completato una valutazione psicologica e legale. Inoltre, i genitori committenti devono fornire un'assicurazione sanitaria completa per la madre surrogata durante il periodo di gravidanza e per il neonato dopo la nascita.

⁵⁴ <https://www.ivfconceptions.com/>.

da intermediatrici. È opportuno, pertanto, chiedersi se alla luce dei cambiamenti avvenuti nella società sia possibile ricondurre l'accesso alla gestazione per altri ai diritti riproduttivi⁵⁵. Le costituzioni liberali implicitamente contengono un diritto a procreare⁵⁶. Il diritto a procreare (o anche autonomia procreativa) potrebbe essere costruito in termini di diritti negativi o positivi. In senso negativo, esso implica la non ingerenza da parte delle autorità statali nelle scelte procreative, che riguardano la sfera più intima di ogni coppia. In senso positivo, esso pone un obbligo per gli Stati di assistere le coppie, ad esempio fornendo gratuitamente tramite il servizio sanitario nazionale l'accesso alle tecniche di PMA, inclusa la diagnosi genetica preimpianto⁵⁷.

Un diritto a procreare in senso negativo può trarre fondamento nel principio di autodeterminazione e nel diritto di autonomia di controllare il proprio corpo e prendere importanti decisioni su sé stessi⁵⁸. In linea con l'interpretazione evolutiva dell'articolo 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (diritto alla salute), il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha prodotto nel 2006 il commento generale no. 22 sul diritto alla salute riproduttiva e sessuale; in esso ha stabilito il principio fondamentale che riconosce «*the right to make free and responsible decisions and choices, free of violence, coercion and discrimination, regarding matters concerning one's body and sexual and reproductive health*» (Para. 5).⁵⁹ Il rapporto ha introdotto il concetto di "salute riproduttiva"⁶⁰.

Indubbiamente l'avvento delle tecnologie di riproduzione assistita ha dato origine a nuovi diritti, anche se non ancora codificati in trattati sui diritti umani.⁶¹ Essi includono il diritto di accedere alle tecniche di PMA (ad esempio, la fecondazione omologa, la donazione dei gameti) al fine di diventare genitori, in caso di infertilità o sterilità o questioni legate all'orientamento sessuale, incluso il diritto di dare alla

⁵⁵ In tal senso, V. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in questa rivista, 2016, 11 ss.

⁵⁶ J.L. HILL., *What does it mean to be a "Parent"? The claims of biology as a basis for parental rights*, in *New York University Law Review*, 1991, 353-420.

⁵⁷ C. MILLS, *Reproductive autonomy as self-making: procreative liberty and the practice of ethical subjectivity*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2013, 639-656.

⁵⁸ R. DWORKIN, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Knopf, 1993.

⁵⁹ General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). I diritti riproduttivi vennero formulati per la prima volta dalla Conferenza di Teheran (1968), che identificò la libertà di scelta in materia di pianificazione familiare come diritto fondamentale. La Conferenza di Pechino (IV Conferenza sulle donne, 1995) riconobbe libertà riproduttiva in relazione alla salute riproduttiva.

⁶⁰ Para. 94 «Reproductive health is a state of complete physical, social and mental well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so».

⁶¹ La Convenzione europea sui diritti umani e la biomedicina (Oviedo, 1997) contiene una sola disposizione relativa ai diritti riproduttivi, l'articolo 14, che recita «The use of techniques of medically assisted procreation shall not be allowed for the purpose of choosing a future child's sex, except where serious hereditary sex-related disease is to be avoided». Per approfondimenti, I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano: Giuffrè, 2009, 48 ss.

luce un bambino privo di serie malattie genetiche ricorrendo alla Diagnosi Genetica Preimpianto (*Costa e Pavan v. Italy*)⁶².

Diversi tribunali internazionali hanno riconosciuto i diritti procreativi. Nel caso *Evans vs United Kingdom* (2007)⁶³, la Corte europea sui diritti umani ha espressamente affermato che rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 della CEDU *il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori in senso genetico*⁶⁴.

La Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il divieto di fecondazione *in vitro* vigente in Costa Rica violasse i diritti alla privacy, alla libertà e integrità personale e al diritto a formare una famiglia, riconosciuto da diverse disposizioni della *Convención Americana*⁶⁵.

Il diritto internazionale dei diritti umani riconosce il diritto di fondare una famiglia nel contesto del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del diritto all'autodeterminazione⁶⁶. Il diritto di avere accesso ai progressi della scienza denota un *favor* verso l'accesso alle tecniche di PMA.

Tuttavia, il diritto internazionale se è vero che tutela il diritto di fondare una famiglia (anche mediante il ricorso alla PMA) non riconosce un «right to a child» e limitatamente il diritto «to a healthy child»⁶⁷. Come stabilito anche dall'*UN Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*, nel suo rapporto del 26 febbraio – 23 marzo 2018, «[a] child is not a good or service that the State can guarantee or provide, but rather a rights-bearing human being. Hence, providing a “right to a child” would be a fundamental denial of the equal human rights of the child. The “right to a child” approach must be resisted vigorously, for it undermines the fundamental premise of children as persons with human rights».

Pertanto, il diritto a procreare, così come ad avere accesso alle tecniche di PMA, non può essere interpretato in maniera estensiva fino a ricomprendere l'accesso ai servizi legati alla gestazione per altri, dato che si è in presenza di un terzo soggetto (la gestante) e vi è un notevole flusso di denaro che comporta di fatto l'acquisto di un bambino (anche so ciò, come vedremo, non rientra nella categoria dello “human trafficking”).

⁶² Corte europea sui diritti umani, *Costa e Pavan c. Italia*, n. 54270/10. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto che «in the present case the Court considers that the applicants' desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this end attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life» (Para. 57). Per approfondimenti, v. G. PUPPINCK, *The Case of Costa and Pavan v. Italy and the Convergence between Human Rights and Biotechnologies. Commentary on the ECHR Ruling in Costa and Pavan v. Italy, No. 54270/10, 28th August 2012*, in *Quaderni di diritto, mercato, tecnologia*, 2013, 152-176.

⁶³ Corte Europea sui diritti umani, *Evans c. Regno Unito*, n. 6339/05.

⁶⁴ V. anche K, *Dickson c. Regno Unito*, no. 44362/04, par. 66.

⁶⁵ Corte Inter-Americana sui diritti umani, *Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica* (2012). Le pratiche di PMA erano state giudicate incostituzionali dalla Corte Suprema del Costa Rica nel 2000, perché lesive del diritto alla vita dell'embrione.

⁶⁶ In tal senso, I.R. PAVONE, *Medically Assisted Procreation and International Human Rights Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, 155.

⁶⁷ C. DRAGHICI, *Procreative Rights in International Law. Insights from the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2024, 168.

4.2. La gestante

4.2.1. Argomenti contrari alla possibilità di affittare il proprio utero

La madre surrogata è un soggetto vulnerabile (specialmente se proviene da un PVS), in quanto vi è di fondo una disegualianza tra le parti sotto il profilo economico, sociale e culturale. Per questo motivo la gestazione per altri è stata bandita in tutti i Paesi del Sud-Est Asiatico (ad eccezione del Laos) dopo l'eccessivo ricorso all'utero in affitto in questa regione da parte di coppie provenienti da Paesi industrializzati.

All'inizio molte delle preoccupazioni riguardanti la gestazione per altri rispecchiavano quelle riguardanti la prostituzione, con particolare riferimento alle disparità di genere⁶⁸. Questo ultimo elemento viene amplificato dal fatto che nella surrogazione la realtà biologica è che solo le donne possono essere gestanti e che la domanda per parti del corpo femminile, nello specifico gli ovuli e l'utero, non può essere soddisfatta che da donne. Dato il rischio di sfruttamento e mercificazione del proprio corpo, parte della letteratura femminista ha equiparato tale pratica alla prostituzione⁶⁹.

La povertà è un fattore in quello che viene considerato commercio di uteri specialmente nei PVS. Il denaro può avere una forza coercitiva su individui che non hanno nulla altro che i loro corpi (organi, utero) da vendere⁷⁰. Questo rischio è reale sia nell'ambito della prostituzione che della vendita degli organi. Si pensi al caso dell'Ucraina; in un contesto di guerra con i mariti impegnati al fronte, alle donne non rimane che l'alternativa della prostituzione o dell'affitto dell'utero per guadagnare del denaro.

Dal momento che le donne tendono ad essere a maggior rischio di marginalizzazione e sfruttamento, in particolare in società conservatrici o colpite dalla povertà del Sud-Est Asiatico, sono state sollevate preoccupazioni sull'assenza di un reale consenso informato delle gestanti e su un rischio di coercizione⁷¹.

La stratificazione della riproduzione nei PVS⁷² ha portato la sociologa USA Barbara Rothman a domandarsi «*can we look forward to baby farms, with white embryos grown in young and Third world women?*»⁷³, domanda legittima al picco del turismo procreativo nel Sud-Est Asiatico tra il 2000 e il 2010. Tuttavia, ultimamente il mercato si è spostato verso l'Est Europa (Federazione Russa, Georgia, Ucraina)

⁶⁸ A. DONCHIN, *Reproductive Tourism and the Quest for Global Gender Justice*, in *Bioethics* 2010, 323; J.M. SERA, *Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 1997, 315.

⁶⁹ M.F. BRINIG, *A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein's Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, in *Virginia Law Review*, 1995, 2337 (referring to surrogacy as "baby brokering"); K. B. LIEBER, *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in *Indiana Law Journal*, 1992, 211.

⁷⁰ A. PANDE, *At Least I am not Sleeping with Anyone: Resisting the Stigma of Commercial Surrogacy in India*, in *Feminist Studies* 2010, 295.

⁷¹ Sul concetto di consenso informato, S. NEGRI, *The Right to Informed Consent at the Convergence of International Biolaw and International Human Rights Law*, in S. NEGRI (Eds.), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care*, Leiden, 2011, 23-72.

⁷² D. DEOMAMPO, *Transnational Reproduction: Race, kinship, and commercial surrogacy in India. Vol. 1.*, New York, 2016; FW Twine, *Outsourcing the Womb: Race, class and gestational surrogacy in a global market*, Routledge, 2015.

⁷³ B.K. ROTHMAN, *Reproductive Technology and the Commodification of Life*, in E.H. BARUCH et al. (eds.), *Embryos, Ethics, and Women's Rights: Exploring the new reproductive technologies*, New York, 1988, 95.



e nuove mete nel Mediterraneo (ad esempio, Cipro e Grecia), alla luce delle restrizioni legislative nel Sud-Est Asiatico. Se è vero che le donne di questi Paesi non vertono nella stessa situazione di povertà delle donne dei PVS e hanno per lo meno un tasso di alfabetizzazione maggiore, vivono comunque in contesti di disagio socio-economico e nel caso dell'Ucraina di conflitto armato in corso.

Queste destinazioni sono assai popolari in quanto offrono servizi di riproduzione assistita a un costo assai minore che negli Stati Uniti, che è il solo Paese industrializzato dove la GPA non solidaristica è legale e regolamentata in alcuni Stati.

A tal riguardo, a giudizio di Mohapatra vi sarebbe una forma di ipocrisia da parte di molti Paesi che vietano la maternità surrogata sul loro territorio su basi morali, ma non prevedono soluzioni al problema dei propri cittadini che si avvalgono del turismo procreativo cercando servizi riproduttivi all'estero⁷⁴. In realtà, i Paesi che vietano sul loro territorio tale pratica hanno un limitato margine di apprezzamento nell'impedire la registrazione del minore nato all'estero, dato che manca un *consensus* tra gli Stati sul proibire la gestazione per altri e la tendenza della giurisprudenza a riconoscere sempre più spesso il legame di parentela tra il minore e i futuri genitori.

A tal proposito, è stato sostenuto che sminuire la capacità delle donne di prendere le proprie decisioni in maniera autonoma sia paternalistico ed elitario⁷⁵. A sostegno di tale tesi, Lee sostiene che negli Stati Uniti lo stereotipo delle donne che decidono di diventare madri surrogate principalmente per motivi finanziari legati alla povertà non è vero⁷⁶. In realtà si tratta di donne che hanno già formato una famiglia (hanno, pertanto, un marito e uno o più figli propri), appartengono al ceto medio della società, e decidono in piena libertà di guadagnare somme di denaro.

Vi è poi la questione del legame con il figlio che la donna porta in grembo che viene spezzato anche se la gestante non è la madre biologica. Alcuni bioeticisti sostengono che la mercificazione del proprio corpo che deriva dalla scissione di tale legame, si pone talmente in contrasto con il principio del rispetto della dignità umana che è eticamente inaccettabile⁷⁷.

4.2.2. Elementi a favore della possibilità di affittare il proprio utero

La scelta della donna di affittare il proprio utero tramite un regolare contratto che preveda un corrispettivo in denaro (o un "ragionevole" compenso) e previo consenso libero e informato potrebbe rientrare nella sfera della privacy e dell'autodeterminazione di ciascun individuo, come previsto dalla

⁷⁴ S. MOHAPATRA, *Adopting an International Convention on Surrogacy—A lesson from intercountry adoption*, in *Loyola University Chicago International Law Review*, 2016, 25.

⁷⁵ R. ARNESON, *Commodification and Commercial Surrogacy*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1992, 132.

⁷⁶ L. LEE, *New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation*, in *Hastings Women's Law Journal*, 2009, 276.

⁷⁷ C.B. COHEN, *Selling Bits and Pieces of Humans to Make Babies: The Gift of the Magi Revisited*, in *Journal of Medicine & Philosophy*, 1999, 288.

Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani⁷⁸: secondo tale ottica, un divieto sarebbe equiparato ad un'indebita ingerenza delle autorità statali (libertà contrattuale)⁷⁹.

Per alcuni la surrogazione di maternità dovrebbe intendersi come manifestazione del diritto al lavoro della donna; tentativi di limitarne il ricorso sono considerati «paternalistic attempts to curtail women's economy agency»⁸⁰.

Secondo questa scuola di pensiero, molti dei rischi alla salute dovuti all'affitto dell'utero e alla gravidanza sono meno seri rispetto a quelli previsti da altri usi contrattualizzati del proprio corpo, come la prostituzione o la vendita di organi. Infatti, è nell'interesse dei futuri genitori proteggere al meglio la salute della madre surrogata, in quanto ciò aumenta la probabilità di dare alla luce un bimbo sano.

Alcuni vedono la gestazione per altri come una forma di mutua assistenza – due o più persone che si aiutano l'una con l'altra per ottenere una cosa che non avrebbero potuto ottenere da sole: un bimbo per uno ed una vita migliore per un'altra.⁸¹ Mentre alla gestazione a fini commerciali non può essere attribuito lo stesso livello di altruismo come, ad esempio, una donna che porta in grembo un bimbo per la sorella sterile, esiste ciononostante l'argomentazione per cui l'affitto dell'utero sia un servizio unico che permette alla madre surrogata di essere onorata per il suo lavoro e godere della sensazione positiva di avere aiutato un'altra famiglia⁸².

Come evidenziato, la gestante è insieme al nascituro il soggetto vulnerabile nel procedimento di gestazione per altri. Bisognerebbe, pertanto, prevedere forme di tutela della gestante sul piano normativo. In primo luogo, andrebbero riconosciuti il diritto di affittare il proprio utero e ricevere un compenso adeguato alla propria prestazione d'opera. Il diritto della donna di agire in qualità di madre surrogata deriva dal suo diritto di decidere se procreare o meno⁸³. Inoltre, andrebbe prevista la possibilità di esprimere un rifiuto informato una volta nato il bambino e decidere, pertanto, di tenerlo.

4.3. Il minore e il best interest quale elemento chiave della giurisprudenza

Il concetto di miglior interesse del minore (o superiore interesse) è stato codificato all'art. 3 della Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia (1989) che recita «In all actions concerning children [...], the best interests of the child shall be a primary consideration». In sostanza, questo principio sottolinea che, quando si tratta dei diritti e del benessere dei bambini, le loro necessità e i loro interessi

⁷⁸ L'art. 5 della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani, recita «The autonomy of persons to make decisions, while taking responsibility for those decisions and respecting the autonomy of others, is to be respected». L'art. 6, par. 1, prevede «Any preventive, diagnostic and therapeutic medical intervention is only to be carried out with the prior, free and informed consent of the person concerned, based on adequate information. The consent should, where appropriate, be express and may be withdrawn by the person concerned at any time and for any reason without disadvantage or prejudice».

⁷⁹ A. WILLIAMS, *State Regulatory Efforts in Protecting a Surrogate's Bodily Autonomy*, in *Seton Hall Review*, 2018, 205-231.

⁸⁰ J.H. MUNYON, *Protectionism and Freedom of Contract: The Erosion of Female Autonomy in Surrogacy Decisions*, in *Suffolk University Law Review*, 2003, 717.

⁸¹ S. DAR et al, *Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program*, in *Human reproduction*, 2015, 345-352.

⁸² O VAN DEN AKKER, *Surrogate motherhood: a critical perspective*, in *Expert Rev. Obstet. Gynecol.*, 2010, 5.

⁸³ A. MC EVEN, *So You're Having Another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 272.

dovrebbero essere considerati come prioritari rispetto ad altre preoccupazioni, come quelle degli adulti o delle istituzioni⁸⁴.

È un orientamento fondamentale per garantire che i bambini crescano in un ambiente sicuro e che i loro diritti siano rispettati in ogni contesto.⁸⁵ Il principio della supremazia degli interessi del minore, si traduce nella giurisprudenza interna e internazionale nella prevalenza automatica del superiore interesse del minore nel bilanciamento con i diritti fondamentali di altri individui⁸⁶. Tuttavia, l'uso del termine “*primary consideration*” implica che i migliori interessi del minore dovrebbero essere un fattore importante, ma non l'unico fattore quando si tratta di compenetrare diversi interessi⁸⁷.

La tendenza giurisprudenziale sia da parte della Corte di Strasburgo nelle sue pronunce in materia di gestazione per altri, sia dei tribunali nazionali in Europa, è quella di applicare il principio del “*best interest*” del minore – che è quello di avere una famiglia – per “sanare” violazioni del diritto interno da parte dei committenti⁸⁸. L'interesse del bambino a nascere attraverso contratto di maternità surrogata, che è la sua unica possibilità di venire alla vita è un elemento centrale, dato che il nascituro ha indubbiamente un interesse a venire alla luce e a vivere.⁸⁹

La questione del “diritto a nascere” è complessa e dibattuta, con diverse interpretazioni e sfumature a livello legale, etico e filosofico. In molti contesti, il concetto di “diritto a nascere” viene associato al diritto alla vita, che è riconosciuto come un diritto umano fondamentale in molte costituzioni nazionali e documenti internazionali⁹⁰. Il diritto alla vita è sancito in numerosi strumenti legali internazionali, come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (articolo 3) e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (articolo 6), nonché in molte costituzioni nazionali. Questi documenti stabiliscono che ogni individuo ha il diritto intrinseco alla vita (dal momento della nascita) e che tale diritto deve essere protetto e rispettato dalle autorità governative.

Tuttavia, il concetto di “diritto a nascere” può essere interpretato in modo diverso da prospettive divergenti. Alcuni lo considerano come il diritto di un embrione o di un feto a svilupparsi fino alla nascita

⁸⁴ Per approfondimenti, P. ALSTON, *The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights*. *International Journal of Law, in Policy and the Family*, 1994, pp. 1-25; M. GEORGE, N. A. MOHD AWAL, *The Best Interest Principle within Article 3 (1) of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, in *International Journal of Business, Economics and Law*, 2019, 30-36.

⁸⁵ E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, 2019; V. LORUBBIO, *The Best interests of the Child: more than a “Right, a Principle, a Rule of Procedure” of International Law*, Napoli, 2022.

⁸⁶ In Italia il “best interest” del minore è un principio di rilievo costituzionale, che può essere inquadrato al pari di vera e propria clausola generale che, ai sensi degli artt. 2 e 31 della Costituzione può essere considerato un parametro di valutazione della costituzionalità delle leggi (v. le sentenze della Corte costituzionale Sentenze Corte Cost. nn. 341/1990, 425/2005, 61/2006, 308/2008. Per approfondimenti, E. LAMARQUE, *Prima i bambini, Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2022, p.77 ss.

⁸⁷ P. ALSTON, P., B. GILMOUR-WALSH, *The best interests of the child: towards a synthesis of children’s rights and cultural values*, UNICEF, 1996, <https://www.unicef.org/innocenti/reports/view-all>.

⁸⁸ C. NARDOCCI, *Intended or new parenthood? The child’s best interest: Italy and the European Court of Human Rights*, in *ERA Forum*, 2024, pp. 109-126.

⁸⁹ D. ROSANI, “*The Best Interests of the Parents*”. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *questa rivista*, 1, 2017, 109-134.

⁹⁰ R. COPELON, C. ZAMPAS, E. BRUSIE, J. DE VORE, *Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 2005, 120.

senza interferenze o minacce di aborto, mentre altri possono interpretarlo come il diritto di ogni individuo di essere concepito e nascere in un ambiente che favorisca la sua crescita e il suo sviluppo sano⁹¹. È importante notare che il riconoscimento del “diritto a nascere” può variare a seconda del contesto culturale, religioso, legale e politico di ciascun paese. In molti paesi, il dibattito sull’aborto, la contraccezione e i diritti riproduttivi influisce sulla percezione e sull’applicazione di questo concetto. Inoltre, l’interpretazione e l’applicazione del diritto alla vita possono variare anche in base alle opinioni individuali e alle convinzioni personali.

La propensione dei tribunali, pertanto, è quella di riconoscere un legame parentale tra il bambino e i genitori committenti in virtù del rispetto della vita privata e familiare del minore che include il diritto ad avere una famiglia. In altre parole, il minore che non viene affidato ai genitori committenti rischia di finire ai servizi sociali ed affrontare un futuro incerto in attesa di un’adozione⁹².

Si presentano due situazioni di fronte ai giudici. Nel caso in cui il padre abbia donato il proprio gamete – e vi è, pertanto, un legame genetico – viene generalmente riconosciuto lo “*status filii*”⁹³. La Corte europea dei diritti umani ha discusso il tema del riconoscimento del legame giuridico tra genitori committenti e minore in diverse sentenze. Un caso rilevante è quello della sentenza *Foulon e Bouvet c. Francia* del 2015, dove la Corte ha trattato la questione del riconoscimento dello stato civile di bambini nati all’estero attraverso la maternità surrogata.⁹⁴

Nel paragrafo 61 della sentenza la Corte ha affermato «[...] la soluzione più rispettosa dei diritti dei bambini e delle persone coinvolte è di consentire il riconoscimento in Francia degli atti di nascita esteri stabiliti in seguito a procedimenti giurisdizionali stranieri e che attestano lo status di genitore intenzionale».

È più problematica la situazione in cui non vi sia alcun legame genetico tra il minore e i futuri genitori; in tal caso, la soluzione prospettata è quella della “*step-child adoption*”⁹⁵.

Vi è poi il tema del diritto del minore e di conoscere le proprie origini genetiche e gestazionali. Si pensi alla sorte del minore qualora i committenti decidano di non dare attuazione al contratto di surrogazione; o alla presenza di un feto portatore di un handicap che non è stato rilevato dalle indagini prenatali. In questo caso il futuro del minore è incerto. Vi sono clausole dettagliate nel contratto di maternità surrogata che impongono alla gestante di rinunciare ad alcuna pretesa sul nascituro e di consegnarlo immediatamente – appena nato – ai committenti. Altre impongono una specifica dieta o stile di vita alla donna durante la gravidanza o in caso di gravidanza plurigemellare di abortire i feti in eccesso (o un feto portatore di handicap) (“*Selection Reduction Clause*”).

⁹¹ R. L. STENGER, *Embryos, Foetuses, and Babies: Treated as Persons and Treated with Respect*, in *Journal of Health & Biomedical Law*, 2006, 34.

⁹² D. DORFMAN, *Surrogate Parenthood: Between Genetics and Intent*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2016, 404-412.

⁹³ R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello “status filii” in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 308.

⁹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Foulon e Bouvet c. Francia*, ricorso n. 70731/01.

⁹⁵ M. PICCHI, *Surrogate Motherhood: Protecting the Best Interests of the Child in Light of Recent Case Law*, in *Peace Human Rights Governance*, 2019, pp. 307-331, 322.

In Australia, nel noto *Baby Gammy case*, i committenti avevano richiesto alla gestante thailandese di abortire uno dei gemelli surrogati che aveva la sindrome di Down. La donna rifiutò e il bambino venne affidato ai servizi sociali una volta nato.

Negli USA il caso di Melissa Cook è diventato un punto focale nel dibattito sulla maternità surrogata, sollevando questioni complesse riguardanti i diritti dei bambini nati da maternità surrogata e i diritti delle donne surrogate stesse. Melissa Cook (MC) era una madre surrogata che rimase incinta di tre gemelli. Dal momento che il padre committente (CM) – un uomo single – non desiderava avere tre gemelli, chiese a MC di abortirne uno sulla base della “*selective reduction clause*”, offrendosi di crescerne uno. Alla fine, nacquero i 3 gemelli e vennero affidati alle cure di CM.

Come visto, il miglior interesse del minore non ha sempre un’interpretazione univoca, dato che non è riconosciuto un interesse a nascere, né un diritto a nascere, nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani. Appare evidente, che il miglior interesse del nascituro sia quello di venire alla luce e essere affidato alle attenzioni dei genitori intenzionali; ma l’assenza di alcuna forma di tutela per l’embrione/feto nel diritto internazionale dei diritti umani fa sì che tale interesse a nascere – laddove non vi sia altra possibilità di venire al mondo che l’affitto di un utero – non è sufficientemente tenuto in considerazione a livello legislativo, giurisprudenziale e dottrinale⁹⁶.

5. Norme internazionali contrarie alla gestazione per altri

Nel contesto dell’ONU e delle principali organizzazioni regionali si registra una posizione di contrarietà nei confronti della gestazione per altri, che viene considerata come pratica lesiva dei diritti fondamentali e della dignità sia della donna che del nascituro.

5.1. ONU

L’ONU ritiene che i contratti di maternità surrogata – in particolare se stipulati in Paesi in via di sviluppo – potrebbero condurre ad uno sfruttamento del corpo femminile, e sono, pertanto, considerati alla stregua di una forma di moderna schiavitù, sebbene questo assunto non sia stato codificato in alcun trattato.

A dispetto della retorica, si registra, infatti, una maggiore tolleranza rispetto alla commercializzazione di servizi riproduttivi (come, ad esempio, la compravendita di gameti o l’affitto di uteri) rispetto a servizi sul proprio corpo che non prevedono la riproduzione (la vendita di organi, la prostituzione, la tratta delle donne).

Le norme internazionali contro la tratta e il traffico illegale di essere umani sono generalmente rivolte alla ‘schiavitù moderna’ e allo sfruttamento sessuale. Con lo sviluppo delle nuove tecnologie mediche, le norme contro la tratta non si sono ancora evolute, per ricomprendere nuove forme di sfruttamento, come il traffico di persone o bambini per organi e tessuti, inclusi gli ovociti.

Un primo profilo di incompatibilità tra gestazione per altri e diritti fondamentali è comunque rinvenibile nell’art. 5 della Convenzione dell’ONU del 1979 sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione

⁹⁶ Per approfondimenti, v. D. EVANS, N. PICKERING, *Conceiving the Embryo: Ethics, Law, and Practice in Human Embryology*, Leiden, 1996.

contro le donne, che riconosce la “funzione sociale della maternità”, che mal si concilia con la pratica dell’utero in affitto⁹⁷.

Ancora più rilevante appare, tuttavia, il possibile contrasto con le norme internazionali contro la tratta e lo sfruttamento sia delle donne che dei bambini.

Lo *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*, istituito nel contesto del Consiglio ONU sui diritti umani, nelle raccomandazioni finali contenuto nel suo rapporto del 2018 ha invitato gli Stati «to create safeguards to prevent the sale of children in the context of commercial surrogacy, which should include either the prohibition of commercial surrogacy until and unless properly regulated systems are put in place to ensure that the prohibition on sale of children is upheld»⁹⁸.

Pertanto, il commercio di bambini nati in seguito a gestazione per altri viene considerata alla pari di vendita di bambini, seguendo la narrativa sulla gestazione per altri, considerata come “baby-selling”⁹⁹. Tuttavia, non vi è un reale parallelismo tra trasferimento di bambini nati attraverso contratti di surrogazione e il traffico o la tratta di bambini; sebbene siano eventi sovrapponibili e con molte similitudini, costituiscono in realtà fattispecie differenti. L’elemento criminale o la volontà di sfruttare i minori è infatti il vero discrimine tra vendita di bambini in seguito a contratto di maternità surrogata e tratta vera e propria di minori. Alcuni autori hanno sollevato il tema della possibile applicazione del Protocollo attuativo alla Convenzione dell’ONU contro la criminalità organizzata transnazionale¹⁰⁰ al fenomeno della gestazione per altri¹⁰¹. Obiettivo primario del *Trafficking Protocol* è «[t]o prevent and combat trafficking in persons, paying particular attention to women and children» e «to protect and assist the victims of such trafficking, with full respect for their human rights» (Preambolo).

Ai sensi dell’art. 3 (a) del *Trafficking Protocol*, i tre elementi costitutivi del reato di tratta di essere umani sono (a) – i) l’atto (il reclutamento delle vittime); ii) i mezzi (l’utilizzo della coercizione); iii) l’obiettivo dello sfruttamento della vittima (ad esempio, lo sfruttamento sessuale¹⁰². Nella gestazione per altri è (generalmente) assente sia l’elemento della coercizione, sia l’elemento dello “scopo di sfruttamento”, dato che il minore viene accolto amorevolmente nella famiglia creata dai genitori committenti. Lo sfruttamento si potrebbe ravvisare – in alcuni casi – nella gestante, qualora venga costretta contro la propria volontà a condurre una gravidanza per terzi.

La gestazione per altri è tuttavia citata come potenziale forma di sfruttamento nel “Model Law” elaborato dall’ *UN Office on Drugs and Crime* per assistere i Paesi nell’attuare la Convenzione di Palermo e il suo Protocollo. Il commentario relativo all’art. 8 del *Model Law* (“Trafficking in Persons”) – che fa

⁹⁷M. DARNOVSKY, D. BESSON, *Global Surrogacy Practices*, in *Working Paper No. 601 of the International Institute of Social Studies at the Erasmus University*, Rotterdam, December 2014,14; B. STARK, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2012, 380.

⁹⁸ *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*. Doc A/HRC/37/60, 15 January 2018, Para. 77, lect. (c).

⁹⁹ R. JO KORNEGAY, *Is Commercial Surrogacy Baby-Selling?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 1990, 45.

¹⁰⁰ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adottato il 15 novembre 2000 dalla Risoluzione 55/25 dell’Assemblea generale dell’ONU.

¹⁰¹ A. VETTOREL, *Surrogacy Contracts and International Human Rights Law*, in *Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile*, 2021, 61.

¹⁰² U.N. Office on Drugs and Crime, *Issue Paper: The Role of “Consent” In the Trafficking In Persons Protocol 5* (2014), http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf.

riferimento alle “altre forme di sfruttamento” che gli Stati dovrebbero proibire nei propri ordinamenti – menziona espressamente «the use of women as surrogate mothers» come possibile esempio di «exploitation». Gli Stati, pertanto, dovrebbero considerare la gestazione per altri quando adottano legislazioni volte a punire la tratta degli esseri umani, insieme a pratiche quali le gravidanze forzate o la condotta illecita di una sperimentazione su un individuo.¹⁰³

La Convenzione dell’ONU sui diritti dell’infanzia (1989) offre una definizione più ampia di “child trafficking”. L’art. 35 stabilisce che «State Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of, or traffic in children for any purpose or in any form». L’art. 2 (a) del Protocollo Opzionale concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia sui bambini (2000) recita «for the purposes of the present Protocol: (a) *sale of children* means any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration»¹⁰⁴.

Anche se durante i negoziati sul Protocollo addizionale il tema della gestazione per altri non è stato affrontato, il contratto di maternità surrogata può essere qualificabile, per alcuni, come una transazione attraverso cui il bambino è trasferito da una persona o da un gruppo di persone ad un’altra o più persone, dietro il pagamento di un corrispettivo in denaro¹⁰⁵.

Questa è l’interpretazione fornita dall’Australia che ha vietato la gestazione per altri con finalità commerciale e ha aperto esclusivamente a quella altruistica¹⁰⁶.

Per altri, invece, il Protocollo non precluderebbe la gestazione per altri, ma lascerebbe un ampio margine di apprezzamento agli Stati nel decidere se bandire o meno l’utero in affitto su questa base giuridica¹⁰⁷.

Nelle osservazioni conclusive del rapporto dell’India al Comitato sui diritti del fanciullo si legge esplicitamente che «the widespread commercial use of surrogacy, including international surrogacy might represent a violation of various rights of children and can lead to the sale of children»¹⁰⁸.

Gli Stati Uniti – che non hanno firmato la Convenzione – nel loro rapporto al Comitato hanno espresso preoccupazioni sul fatto che «payments before birth and other expenses to birth mothers, including surrogate mothers, continue to be allowed, thus impeding effective elimination of the sale of children

¹⁰³ UNODC Model Law against Trafficking in Persons, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf, 28.

¹⁰⁴ K. WADE, *The regulation of surrogacy: a children’s rights perspective*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2017, 121.

¹⁰⁵ D.M. SMOLIN, *Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children*, in *Pepperdine Law Review*, 2016, 265.

¹⁰⁶ A.J. NEWSON, *Compensated transnational surrogacy in Australia: time for a comprehensive review*, in *The Medical Journal of Australia*, 2016, 33.

¹⁰⁷ L. JOHNSON, *Commercial Surrogacy Is the Sale of Children? An Argument That Commercial Surrogacy Does Not Violate International Treaties*, in *Washington International Law Journal*, 2019, 701. N. HYDER-RAHMAN, (2021). *Commercial Gestational Surrogacy: Unravelling the threads between reproductive tourism and child trafficking*, in *Anti-Trafficking Review*, 2021, 123.

¹⁰⁸ Committee on the Rights of the Child. Concluding observations on the report submitted by India under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, CRC/C/OPSC/IND/CO/1.

for adoption; [and] the absence of federal legislation with regard to surrogacy, which if not clearly regulated, amounts to sale of children» (art. 29, lett. a) e b))¹⁰⁹.

Parimenti, nella medesima prospettiva, la gestazione per altri a titolo oneroso sembra porsi in contrasto con l'art. 4, lett. (c), par. 3, della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale (1993), la quale stabilisce che il consenso all'adozione da parte del genitore biologico non deve essere indotto «by payment or compensation of any kind». La Convenzione richiede agli Stati di prevedere forme di tutela per prevenire la vendita o il traffico di bambini che possano essere utilizzati per formare delle famiglie. La stessa Convenzione sui diritti del fanciullo auspica all'art. 21 lett. (d) una regolamentazione dell'istituto dell'adozione volta ad escludere ogni «improper financial gain for those involved in it».

Lo *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children* Maud de Boer-Buquicchio in un rapporto tematico presentato dinanzi al Consiglio ONU sui diritti umani¹¹⁰, ha espresso serie riserve sulla compatibilità tra i contratti di maternità surrogata e i diritti fondamentali dei bambini. La relatrice ha sostenuto che «commercial, and in some cases altruistic, surrogacy usually does meet the elements of the sale of children under the Optional Protocol—and that most CGS arrangements are therefore in contravention of international law». Ella raccomandava di adottare una legislazione chiara che equiparasse la surrogazione di maternità alla vendita di bambini così come definita nel protocollo opzionale alla Convenzione di New York. Da questo punto di vista, i bambini sono visti come 'commodities', od oggetti, che vengono pertanto acquistati dai genitori committenti dietro pagamento di una somma di denaro.

La relatrice ha osservato che la proibizione dei contratti di surrogazione prevista da numerose legislazioni solleva problemi attuativi, dato che viene spesso elusa in quanto le coppie si rivolgono a servizi procreativi all'estero.

I Principi di Verona del 2021 adottati dall' *International Social Service* (ISS) un gruppo informale composto da giuristi, contengono 14 principi sulla prevenzione della vendita, dello sfruttamento e del traffico di bambini nati attraverso GPA¹¹¹.

¹⁰⁹ *Committee on the Rights of the Child. Concluding observations on the second periodic report of the United States of America submitted under article 12 of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child pornography*, adopted by the Committee at its sixty-second session (14 January–1 February 2013).

¹¹⁰ *Report on safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangements*, 15 July 2019, <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-safeguards-protection-rights-children-born-surrogacy-arrangements>.

¹¹¹ Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles). Questo documento, adottato nel 2021 dall' *International Social Service* (ISS), è stato adottato in risposta ad una specifica richiesta dell' *United Nations Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children* nel suo rapporto del 2018 (UN Doc. A/HRC/37/60). Al Para. 78 del documento si legge «The Special Rapporteur invites the international community to: [...] (d) Support the work of the International Social Service in developing international principles and standards governing surrogacy arrangements that are in accordance with human rights norms and standards and particularly with the rights of the child) [...]». Il documento ha avuto il supporto dell' *UN Committee on the Rights of the Child*.

Questi principi mirano a creare un quadro giuridico che rispetti la dignità e i diritti dei bambini nati attraverso la gestazione per altri, garantendo la loro protezione e benessere, affrontando al contempo le complessità e le considerazioni etiche delle pratiche di surrogazione.

Uno degli obiettivi principali dei Principi di Verona è la protezione dei diritti del bambino: essi pongono al centro il benessere e il superiore interesse del bambino, garantendo che i suoi diritti siano rispettati in ogni fase del processo di surrogazione. Questo include il diritto a conoscere la propria origine e a mantenere relazioni significative con i genitori biologici, se possibile. Vengono poi previsti standard etici per la surrogazione, incluse le condizioni di vita e di lavoro delle madri surrogate, la trasparenza dei contratti di surrogazione e la prevenzione dello sfruttamento delle donne coinvolte.

Il principio chiave alla base del documento è rappresentato dal superiore interesse del minore, in quanto tutte le decisioni devono essere prese assicurando il suo massimo benessere fisico, emotivo e psicologico¹¹².

Altri principi sono la trasparenza e l'informazione (le famiglie committenti devono essere adeguatamente informate sui diritti e sulle implicazioni legali della surrogazione. Le madri surrogate devono essere completamente consapevoli dei loro diritti e delle condizioni del contratto) e la non discriminazione (la pratica della surrogazione non deve discriminare sulla base del genere, dell'orientamento sessuale, della razza, della religione o di altre caratteristiche personali delle persone coinvolte).

5.2. Contesti regionali

Nell'ambito delle principali organizzazioni regionali, vi sono principi consolidati in ambito europeo contrari alla gestazione per altri in linea con quanto sostenuto dallo *Special Rapporteur* dell'ONU. Si registra, invece, l'assenza di riferimenti espliciti alla materia nel contesto africano (Unione africana), americana (Organizzazione degli Stati Americani), nonché asiatico (ASEAN).

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, già nel 1978, con la decisione (29) relativa all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri in materia di prelievo e trapianto di sostanza umana, venne dichiarato che nessuna sostanza umana potesse essere offerta a scopo di lucro. Il parere dell'*ad hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences* (CAHBI), nel *Report on Human Artificial Procreation*, istituito nel 1989 in seno al Consiglio d'Europa, ha stabilito alcuni principi chiave, tra cui il divieto del ricorso alle tecniche di PMA per la maternità surrogata, l'inapplicabilità degli accordi conclusi tra i committenti e la gestante il divieto di qualunque attività di intermediazione e di ogni forma di pubblicità di tale pratica e il diritto della gestante di decidere di tenere il bambino (Para. 15)¹¹³.

¹¹² Si veda, al riguardo, l'interessante analisi di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

¹¹³ *Ad hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences* (CAHBI), *Report on Human Artificial Procreation*, CoE (1989). Il principio 15 del documento recita «No physician or establishment may use the techniques of artificial procreation for the conception of a child carried by a surrogate mother. 2. Any contract or agreement between surrogate mother and the person or couple for whom she carried the child shall be unenforceable. 3. Any action by an intermediary for the benefit of persons concerned with surrogate motherhood as well as any advertising relating thereto shall be prohibited. 4. However, states may, in exceptional cases fixed by their national law, provide, while duly respecting paragraph 2 of this principle, that a physician or an establishment may proceed to the fertilisation of a surrogate mother by artificial procreation techniques, provided that: a. the surrogate mother obtains no material benefit from the operation; b. the surrogate mother has the choice at birth of keeping the child».

Doveroso citare l'Articolo 21 della Convenzione europea sui diritti umani e la biomedicina (Oviedo, 1996), che prevede espressamente che «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». La Convenzione rappresenta il primo atto giuridicamente vincolante in ambito internazionale nel settore delle scienze della vita, il cui obiettivo è quello di tutelare la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso derivante dai progressi della biologia e della medicina, fondandosi sull'idea per cui «l'interesse dell'essere umano deve prevalere sull'interesse della scienza o della società» (art. 2)¹¹⁴. Ai sensi dell'art. 21 della Convenzione ogni forma di compravendita del corpo umano sarebbe contraria al principio della dignità umana previsto al Preambolo e all'art. 1 («Le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina»). Il divieto di trarre profitto dalla separazione del corpo umano in organi, tessuti, ovociti, e parti si basa quindi su una vera e propria ragione morale, il rispetto della dignità umana, che, nella gerarchia assiologica della Convenzione, assurge a principio chiave, come evidenziato con estrema chiarezza nel Rapporto esplicativo: «Il concetto di dignità umana [...] costituisce il valore essenziale da sostenere. Costituisce il fondamento della maggior parte dei valori enfatizzati nella Convenzione». Sulla stessa falsariga, l'art. 21 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sui diritti umani e la biomedicina relativo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana (2002) recita «è vietato fare del corpo umano o delle sue parti in quanto tali una fonte di profitto o di vantaggi paragonabili».¹¹⁵

La Corte europea dei diritti umani – investita dai ricorsi dei futuri genitori in presenza di rifiuto delle autorità nazionali di registrare i minori nati all'estero in seguito a contratti di maternità surrogata – si è confrontata in maniera esponenziale con tale problematica.

La Corte ha contrastato per motivi di ordine pubblico le richieste di trascrizione degli atti di nascita nei registri nello stato civili da parte di genitori intenzionali privi di alcun legame biologico con il minore¹¹⁶. La Corte ha escluso che la tutela del diritto alla vita privata del figlio, prevista all'art. 8 della CEDU, che implica obblighi *de facere* a carico degli Stati, ricomprenda anche il diritto alla registrazione dello *status filiationis* per il genitore privo di alcun legame biologico con il minore nato in seguito a contratto di maternità surrogata¹¹⁷.

¹¹⁴ In generale sul sistema della Convenzione, I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009. Sulla dignità umana nel diritto internazionale, C. CASONATO, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, Torino, 2023, in particolare 147 ss.

¹¹⁵ Per approfondimenti, C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in questa rivista, 173-187, 180.

¹¹⁶ S. TONIOLO, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *Genius*, 2019, 1-9.

¹¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menesson c. Francia*, n. 65192/11; *Labassee c. Francia*, n. 65941/11, para. 100-101. In generale sul punto si veda: C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1132; S. TONIOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 202.

Il ‘key case’ è sicuramente rappresentato da *Paradiso and Campanelli c. Italia* (2017)¹¹⁸. Il caso in questione concerneva la sottrazione di minore nato all'estero (Federazione Russa) – in seguito alla stipula di un contratto di gestazione per altri – dalla tutela dei genitori committenti da parte delle autorità italiane. L'elemento centrale era rappresentato dall'assenza di alcun legame biologico tra padre e figlio, dato che la coppia era ricorsa a gamete da donatore esterno.

La Grande Camera della Corte di Strasburgo, discostandosi da quanto aveva stabilito la Seconda Sezione in una prima sentenza del 2015, concludeva che le condizioni che avrebbero permesso il riconoscimento di una famiglia *de facto* non sussistevano, sottolineando, in particolare l'assenza di alcun legame biologico tra il bambino e i “presunti” genitori, alla luce della breve durata (meno di 1 anno) della loro relazione e l'incertezza dei legami da una prospettiva giuridica¹¹⁹.

La Corte si è espressa sui contratti di maternità surrogata, affermando che «surrogacy arrangements raise sensitive ethical issues and may also come into conflict with States' legitimate concerns regarding the protection of children from human trafficking and compliance with the rules on international adoptions», descritti come «very weighty public interests» (Paras. 203-204).

La Corte ha sostenuto che il rifiuto di uno Stato di riconoscere la relazione tra i genitori e il bambino in seguito ad un contratto di maternità surrogata (ammesso nel Paese di origine della gestante ma vietato nel Paese di nazionalità dei genitori) persegua uno scopo legittimo alla luce delle condizioni di deroga previste all' art. 8, par. 2, della CEDU nel caso di specie la “protezione della salute” e “la protezione dei diritti e delle libertà di altri”¹²⁰.

Lo Stato intende tutelare la gestante e il bambino impedendo ai propri cittadini di ricorrere a tecniche di riproduzione assistita fuori dal territorio nazionale che sono vietati dalla legislazione domestica¹²¹.

Non esiste un *consensus* tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa sulla legittimità della gestazione per altri e sul riconoscimento giuridico della relazione tra il bambino e i futuri genitori: pertanto, gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento sia con riferimento alla regolamentazione della materia che del riconoscimento della relazione tra il bambino e i genitori.

Dal momento che il rapporto tra i genitori e il minore è un aspetto essenziale dell'identità di una persona, il margine di apprezzamento sarà minore qualora la Corte valuti un'interferenza con il diritto a una vita familiare di un minore ex art. 8 CEDU a causa del mancato riconoscimento formale dei suoi legami familiari¹²².

¹¹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c Italia*, n. 2535812.

¹¹⁹ C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>; A. STIANO, *Gestazione surrogata e diritto alla vita privata e familiare ex art. 8*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2/2017, 303.

¹²⁰ L'art. 8, para. 2, della CEDU recita «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹²¹ *Mennesson c. Francia*, 26 giugno 2014, Para. 62; *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, Para. 54; *Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Islanda*, 18 maggio 2021, Para. 65.

¹²² *Mennesson v. France*, 2014, Para. 77-80; *Labassee v. France*, 2014, Para. 56-59; *Advisory Opinion No. P16-2018-001*, 2019, Para. 43-44.

Quando si è in presenza di un minore, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto nel caso *Affaire A.L. v France*¹²³, la prevalenza il principio del superiore interesse del bambino sugli interessi degli Stati. Si trattava di un caso di “domestic surrogacy” che riguardava il riconoscimento di diritti genitoriali al padre biologico. La Corte ha espressamente stabilito che «[...] ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer» (Para. 52). Il superiore interesse del minore funziona, pertanto, quale contro limite all’ordine pubblico¹²⁴. La situazione acquista poi una dimensione speciale quando il futuro genitore ha un legame biologico con il bambino (ad esempio, ha donato lo sperma): la parentela biologica è un elemento centrale dell’identità di un bambino (*Menesson c. Francia*, Para. 100) e “gioca a favore” delle coppie che intendono registrare nel Paese di nazionalità il bambino avuto mediante utero in affitto all’estero.

La Corte attribuisce notevole importanza al legame genetico nel valutare la potenziale interferenza con il diritto alla vita privata (che include il diritto all’identità personale). Ciò è emerso chiaramente nei casi *Menesson* e *Labassee*, in cui la Corte ha riconosciuto che il rifiuto delle autorità belghe di trascrivere gli atti di nascita in presenza di un contratto di maternità surrogata stipulato all’estero violasse il diritto dei minori al riconoscimento giuridico del legame con il proprio padre genetico; al contrario in *Paradiso* e *Campanelli*, la Corte ha escluso, proprio in virtù dell’assenza di un legame biologico con il futuro padre, una violazione dell’articolo 8 della CEDU nel mancato riconoscimento del legame di filiazione; ciò indurrebbe a ritenere che la Corte sposi il rifiuto di una surrogazione completamente “eterologa” (ovvero in cui non esista alcun legame genetico con gli “intended parents”). Tale posizione è stata poi ribadita nel caso *Cc v. Italia*¹²⁵ La Corte di Strasburgo ha stabilito la violazione da parte dell’Italia dei diritti di una bambina nata nel 2019 in Ucraina con il ricorso alla gestazione per altri, non riconoscendo legalmente il rapporto di filiazione con il padre biologico¹²⁶.

Nel contesto dell’Unione europea (UE), la Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza, 2000) contiene una disposizione specifica relativa ai diritti della persona nell’ambito della bioetica (Art. 3 “Diritto all’integrità della persona”).

L’ Art. 3, Para. 2, recita «Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati [...] il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»¹²⁷. Appare evidente che sono vietati la vendita degli organi, il brevetto su parti del corpo umano così come la gestazione per altri. Il Parlamento europeo nel 2011 ha adottato una risoluzione sulla violenza contro

¹²³ Corte europea dei diritti umani, *Affaire A.L. c. Francia*, n. 13344/20.

¹²⁴ Per approfondimenti, G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 94 ss.

¹²⁵ Corte europea dei diritti umani, *Affaire C c. Italia*, n. 47196/21.

¹²⁶ M. COTTIER, *Understanding the impact of different concepts of surrogate mother for the regulation of international surrogacy arrangements. A response to Sharon Bassan*, <https://voelkerrechtsblog.org/understanding-the-impact-of-different-concepts-of-surrogate-mother-for-the-regulation-of-international-surrogacy-arrangements/>.

¹²⁷ A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia: art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 8.

le donne in cui, *inter alia*, condannava la pratica dell'utero in affitto¹²⁸. In un rapporto del 2015, il Parlamento europeo condannava nuovamente la pratica della gestazione per altri¹²⁹.

Il 23 aprile 2024 il Parlamento europeo ha votato a favore di un emendamento alla Direttiva sul traffico di esseri umani¹³⁰ che ora include la gestazione per altri tra gli atti vietati che i Paesi dell'UE sono obbligati a punire sul proprio territorio. La versione emendata della Direttiva prevede che i matrimoni forzati, l'adozione illegale e lo sfruttamento della maternità surrogata siano valutati allo stesso livello della schiavitù e della prostituzione, considerati come «a serious crime, often committed within the framework of organised crime, a gross violation of fundamental rights» (Considerando 1 della Direttiva).

Obiettivo dell'emendamento è incoraggiare gli Stati Membri a adottare misure effettive per «combat and prevent human trafficking and provide better support for victims». Con i termini «exploitation of surrogate motherhood» incluso nell'emendamento si fa riferimento a «persons who force women to act as surrogate mothers or who trick them into doing so». Queste disposizioni sono «without prejudice to national rules on surrogate motherhood, including criminal or family law». Il nascituro viene considerato come un soggetto sottoposto a un atto di disposizione, che è la prerogativa per eccellenza del rapporto di proprietà e della definizione di schiavitù ai sensi dei trattati internazionali sui diritti umani.

In conclusione, nel contesto europeo la gestazione per altri è vietata implicitamente da alcuni principi cardine, tra cui la non commerciabilità del proprio corpo, ed è stata ora proibita espressamente dall'emendamento alla Direttiva sul traffico di essere umani.

Tuttavia, vi sono gli interessi del minore che devono essere presi in considerazione. In un'epoca storica in cui la parentela è un qualcosa sempre più legato dalla genetica a causa della pluralità delle forme accettate di famiglia; la prevalenza della biologia sui legami emozionali tra genitori (sociali) e figli che è la linea interpretativa seguita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non è pienamente in linea con l'interpretazione evolutiva della CEDU che dovrebbe essere fornita dalla Corte di Strasburgo, anche se le esigenze di ordine pubblico hanno sicuramente un peso rilevante nelle decisioni dei giudici di Strasburgo. Questa linea di pensiero è stata ripresa dalla Corte Federale Svizzera in cui la parentela di due genitori committenti non è stata riconosciuta, in quanto nessuno dei due genitori era legato geneticamente a un bambino nato da una madre surrogata dopo la fecondazione *in vitro* dei gameti dei due donatori¹³¹.

¹²⁸ European Parliament resolution of 5 April 2011 on priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women, para 20-21, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0127_EN.html.

¹²⁹ European Parliament – November 2015. Annual Report on Human Rights and Democracy in the world in 2014 and on EU policy on the matter. Par 114 «the European Parliament condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments».

¹³⁰ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA

¹³¹ BGE 141 III 328 S. 329; (5A_443/2014 del 14 settembre 2015).

6. Considerazioni conclusive

Come evidenziato da diversi studiosi, un bando o un divieto di GPA in realtà preverrebbe l'interesse del nascituro a nascere poiché non ha altra possibilità di venire al mondo che la gestazione per altri e il diritto ad avere una famiglia che lo cresca e lo ami¹³². Ci si potrebbe domandare se esista, pertanto, nel contesto del miglior interesse del bambino, un diritto a nascere nel diritto internazionale dei diritti umani, e se vada in contrasto con le norme sull'interruzione volontaria di gravidanza.

Sulla base di un contratto gestito da terzi – approvato da un'*authority* o da un tribunale – dovrebbero essere previste forme di tutela per i soggetti più vulnerabili, ovvero sia la madre surrogata e il minore nato in seguito ad accordo di surrogazione. Regolamentando e non vietando tale pratica, si creerebbero norme certe per la registrazione dei minori nei Paesi di origine delle coppie committenti¹³³.

In sintesi, i profili critici della gestazione per altri sotto il profilo dei diritti umani sono notevoli. Da un lato, vi è un mutuo beneficio nel contratto di surrogazione, in quanto viene soddisfatto sia l'interesse dei genitori committenti a formare una famiglia (e pertanto, i loro diritti procreativi) sia della gestante a ricevere un compenso (qui siamo nell'ambito del diritto del lavoro). Dall'altro lato, vi sono seri dubbi sulla compatibilità dei contratti di surrogazione con le norme internazionali ed europee a tutela dei diritti fondamentali, specialmente se la madre surrogata proviene da un Paese povero.

La gestazione per altri, è allo stato attuale un sistema "laissez-faire" basato su un'economia di mercato, caratterizzato da un forte sbilanciamento a favore delle agenzie intermediatrici e dei genitori committenti. Ciò è evidente soprattutto nei Paesi in via di sviluppo dove vi è una scarsa alfabetizzazione sanitaria ed è maggiore il rischio di sfruttamento (il termine "baby farm" coniato da Krim ben descrive il tema dello sfruttamento delle donne dei PVS)¹³⁴.

In sintesi, la gestazione per altri rappresenta una manifestazione dell'autonomia riproduttiva delle coppie e del principio di autodeterminazione individuale. Come detto, vi è nel contratto di surrogazione un mutuo beneficio tra il venditore (la madre surrogata) e il compratore (i genitori committenti).

Qualora venisse rispettato il principio di equità, la gestazione per altri potrebbe essere anche intesa come uno strumento per la redistribuzione del reddito a favore delle frange più povere della popolazione da parte di quelle più ricche ('fair trade approach to surrogacy')¹³⁵.

Gli Stati, come visto, sono liberi di decidere se vietare o meno sul proprio territorio il ricorso alla gestazione per altri (in Italia, come visto, è stato introdotto il reato universale di GPA). La globalizzazione permette a genitori i cui valori non siano in linea con quelli statali, di esercitare la propria libertà riproduttiva all'estero, alimentando, tuttavia, il fenomeno del turismo procreativo. Esso crea una discriminazione sulla base del reddito in quanto solo coppie o individui benestanti – a prescindere dalla

¹³² In tal senso, D. MORI, *Il divieto universale di GPA tutela i diritti della donna e del nato?* in *Bioetica*, 2023, 214 ss., at 219. V. anche, A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *Biolaw. Rivista di biodiritto*, 2022, 299.

¹³³ Sulla necessità di una regolamentazione in ambito internazionale delle tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) si espresse già Knoppers alla fine degli anni '80. V. B. M. KNOPPERS, *Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person*, in *McGill Law Journal* 1987, 336.

¹³⁴ M. KRIM, *Beyond Baby M.: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother*, in *Annals of Health Law*, 1996, 193.

¹³⁵ C. HUMBYRD, *Fair trade international surrogacy*, in *Developing World Bioethics*, 2009, 111.

sussistenza o meno di problemi di infertilità o sterilità – possono accedere ai servizi di gestazione per altri all'estero. Data l'inevitabilità del fenomeno globale e la sua natura transfrontaliera, vi è, pertanto, la necessità di regolamentare le “cross-border surrogacy transactions” (CBST), al fine di evitare abusi di vario genere¹³⁶.

Come sottolineato da parte della dottrina, esisterebbe, alla luce della “Theory of Justice” di Rawls¹³⁷ un vero e proprio obbligo morale di regolamentare gli effetti transfrontalieri dei contratti di maternità surrogata¹³⁸.

Il concetto è molto semplice: i futuri genitori con un elevato reddito e residenti in un Paese industrializzato, si recano in Paesi a basso reddito del Sud-Est Asiatico o dell'Europa dell'Est per utilizzare i servizi forniti da una madre surrogata e poi fanno ritorno nel proprio Paese di origine con il bambino¹³⁹. Gli Stati dovrebbero stabilire convenzionalmente un limite massimo alla remunerazione per le agenzie intermediatrici, oltre il quale la pratica di surrogazione verrebbe considerata «child trafficking»¹⁴⁰. Si tratta, tuttavia, di un obbligo morale, in quanto gli Stati non hanno alcun dovere giuridico di regolamentare unilateralmente gli effetti transfrontalieri dei contratti di surrogazione; sarebbe, pertanto, auspicabile (anche se molto difficile nella prassi) che se ne occupi la comunità internazionale, mediante un trattato internazionale che o vieti *tout court* o regolamenti tale pratica.

Sulla scia di quanto già ipotizzato dalla dottrina¹⁴¹, sarebbe opportuno analizzare la possibilità di adottare uno strumento in ambito internazionale, ad esempio nell'ambito dell' *International Labour Organization* (ILO), che regolamenti la materia nel *continuum* tra “free market” e proibizione assoluta. L'ILO dovrebbe qualificare l'affitto dell'utero come “lavoro” e le madri surrogate come “lavoratrici”, prevedendo una serie di tutele a loro favore. Una regolamentazione costruita «through the lens of labor rights», avrebbe il vantaggio di “mediare” tra le due posizioni estreme, da un lato quella che prevede la massima libertà negoziale, dall'altro quella che vorrebbe imporre un bando globale per prevenire abusi sulla donna e sul minore.

Un'altra alternativa prevederebbe una regolamentazione simile a quella prevista per l'adozione internazionale: non dovrebbe né vietare né consentire tale pratica ma lasciare libertà in materia agli Stati; dovrebbe, tuttavia, esigere che prima della stipula del contratto, lo Stato “ricevente” si impegni ad accogliere il bambino e prevedere forme di tutela per la madre surrogata, sia sotto il profilo del compenso, che del diritto di decidere di tenere il bambino (una regolamentazione proattiva è stata prevista nel Regno Unito e nei Paesi Bassi). Rimane la differenza di fondo tra adozione (che ha natura no profit)

¹³⁶ B. C. VAN BEERS, *Is Europe “Giving in to Baby Markets”? reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of the Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, in *Medical Law Review*, 2015, 107.

¹³⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge University Press.

¹³⁸ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity: on the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, in *The American Journal of International Law*, 2013, 295.

¹³⁹ S. BASSAN, *Shared Responsibility Regulation Model for Cross-Border Reproductive Transactions*, in *Michigan Journal of International Law*, 2016, 300.

¹⁴⁰ Più di recente, K. TRIMMINGS, *Surrogacy Arrangements and the Best Interest of the Child*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (a cura di), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, 187 ss.

¹⁴¹ K. BRUGGER, *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, 665.

e surrogazione (dove vi è una transazione economica). È, tuttavia, preferibile una normativa volta a contrastare gli abusi, che regolamenti ma non vieti, piuttosto che la totale assenza di regole.

Un divieto *tout court* in materia di “*commercial surrogacy*” finirebbe per alimentare ancora di più il mercato che gira intorno al turismo procreativo. Va regolata la prestazione di consenso da parte della madre surrogata analogamente a quella del genitore biologico all’adozione (l’art. 4 (c) della Convenzione dell’Aja dispone che il consenso della madre biologica all’adozione venga prestato dopo il parto). La stessa soluzione deve essere prevista per la madre surrogata: il consenso informato alla rinuncia di ogni diritto sul bambino implica un diritto ad un rifiuto informato anche al momento della consegna del neonato. Alla madre surrogata non deve essere vietata, pertanto, l’opportunità di cambiare la propria idea e decidere di tenere il bambino, anche se ciò possa essere un passo troppo in avanti nell’ignorare gli interessi dei genitori committenti.

Gli sforzi per una riforma dovrebbero essere basati su alcuni principi chiave: superiore interesse del minore dal non essere trattato come un mero oggetto di compravendita; diritto della gestante di cambiare idea anche dopo il parto. Inoltre, bisognerebbe prevedere una valutazione di idoneità della coppia – a prescindere dal loro orientamento sessuale – a diventare genitori.

In Svizzera è stata proposta la soluzione di un emendamento alla *The Hague Convention on Intercountry Adoption*¹⁴² mediante cui garantire la difesa dei diritti e degli interessi della madre portante mediante un organismo indipendente (*medical advocacy*) previsto nella stessa clinica nella quale ha luogo la fecondazione *in vitro* e il parto¹⁴³.

Una soluzione pattizia mediante un accordo su scala globale o regionale appare allo stato attuale irrealistico alla luce sia complessità del problema (i differenti soggetti in gioco, la registrazione dei minori, la questione del compenso per la gestante, le differenti giurisdizioni in campo) sia l’eterogeneità di legislazioni, oltre ai notevoli interessi economici in gioco.

Nella realtà dei fatti, tale strumento internazionale dovrebbe regolamentare vari aspetti controversi (il diritto della gestante di tenere il bambino, la custodia del bambino, la questione delle coppie omosessuali, in particolare donne, la differenza esistente sul piano giuridico tra i casi in cui vi sia un legame genetico e quelli in cui invece non esista). Il rischio è quello di produrre un documento simile alla dichiarazione dell’ONU sulla clonazione umana dove vi fu una profonda spaccatura tra Stati favorevoli e Stati contrari alla c.d. “clonazione terapeutica”.

È pertanto, opportuno, che i singoli Paesi regolamentino in maniera proattiva la gestazione per altri (e non vietino *tout court* tale pratica), consapevoli del fatto che divieti a livello nazionale foraggiano il turismo procreativo e aumentano i redditi delle cliniche intermediatrici. Un sistema regolatorio dovrebbe prevedere un intervento *ex ante* di un’*authority* che valuti caso per caso se vi sono le condizioni per procedere alla gestazione per altri (ad esempio, condizioni irreversibili di sterilità o infertilità della coppia), effettui un’accurata valutazione psicologica della coppia, lasciando, tuttavia, aperta la possibilità per la gestante di tenere il bambino qualora decida di esprimere il proprio rifiuto informato.

¹⁴² A. GODWIN MCEWEN, *So you are having another Woman’s Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 303.

¹⁴³ Commissione Nazionale d’Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *La procreazione con assistenza medica. Considerazioni etiche e proposte per il futuro*, Parere n. 22/2013, Zurigo, 2013, 44-45.

I soggetti invisibili nella ricerca clinica: intersezionalità e strategie giuridiche di inclusione

Viola Cappelli*

INVISIBLE SUBJECTS IN CLINICAL RESEARCH: INTERSECTIONALITY AND LEGAL STRATEGIES FOR INCLUSION

ABSTRACT: The under-representation of women, older people and ethnic minorities in clinical trials of drugs and medical devices has the potential to significantly impact the health protection of these clinical populations. Adopting an intersectional perspective, the article first reconstructs the causes of this phenomenon and illustrates its serious consequences, and then proposes the identification of (*de iure condito* and *de iure condendo*) legal solutions that could facilitate the circulation of more inclusive trial protocols.

KEYWORDS: Clinical trials; exclusion; patient protection; intersectionality; civil liability

ABSTRACT: La diffusa tendenza alla sottorappresentazione di donne, anziani e minoranze etniche nelle sperimentazioni cliniche di farmaci e dispositivi medici costituisce un fattore capace di incidere fortemente sulla tutela della salute di queste popolazioni cliniche. L'articolo adotta una prospettiva intersezionale e, una volta ricostruite le cause del fenomeno e illustrati i suoi gravi effetti, si propone di individuare alcune soluzioni giuridiche che, *de iure condito* e *de iure condendo*, possano favorire la diffusione di protocolli sperimentali maggiormente inclusivi.

PAROLE CHIAVE: Sperimentazioni cliniche; esclusione; protezione dei pazienti; intersezionalità; responsabilità civile

SOMMARIO: 1. I soggetti invisibili nella ricerca clinica: intersezionalità e strategie giuridiche di inclusione – 2. Ragioni (addotte) ed effetti della sottorappresentazione di donne, anziani e persone appartenenti a minoranze etniche nelle sperimentazioni cliniche – 3. L'assenza di una prospettiva di inclusione nella disciplina europea sulle sperimentazioni cliniche – 4. Per una maggiore inclusività nelle sperimentazioni cliniche: alcune proposte... – 5. ... E una suggestione: quali spazi per un'ipotesi di responsabilità civile in caso di danni ai pazienti appartenenti a popolazioni cliniche escluse dalle sperimentazioni? – 6. Riflessioni conclusive: la necessità di un mutamento di paradigma culturale per una maggiore inclusività delle sperimentazioni in Europa.

* *Assegnista di ricerca in Diritto Privato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Mail: viola.cappelli@santannapisa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. I soggetti invisibili nella ricerca clinica: intersezionalità e strategie giuridiche di inclusione

La sperimentazione clinica sull'uomo costituisce l'ultima fase del lungo processo – scoperta/progettazione, sperimentazione preclinica, sperimentazione clinica¹ – che porta alla nascita di farmaci e dispositivi medici: essa permette di valutare la sicurezza, l'efficacia e la tollerabilità di questi prodotti prima della loro approvazione per la commercializzazione e garantisce un rapporto rischi/benefici favorevole al paziente². Il processo di sviluppo di farmaci e dispositivi non si arresta poi con la loro messa in commercio: nella cosiddetta fase quattro, quella della sorveglianza *post-marketing*, è possibile verificare la loro attività su larghissima scala, per meglio identificare anche le reazioni avverse rare³.

Un elemento cruciale per garantire l'attendibilità dei risultati delle sperimentazioni cliniche risiede nelle modalità di selezione dei partecipanti, i quali dovrebbero costituire un campione rappresentativo della popolazione potenzialmente destinataria del farmaco o del dispositivo medico (*target population*)⁴. Tuttavia, numerosi studi scientifici rilevano criticità nell'inclusione di specifiche categorie di

¹ La sperimentazione clinica dei farmaci si articola in tre fasi principali. Nella fase I vengono coinvolti solitamente da 100 a 200 volontari sani (o malati, a seconda del caso). L'obiettivo principale di questa fase è valutare la sicurezza del farmaco, stabilire la dose massima tollerabile e identificare i possibili effetti collaterali. Durante la fase II, il campione si amplia, coinvolgendo tra i 400 e 600 pazienti affetti dalla patologia *target*. Questa fase consente di valutare l'efficacia del farmaco nel trattare specifiche patologie. Infine, la fase III prevede l'arruolamento di migliaia di soggetti – tra i 2000 e i 4000 – e mira a confermare la reale efficacia del farmaco su larga scala e dimostrarne così la sicurezza per l'uso pubblico. Sul punto, AIFA, *La sperimentazione clinica dei farmaci*, www.aifa.gov.it/sperimentazione-clinica-dei-farmaci (ultima consultazione 27/09/2024). Diversamente, gli studi clinici dei dispositivi medici non ancora marcati CE (o marcati CE ma modificati in modo sostanziale oppure marcati CE ma impiegati per una destinazione d'uso diversa da quella oggetto della marcatura) prevedono degli studi di fattibilità (*studi pilota*), che hanno lo scopo di raccogliere informazioni preliminari sul dispositivo e pianificare le successive fasi di sviluppo. Questi sono poi seguiti da *studi "pivotal"*, finalizzati a fornire dati sull'evidenza clinica dei benefici che il dispositivo apporta ai pazienti, sulla sua *performance* e sui rischi che pone. In materia di studi clinici sui dispositivi medici si veda il Documento di Indirizzo del Centro di Coordinamento Nazionale dei Comitati Etici, *Valutazione delle indagini cliniche sui dispositivi medici da parte dei Comitati Etici secondo il Regolamento UE 2017/745*, 2022, www.aifa.gov.it/documents/20142/1619588/indirizzo_valutazione_indagini_cliniche_22_08_2022.pdf (ultima consultazione 27/09/2024).

² Per una panoramica sull'*iter* di sviluppo dei farmaci E. NOVELLINO, L.M. FUCCELLA, D. BARONE, V. IADEVAIA, R. COLONNA, *Storia, ricerca e sviluppo dei farmaci*, in E. NOVELLINO (a cura di), *Il farmaco. Ricerca, sviluppo e applicazioni in terapia*, Napoli, 2019, 1 ss.; M. MENICHINCHERI, *Progettazione dei farmaci*, in *Enciclopedia Treccani*, www.treccani.it/enciclopedia/progettazione-dei-farmaci_%28XXI-Secolo%29/ (ultima consultazione 27/09/2024), 2010; EMA, *From laboratory to patient: the journey of a medicine assessed by EMA*, 2019. Per una panoramica sull'*iter* di sviluppo dei dispositivi medici, J.B. PIETZSCH, L.A. SHLUZAS, M.E. PATÉ-CORNELL, P.G. YOCK, J.H. LINEHAN, *Stage-Gate Process for the Development of Medical Devices*, in *The Journal of Medical Devices*, 3(2), 2009; EMA, *Medical devices*, disponibile online al sito www.ema.europa.eu/en/human-regulatory-overview/medical-devices (ultima consultazione 27/09/2024).

³ B.M. CESANA, E. M. BIGANZOLI, *Phase IV Studies: Some Insights, Clarifications, and Issues*, in *Current Clinical Pharmacology*, 13(1), 2018, 14 ss.

⁴ A.C. MASTROIANNI, R. FADEN, D. FEDERMAN, *Women and Health Research: Ethical and Legal Issues of Including Women in Clinical Studies*, National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, Vol. 1, Washington, DC, 1994, 79: «*In the most general sense, the failure to match study groups with target user groups can cause the unstudied or understudied group to receive no medical treatment, ineffective treatment, or even harmful treatment*».

soggetti nelle sperimentazioni cliniche e carenze nell'elaborazione di strategie per l'analisi disaggregata dei dati, necessarie per valorizzare adeguatamente quelle caratteristiche essenziali che influenzano il quadro clinico di un individuo nella sua complessità, come il sesso, il genere, l'età, origine etnica. Un approccio standardizzato alla sperimentazione clinica sull'uomo potrebbe pertanto accentuare le disuguaglianze sociali già esistenti, con effetti di fatto discriminatori sulla tutela della salute di ampie fasce della popolazione. È più probabile, infatti, che un farmaco o un dispositivo risulti inefficace o meno efficace nella cura della patologia trattata e finanche foriero di effetti avversi specifici nelle popolazioni meno rappresentate nei contesti di ricerca.

Sulla scorta di queste considerazioni, il giurista è quindi chiamato a riflettere sull'adeguatezza del quadro normativo attuale, al fine di valutare se e in che modo le disposizioni vigenti affrontino la questione ed, eventualmente, se esse stesse contribuiscano alla perpetuazione di protocolli clinici escludenti; a proporre infine, se del caso, soluzioni interpretative, normative e di *policy* più sensibili al tema dell'inclusività.

Il presente lavoro mira a perseguire proprio questo obiettivo, senza però rinunciare a valorizzare il respiro interdisciplinare che è proprio della questione: ai fini del suo necessario inquadramento, saranno dapprima individuate le ragioni scientifiche che sono attualmente addotte per giustificare la predisposizione di protocolli sperimentali scarsamente attenti all'inclusione di certe popolazioni cliniche; saranno poi menzionati alcuni casi emblematici che ben mostrano gli esiti irragionevoli in termini di tutela della salute a cui conduce un approccio neutrale nei contesti di ricerca (Sezione 2). Su queste basi, saranno analizzate le disposizioni di diritto europeo in materia di partecipazione alle sperimentazioni cliniche di farmaci e dispositivi medici e individuati gli eventuali limiti di un quadro normativo siffatto nell'ottica di promuovere una maggiore inclusività. In particolare, sarà evidenziato che sia il Regolamento (UE) 536/2014 sulla sperimentazione di medicinali⁵ sia il Regolamento (UE) 745/2017 sui dispositivi medici⁶ sono prevalentemente incentrati su una concezione di tutela della persona come protezione *dai trials* clinici, la quale, con specifico riferimento ai soggetti qualificati come vulnerabili, ne consente la partecipazione solo in quei limitati casi in cui la sperimentazione non può che essere condotta su di loro. L'assenza di una prospettiva di tutela che promuova attivamente la partecipazione di soggetti diversi dal prototipo ideale – maschio, sano, bianco, di età compresa tra i 18 e i 35 anni – sarà individuata, anche alla luce dell'attuale riflessione bioetica in materia, come un fattore che può contribuire alla diffusione di protocolli non inclusivi, con rilevante pregiudizio per la salute della *target population* (Sezione 3). Rilevato, dunque, il radicamento anche culturale dell'attuale sistema regolatorio, saranno delineate alcune proposte interpretative e normative volte ad affiancare all'irrinunciabile approccio protettivo quello, altrettanto cruciale, di promozione di una partecipazione inclusiva alle sperimentazioni cliniche. La prospettiva adottata sarà necessariamente multidimensionale, o meglio

⁵ Regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE (GU L 158 del 27/05/2014, p. 1–76).

⁶ Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio (GU L 117 del 05/05/2017, p. 1–175).

intersezionale⁷, al fine di tenere in considerazione tutte quelle forme, più o meno evidenti, di discriminazione – legate a fattori quali l'età, il sesso, il genere, l'etnia, la condizione socioeconomica, etc. – capaci di incidere sull'effettività della tutela della salute della popolazione e dell'accesso alle cure (Sezione 4 e Sezione 5).

2. Ragioni (addotte) ed effetti della sottorappresentazione di donne, anziani e persone appartenenti a minoranze etniche nelle sperimentazioni cliniche

Le donne, gli anziani e gli individui appartenenti a minoranze etniche sono frequentemente identificati nella letteratura scientifica come gruppi clinici sottorappresentati nelle sperimentazioni. Le ragioni di questa sottorappresentazione sono molteplici: alcune sono intimamente correlate al contesto in cui nella pratica sponsor e produttori conducono le sperimentazioni, altre sono di carattere più propriamente tecnico, mentre altre ancora affondano le proprie radici in suggestioni di natura culturale.

La più limitata partecipazione della popolazione di sesso femminile ai *trials* clinici trova storicamente la propria giustificazione principale nelle esigenze di preservazione della fertilità, potenzialmente esposta a seri rischi a causa della somministrazione di prodotti medicali non ancora utilizzati su larga scala, innescando così comportamenti prudenti in sponsor e produttori⁸. Un'ulteriore motivazione scientifica è poi tradizionalmente rinvenuta nella circostanza che la sperimentazione, in particolare quella dei farmaci, sulle donne, specialmente in età fertile, è esposta a importanti variazioni ormonali⁹: i farmaci vengono generalmente testati su volontari sani, di sesso maschile, con un peso ideale di 70 kg e di età compresa tra i 18 e i 35 anni, dal momento che la sperimentazione degli stessi su una donna appartenente alla medesima fascia d'età, e quindi in un periodo della vita altamente fertile, rischierebbe di condurre a risultati confondenti. Giova anticipare, tuttavia, che il quadro normativo vigente riconosce

⁷ Con il termine intersezionalità si intende la sovrapposizione e l'interdipendenza tra diverse forme di discriminazione legate all'età, alla disabilità, all'etnia, al genere, al sesso, alla collocazione geografica, allo status socio-economico, all'orientamento sessuale. Il termine è stato coniato nel 1989 da Kimberle Crenshaw, K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1, 1989, 139 ss. Per l'ulteriore sviluppo del concetto, si veda K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43(6), 1991, 1241 ss. Sul tema, più di recente, si veda *ex multis*, O. HANKIVSKY, *Intersectionality 101*, Institute for Intersectionality Research & Policy, Simon Fraser University, Vancouver, 2014; P. H. COLLINS, S. BILGE, *Intersectionality*, Hoboken, 2016; J. BUOLAMWINI, T. GEBRU, *Gender shades: intersectional accuracy disparities in commercial gender classification*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, 1 ss; A. MCKINZIE, P. RICHARDS, *An argument for context-driven intersectionality*, in *Sociology Compass*, 13, 2019; C. RICE, E. HARRISON, M. FRIEDMAN, *Doing justice to intersectionality in research*, in *Cultural Studies ↔ Critical Methodologies*, 19, 2019, 409 ss. Anche la Commissione Europea considera l'approccio intersezionale fondamentale per la rilevanza sociale e la qualità della ricerca e dell'innovazione, affinché queste ultime possano procurare beneficio a tutti i cittadini europei, cfr. *European Commission, Gendered Innovations 2: How inclusive analysis contributes to research and innovation*, Policy Review, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. Sulla necessità di un approccio intersezionale nella ricerca scientifica in ambito sanitario, *ex multis*, S. SUBRAMANIPILLAI, L. A.M. GALEA, G. EINSTEIN, A.M. G. DE LANGE, *Sex and gender in health research: Intersectionality matters*, in *Frontiers in Neuroendocrinology*, 72, 2024.

⁸ A.C. MASTROIANNI, *HIV, women, and access to clinical trials: tort liability and lessons from DES*, in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 5, 1998, 167 ss.

⁹ R. DRESSER, *Wanted Single, White Male for Medical Research*, in *The Hastings Center Report*, 22, 1, 1992, 24 ss.

una situazione di vulnerabilità idonea all'attivazione di cautele significative nella conduzione delle sperimentazioni – ovvero la sussistenza di un rapporto rischi/benefici favorevole ai pazienti già in fase di sperimentazione, oppure l'accertamento dell'impossibilità di condurre la medesima sperimentazione su soggetti diversi da quelli vulnerabili – esclusivamente nelle donne che si trovino in stato di gravidanza o allattamento (art. 33 del Regolamento 536/2014 per quanto riguarda i farmaci e art. 66 del Regolamento 745/2017 per quanto riguarda i dispositivi medici). Sembra, pertanto, che la capacità di generare di per sé – oltre, quindi, ai casi specifici in cui la legislazione prevede particolari cautele – sia considerata di fatto da sponsor e produttori una causa intrinseca di vulnerabilità nelle sperimentazioni cliniche e, dunque, un disincentivo a testare i prodotti sulle donne.

Anche la minore inclusione degli anziani nelle sperimentazioni si radica nei rischi associati al loro stato di salute, quali le frequenti situazioni di comorbidità e di polifarmacoterapia, oltre ad una più generale fragilità fisica fisiologicamente connessa all'età avanzata¹⁰. Inoltre, è più comune che gli anziani si trovino in condizioni tali per cui la loro capacità di esprimere un consenso informato alla sperimentazione risulti indebolita: in questi casi è prevista l'attivazione delle cautele normative stabilite a tutela dei soggetti incapaci, tali per cui la sperimentazione può essere condotta su di loro solamente nel caso in cui non sia possibile ottenere gli stessi dati di validità svolgendola su altri soggetti (cfr. art. 31 del Regolamento 536/2014 e art. 64 Regolamento 745/2017).

Diversamente, la sottorappresentazione dei soggetti appartenenti a minoranze etniche¹¹ si è storicamente radicata non tanto in considerazioni riguardanti i rischi clinici, quanto piuttosto in fattori socio-culturali che hanno influenzato idee e comportamenti. Da un lato, è stato notato come episodi storici di gravissima discriminazione abbiano portato a una notevole diminuzione della fiducia nel sistema sanitario tra i pazienti appartenenti ad alcune minoranze etniche (si pensi, per esempio,

¹⁰ Questi fattori sono citati da S. FUSCO, S. GARASTO, A. CORSONELLO, *La terapia farmacologica dell'anziano: le sperimentazioni cliniche e gli studi osservazionali*, in *Giornale Italiano di Farmacoeconomia e Farmacoutilizzazione*, 6(3), 2014, 24 ss. In argomento si veda anche P. CROME, F. LALLY, A. CHERUBINI, *Exclusion of Older People from Clinical Trials Professional Views from Nine European Countries Participating in the PREDICT Study*, in *Drugs Aging*, 2011, 28 (8), 667 ss.

¹¹ Per l'utilizzo dell'espressione "minoranza etnica" si rimanda alle considerazioni di N.F. PUTTICK, S. VANDERSLOTT, R. TANNER, *Representation of ethnic and racial minority groups in European vaccine trials: a quantitative analysis of clinical trials registries*, in *BMJ Public Health*, 2023, 2: «It is also important to elucidate the terms "race" and "ethnicity" which appear in contested variations throughout the literature. The term "race" has been subject to debate but may be defined as "a biological concept which categorises humanity by means of sets of phenotypical features that appear to distinguish between varieties of people and are passed on between generations". There have been calls to abandon the concept of "race" in the context of medical research arguing it represents a painful and divisive relic, though this may be too simplistic a solution. Nonetheless, race remains a flawed concept: socially constructed with poorly defined genetic markers applied inconsistently. Thus, the terms "ethnicity"/"ethnic minority"/"ethnic group" will be preferentially used henceforth. Ethnicity can be defined as a "social group with a shared history, lineage, heritage, sense of identity, cultural roots, and territorial identity". Importantly, the term "ethnic minority groups" is used to refer only to a collective of individualised groups, not to imply any aspect of homogeneity between these populations». Sul punto si veda anche A. RAMAMOORTHY, M.A. PACANOWSKI, J. BULL, L. ZHANG, *Racial/ethnic differences in drug disposition and response: review of recently approved drugs*, in *Clinical Pharmacology & Therapeutics*, 2015, 97, 3, 263 ss.

all'esperimento di Tuskegee per la popolazione afro-americana)¹². È più probabile, infatti, che questi soggetti esprimano più forti preoccupazioni circa il rischio di sfruttamento nella sperimentazione, i pericoli per la salute derivanti dal trattamento sperimentale, le reali motivazioni dei ricercatori. Molti studi, poi, evidenziano come i pazienti appartenenti a minoranze etniche abbiano tendenzialmente minori probabilità di ricevere l'offerta di partecipare a sperimentazioni cliniche e come i pregiudizi razziali abbiano spesso tristemente inciso sulle loro *chances* di inclusione nelle sperimentazioni¹³. Inoltre, le differenze linguistiche¹⁴ e le diverse sensibilità culturali¹⁵ sono frequentemente citate come elementi in grado di ostacolare significativamente la comunicazione tra i ricercatori e i potenziali partecipanti¹⁶.

Tuttavia, anche quando la sottorappresentazione potrebbe essere astrattamente giustificata sulla base di motivazioni scientifiche, è stato da più parti notato come il bilanciamento tra queste giustificazioni e quelle, apparentemente confliggenti, a sostegno di una maggiore inclusione – la quale potrebbe condurre all'identificazione di sacche di inefficacia o di effetti avversi specifici del prodotto, con rilevanti benefici sulla salute delle popolazioni escluse – sia considerevolmente sproporzionato a favore delle prime. Gli effetti di questa sottorappresentazione sono gravi e spesso paradossali: pur rimandando alla copiosa letteratura scientifica sul tema, alcuni casi meritano di essere brevemente riportati in questa sede in quanto mostrano in modo emblematico l'impatto negativo dell'esclusione dalle sperimentazioni sulla salute delle persone.

Moltissimi dei prodotti farmaceutici e dei dispositivi medici in commercio, di larga diffusione e di uso comune in percentuali simili tra uomini e donne (se non in percentuali maggiori tra le donne¹⁷), sono testati prevalentemente su soggetti di sesso maschile, nonostante nella maggior parte dei casi sia nota

¹² D.P. SCHARFF, K.J., MATHEWS, P. JACKSON, J. HOFFSUEMMER, E. MARTIN, D. EDWARDS, *More than Tuskegee: understanding mistrust about research participation*, in *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, 21, 2010, 879 ss.

¹³ S.J. NIRANJAN, M.Y. MARTIN, M.N. FOUAD, S.M. VICKERS, J.A. WENZEL, E.D. COOK, B.R. KONETY, R.W. DURANT, *Bias and stereotyping among research and clinical professionals: Perspectives on minority recruitment for oncology clinical trials*, in *Cancer*, 126, 9, 2020, 1958 ss.; N.F. PUTTICK, S. VANDERSLOTT, R.TANNER, *op. cit.*, 7.

¹⁴ Y. MASOOD, P. BOWER, M.W. WAHEED, G. BROWN, W. WAHEED, *Synthesis of researcher reported strategies to recruit adults of ethnic minorities to clinical trials in the United Kingdom: a systematic review*, in *Contemporary Clinical Trials*, 78, 2019, 1 ss.

¹⁵ A. OCCA, S.E. MORGAN, J.E. POTTER, *Underrepresentation of Hispanics and other minorities in clinical trials: Recruiters' perspectives*, in *Journal of Racial and Ethnic Health Disparities*, 5, 2018, 322 ss.; N.F. PUTTICK, S. VANDERSLOTT, R.TANNER, *op. cit.*, 7.

¹⁶ World Health Organization (WHO), *Global Health Ethics. Key issues*, 2015, 20; Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), *International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans*, Commentary on Guideline 19, 35: «Sponsors and researchers must use culturally appropriate ways to communicate information necessary for adherence to the requirements of the informed consent process. They must also describe and justify in the research protocol the procedure they plan to use in communicating information to participants. The project must include any resources needed to ensure that informed consent can be properly obtained in different linguistic and cultural settings». Sul punto si veda anche Y. MASOOD, P. BOWER, M.W. WAHEED, G. BROWN, W. WAHEED, *op. cit.*; N.F. PUTTICK, S. VANDERSLOTT, R.TANNER, *op. cit.*

¹⁷ Sebbene, in termini generali, si possa affermare che le donne siano le maggiori consumatrici di farmaci. Per alcuni dati recenti con riferimento all'Italia, AIFA, Osservatorio Nazionale sull'impiego dei Medicinali, *L'uso dei farmaci in Italia. Rapporto Nazionale Anno 2022, 2023*, 60.

la più intensa incidenza di effetti avversi sulla popolazione femminile¹⁸. Tra i farmaci, per esempio, l'aspirina per uso protettivo dal rischio di infarto del miocardio è stata storicamente testata principalmente sulla popolazione maschile e non ci sono evidenze del fatto che abbia un effetto protettivo significativo anche per le donne¹⁹. Questa tendenza si manifesta anche nel settore dei dispositivi medici: uno studio recente²⁰ ha messo in evidenza come la maggior parte dei dispositivi medici sia progettata per essere utilizzata da uomini e sia testata in prevalenza su soggetti di sesso maschile. Tra gli esempi forniti vi sono prodotti invasivi come i dispositivi cardiaci e le maglie chirurgiche, ma anche dispositivi di uso comune come gli inalatori e le mascherine facciali. Un caso emblematico è quello delle protesi d'anca²¹: gli studi sulle prestazioni delle protesi d'anca nelle donne confermano la maggiore sensibilità dell'organismo femminile ai materiali estranei (in particolare ai metalli) e mostrano come diversi fattori – non solo biologici e anatomici, ma anche sociali²² – possano influenzare il corretto funzionamento del dispositivo e debbano essere presi in considerazione per prevenire effetti avversi specifici di genere. Tuttavia, proprio la mancanza di attenzione verso le peculiarità femminili nella progettazione e nei *trials* clinici spiega i tassi più elevati di lussazione e di complicazioni legate all'usura nelle donne con protesi d'anca cosiddette metallo su metallo rispetto agli uomini.

Il disallineamento tra la *target population* di un prodotto farmaceutico e i soggetti coinvolti nelle sperimentazioni è particolarmente evidente anche nel caso degli anziani. Un esempio recente significativo è rappresentato dalle sperimentazioni relative al vaccino contro il COVID-19, in cui solo l'1,7% dei soggetti partecipanti superava i 75 anni, sebbene questa categoria sia stata quella maggiormente esposta ai rischi più seri del virus, nonché quella che per prima ha beneficiato della somministrazione del vaccino²³. Ed ancora, i pazienti di età superiore ai 70 anni rappresentano il 42% della popolazione oncologica, ma sono ancora largamente sottorappresentati nei *trials*: la *US Food & Drug Administration* (FDA)

¹⁸ Per una panoramica, Comitato Nazionale per la Bioetica, *La sperimentazione farmacologica sulle donne*, 2008, al cui apparato bibliografico si rinvia.

¹⁹ V. REGITZ-ZAGROSEK, *Therapeutic implications of the gender-specific aspects of cardiovascular disease*, in *Nature Reviews Drug Discovery*, 5, 2006, 425 ss.; P. M. RIDKER, N. R. COOK, I. M. LEE, *A Randomized Trial of Low-Dose Aspirin in the Primary Prevention of Cardiovascular Disease in Women*, in *The New England Journal of Medicine*, 352, 2005, 1293 ss.; F. FRANCONI, I. CAMPESI, *Farmacologia di Genere*, in *Bollettino_Sifo*, 3, 2011, 157 ss.

²⁰ I. CAMPESI, F. FRANCONI, P. A. SERRA, *The Appropriateness of Medical Devices Is Strongly Influenced by Sex and Gender*, in *Life*, 14, 2024, 234 ss.

²¹ K. HUTCHISON, *Gender Bias in Medical Implant Design and Use: A Type of Moral Aggregation Problem?*, in *Hypatia*, 34(3), 2019, 570 ss.

²² Per esempio, i cicli ormonali e la gravidanza possono influenzare la stabilità dell'articolazione nelle donne ed ancora, l'andatura – che da sola spesso permette di determinare il sesso di chi cammina – dipende da fattori che possono essere rilevanti dal punto di vista del genere (biomeccanica, calzature e attività fisiche di *routine*). Altre attività non prese in considerazione negli studi clinici sulle protesi d'anca che aumentano il rischio di lussazione nelle donne rispetto agli uomini sono i rapporti sessuali e il passaggio dalla posizione seduta a quella eretta: gli studi hanno dimostrato che l'articolazione dell'anca delle donne ha una maggiore gamma di movimenti nelle posizioni sessuali rispetto a quella degli uomini e ciò significa che le protesi d'anca femminili sono spesso soggette a una maggiore pressione durante l'attività sessuale, che può portare a un'usura più rapida. Questi aspetti sono messi in evidenza da K. HUTCHISON, *op. cit.*

²³ N. VERONESE, M. PETROVIC, A. BENETOS, *Underrepresentation of older adults in clinical trials on COVID-19 vaccines: A systematic review*, in *Ageing Research Reviews*, 71, 2021.

attesta la loro partecipazione intorno al 24%²⁴. La partecipazione degli anziani agli studi clinici è bassa anche nelle ricerche sul morbo di Alzheimer, sull'artrite, sull'epilessia, sull'incontinenza, e sulle malattie cardiovascolari, tutte patologie che colpiscono in misura prevalente proprio la popolazione anziana²⁵. Queste carenze possono incidere fortemente sulla validità esterna e sulla generalizzabilità dei risultati²⁶, con il rischio di creare dati insufficienti e inaffidabili sull'efficacia e sugli effetti avversi del prodotto, quando questo sia utilizzato non nelle condizioni ideali dell'ambiente sperimentale, ma nel contesto concreto della pratica clinica, ovvero presso la popolazione che nella realtà consuma il farmaco o usa il dispositivo medico.

La portata del fenomeno della sottorappresentazione delle minoranze etniche è per certi versi ancora poco percepita ed esplorata in Europa: sono pochissime, infatti, le sperimentazioni cliniche che forniscono dati relativi all'origine etnica dei partecipanti e che segnalano gli effetti avversi specifici riguardanti quei soggetti che presentino determinate caratteristiche fisiche associate alla loro provenienza etnica²⁷. Tuttavia, alcuni studi condotti negli Stati Uniti mostrano bene la gravità degli effetti che l'esclusione comporta: per esempio, le donne nere hanno un tasso di mortalità per cancro al seno superiore del 40% rispetto alle donne bianche, ma negli studi clinici che hanno portato all'approvazione di farmaci antitumorali da parte della FDA tra il 2008 e il 2018 hanno rappresentato il 3% dei partecipanti²⁸. Analogamente, gli uomini neri hanno un tasso di incidenza superiore del 76% e un tasso di mortalità per cancro alla prostata superiore del 120% rispetto agli uomini bianchi, eppure più del 96% dei partecipanti arruolati in questi studi sono bianchi²⁹; ed ancora, sebbene le persone nere e ispaniche abbiano una maggiore probabilità delle persone bianche di ricevere una diagnosi di retinopatia diabetica o di diventare cieche, sono proporzionalmente sottorappresentate negli studi sull'edema maculare diabetico³⁰.

Alla luce di questa breve panoramica, è quindi possibile affermare che le sperimentazioni cliniche di farmaci e di dispositivi medici dovrebbero essere quanto più possibile inclusive: maggiore è la varietà

²⁴ M.S. SEDRAK, R.A. FREEDMAN, H.J. COHEN ET AL., *Cancer and Aging Research Group (CARG). Older adult participation in cancer clinical trials: A systematic review of barriers and interventions*, in *A Cancer Journal for Clinicians*, 71(1), 2021, 78 ss.

²⁵ A.P. HERRERA, S.A. SNIPES SA, D.W. KING, *Disparate inclusion of older adults in clinical trials: priorities and opportunities for policy and practice change*, in *American Journal of Clinical Pathology*, 2010, 105 ss.

²⁶ P.M. ROTHWELL, *External validity of randomised controlled trials: "to whom do the results of this trial apply?"*, in *Lancet*, 365, 2005, 82 ss.; C.M. BOYD, J. DARER, C. BOULT, L.P. FRIED, L. BOULT, A.W. WU, *Clinical practice guidelines and quality of care for older patients with multiple comorbid diseases: implications for pay for performance*, in *JAMA*, 294, 2005, 716 ss.

²⁷ N.F. PUTTICK, S. VANDERSLOTT, R.TANNER, *op. cit.*

²⁸ Per questi dati si veda www.nevadacancercoalition.org/blog/clinical-trials-resource-connects-black-women-breast-cancer-trials (ultima consultazione 27/09/2024). In argomento, N. DUMA, J. VERA AGUILERA, J. PALUDO ET AL., *Representation of Minorities and Women in Oncology Clinical Trials: Review of the Past 14 Years*, in *Journal of Oncology Practice*, 14, 1, 2018, 1 ss.; K.A. RIGGAN, A. ROUSSEAU, M. HALYARD, *"There's not enough studies": Views of black breast and ovarian cancer patients on research participation*, in *Cancer Medicine*, 12, 7, 2023, 1 ss.; J. ALDRICH, P. EKPO, M. RUPJI ET AL., *Racial Disparities in Clinical Outcomes on Investigator-Initiated Breast Cancer Clinical Trials at an Urban Medical Center*, in *Clinical Breast Cancer*, 23, 1, 2023, 38 ss.

²⁹ E. M. RENCOSK, L.A. BAZZI, R.R. MCKAY ET. AL., *Diversity of Enrollment in Prostate Cancer Clinical Trials: Current Status and Future Directions*, in *Cancer Epidemiology, Biomarkers & Prevention*, 29, 7, 2020, 1374 ss.

³⁰ A.J. YU, M. MASALKHI, R. BROWN, B. CHEN, J. CHHABLANI, *Racial and Ethnic Distribution in Diabetic Macular Edema Clinical Trials in the United States (2002-2021)*, in *Ophthalmol Retina*, 71, 12, 2023, 1035 ss.

– etnica, di età, di sesso, di provenienza socio-economica, di stile di vita – del campione dei soggetti che partecipano alla sperimentazione clinica, maggiore sarà la validità statistica dei risultati e, dunque, maggiore sarà l'affidabilità del prodotto finale, sia in relazione alla sua efficacia terapeutica, sia in relazione all'individuazione dei possibili effetti collaterali negativi. Inoltre, è fondamentale che i partecipanti alle sperimentazioni cliniche siano un campione sufficientemente rappresentativo dei pazienti a cui tali trattamenti saranno successivamente somministrati. Proprio la scarsa rappresentatività dei pazienti inseriti nelle sperimentazioni cliniche rispetto alla *target population* del farmaco o del dispositivo è considerata uno dei fattori centrali che determinano la differenza tra l'efficacia ottimale di un intervento (*efficacy*), misurata nelle condizioni artificiali e controllate che si creano nella sperimentazione clinica, e i suoi effetti sulle popolazioni alle quali è destinato (*effectiveness*)³¹. Un farmaco o un dispositivo medico potrebbero quindi dimostrarsi particolarmente efficaci nei *trials* clinici, ma risultare poi scarsamente efficaci una volta immessi sul mercato: l'inadeguata eterogeneità della popolazione sulla quale è svolta la sperimentazione comporta così il trasferimento degli effetti negativi della discriminazione di fatto messa in atto dal contesto della sperimentazione a quello della pratica clinica.

3. L'assenza di una prospettiva di inclusione nella disciplina europea sulle sperimentazioni cliniche

Dopo aver identificato per sommi capi le ragioni storicamente addotte per giustificare la sottorappresentazione di determinati gruppi nei contesti di ricerca e le conseguenze discriminatorie che questo comporta nella cura di larghe fasce della popolazione, occorre ora interrogarsi sull'adeguatezza del quadro normativo in materia nel prevenire la diffusione di protocolli sperimentali escludenti.

In linea generale, deve essere in prima approssimazione ribadito che sia il Regolamento 536/2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, sia il Regolamento 745/2017 relativo ai dispositivi medici, affrontano la questione della partecipazione ai *trials* clinici esclusivamente nell'ottica della protezione dal (e nel) contesto sperimentale. Tuttavia, questa visione, pur essendo fondamentale, risulta insufficiente poiché lascia in ombra la prospettiva partecipativa, proiettata verso la tutela dell'interesse di ogni soggetto ad un adeguato livello di rappresentatività nelle sperimentazioni della popolazione clinica cui appartiene.

Entrando nel merito del dato normativo, il legislatore detta delle prescrizioni generali in materia di partecipazione ai *trials* clinici, le quali possono essere sintetizzate come segue: il principio del consenso informato ispira l'intera materia della partecipazione (art. 29 Reg. 536/2014; art. 63 Reg. 745/2017) e, al suo fianco, sono stabilite delle particolari cautele per gli sponsor quando le sperimentazioni sono condotte su soggetti vulnerabili (artt. 31-33 Reg. 536/2014; artt. 64-66 Reg. 745/2017). I Regolamenti non forniscono una definizione esplicita di vulnerabilità, ma è possibile inferire il nucleo del concetto da quelle disposizioni che predispongono regole procedurali *ad hoc* a tutela dei soggetti incapaci, dei

³¹ L'*efficacy* è dunque l'efficacia di un intervento sanitario che raggiunge un certo obiettivo o produce l'effetto che si desidera in condizioni sperimentali; l'*effectiveness* è il risultato che lo stesso intervento produce effettivamente, concretamente, in condizioni di normale attività. In argomento si veda G. GARTLEHNER, R.A. HANSEN, D. NISSMAN ET AL., *Criteria for Distinguishing Effectiveness From Efficacy Trials in Systematic Reviews*, Agency for Healthcare Research and Quality, Rockville, 2006.

minori e delle donne in gravidanza o allattamento: tale concetto si riferisce a quelle situazioni in cui sussiste una difficoltà a fornire il consenso informato o in cui esiste un elevato livello di esposizione al rischio di danni alla salute³².

Oltre a queste disposizioni, non sono rinvenibili altre norme specificatamente dedicate alla questione della partecipazione ai *trials*, tantomeno nell'ottica dell'inclusività qui esplorata. Sul punto è però necessaria una precisazione: le stesse regole generali che governano la materia delle sperimentazioni possono costituire, in astratto, una base normativa rilevante per sostenere che i protocolli debbano essere maggiormente inclusivi. Non è possibile, infatti, verificare che in condizioni normali d'uso un dispositivo medico fornisca le prestazioni previste specificate dal fabbricante, né verificare i benefici clinici, la sicurezza e gli eventuali effetti collaterali indesiderati (art. 62, Reg. 745/2017) qualora la sperimentazione non avvenga su un campione statisticamente significativo di soggetti che presentino le caratteristiche di genere, età ed etnia proprie della popolazione che lo utilizzerà; allo stesso modo, qualora la sperimentazione di un farmaco si svolga in assenza delle condizioni da ultimo menzionate, risulterà difficile ottenere dati affidabili e robusti (art. 3, Reg. 536/2014). Ciononostante, come si è cercato di dimostrare nel paragrafo precedente, l'assenza di disposizioni normative vincolanti che prevedano in modo esplicito stringenti obblighi di inclusione si traduce di fatto nella perpetuazione di pregiudizi e discriminazioni di genere, di età e razziali. In questo contesto, meritano in ogni caso di

³² Può essere utile riassumere brevemente queste regole procedurali. In particolare, è possibile condurre una sperimentazione clinica su soggetti incapaci e minori solo se: a) è stato ottenuto il consenso informato del loro rappresentante legalmente designato; b) i soggetti incapaci hanno ricevuto le informazioni aventi ad oggetto le caratteristiche, i benefici e i rischi della sperimentazione in maniera adeguata alla loro capacità di comprenderle; c) lo sperimentatore rispetta il desiderio esplicito di un soggetto incapace in grado di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni ricevute, al fine di rifiutare la partecipazione o ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento; d) non sono riconosciuti incentivi o benefici finanziari ai soggetti o ai loro rappresentanti legalmente designati, a eccezione di un'indennità compensativa per le spese e i mancati guadagni direttamente connessi con la partecipazione alla sperimentazione clinica; e) la sperimentazione clinica è eseguita su tali soggetti non essendo possibile ottenere dati di validità analoga da sperimentazioni cliniche su persone in grado di fornire il proprio consenso informato o con altri metodi di ricerca; f) la sperimentazione clinica è direttamente associata a una condizione clinica da cui il soggetto è affetto; g) vi sono motivi scientifici per ritenere che la partecipazione alla sperimentazione clinica rechi: i) al soggetto incapace un beneficio diretto superiore ai rischi e agli oneri associati; oppure ii) alla popolazione rappresentata dai soggetti incapaci interessati, determinati benefici. Parallelamente, è possibile condurre una sperimentazione clinica su donne in gravidanza o allattamento esclusivamente se sono soddisfatte anche le seguenti condizioni: a) la sperimentazione clinica può potenzialmente recare alla donna in gravidanza o allattamento interessata, o all'embrione, al feto o al neonato, benefici diretti superiori ai rischi e agli oneri associati, oppure b) se la sperimentazione clinica non reca alcun beneficio diretto alla donna in gravidanza o allattamento interessata, o all'embrione, al feto o al neonato, la sua conduzione è consentita solo se: i) una sperimentazione clinica di efficacia comparabile non può essere condotta su donne che non siano in gravidanza o allattamento; ii) la sperimentazione clinica contribuisce al conseguimento di risultati in grado di recare beneficio alle donne in gravidanza o allattamento o ad altre donne in relazione alla riproduzione o ad altri embrioni, feti o neonati, nonché iii) la sperimentazione clinica pone un rischio e un onere minimi per la donna in gravidanza o allattamento interessata, per l'embrione, il feto o il neonato; c) qualora la ricerca sia condotta su donne in allattamento, è prestata particolare attenzione ad evitare qualsiasi impatto negativo sulla salute del bambino; e d) non sono riconosciuti incentivi o benefici finanziari al soggetto, ad eccezione di un'indennità compensativa per le spese e i mancati guadagni direttamente connessi con la partecipazione alla sperimentazione clinica. Sia nel caso dei soggetti incapaci e dei minori, sia nel caso delle donne in gravidanza o allattamento, restano in ogni caso salve le prescrizioni generali in materia di sperimentazioni cliniche (art. 62 Reg. 745/2017 e art. 28 Reg. 563/2014), cui si aggiungono le regole procedurali appena descritte.

essere valorizzati alcuni riferimenti contenuti nei Regolamenti che, sebbene marginali nell'economia complessiva dell'atto normativo, rivestono una particolare importanza ai fini della presente trattazione, in quanto mostrano una timida apertura verso la considerazione degli aspetti connessi al tema dell'inclusività³³. In particolare, il Considerando 14 del Regolamento 536/2014 precisa che «Salvo diversa disposizione motivata nel protocollo, i soggetti che partecipano a una sperimentazione clinica dovrebbero essere rappresentativi dei gruppi della popolazione, ad esempio i gruppi per sesso ed età, che siano tra i possibili utilizzatori del medicinale oggetto della sperimentazione clinica»³⁴; l'Allegato I dello stesso Regolamento, che ha ad oggetto il fascicolo di domanda che il promotore di una sperimentazione deve presentare per ottenere l'autorizzazione a condurre la sperimentazione, stabilisce alla sezione D, paragrafo 17, che il protocollo di sperimentazione deve includere, tra gli altri elementi, «v) una descrizione dei criteri per l'inclusione e l'esclusione dei soggetti, compresi i criteri per ritirare singoli soggetti dal trattamento o dalla sperimentazione clinica»³⁵ e altresì «y) una giustificazione della scelta del genere e dell'età dei soggetti e, nel caso in cui un determinato gruppo di genere o di età sia escluso dalle sperimentazioni cliniche o vi risulti sottorappresentato, una spiegazione dei motivi e una giustificazione dei criteri di esclusione»³⁶. Anche il modulo di domanda di indagini cliniche per i dispositivi medici deve contenere la «sintesi del piano di indagine clinica indicante l'obiettivo o gli obiettivi dell'indagine clinica, il numero e il sesso dei soggetti, i criteri di selezione dei soggetti» (Allegato XV, Capo II, comma 1.11, Reg. 745/2017)³⁷.

L'approccio *protettivo* – si potrebbe dire, quindi, non *proattivo* – adottato dai Regolamenti è comune a tutti gli atti normativi che a livello nazionale, europeo e internazionale hanno nel tempo disciplinato la materia delle sperimentazioni cliniche. Esso è culturalmente radicato in principi bioetici fondamentali elaborati, come noto, a partire dalla sentenza di Norimberga (il cosiddetto Codice di Norimberga)³⁸ e poi confluiti e precisati nella Dichiarazione di Helsinki, adottata nel 1964 e il cui ultimo emendamento risale all'ottobre 2013. Posto che i progressi della medicina non possono prescindere dalle sperimentazioni condotte sugli esseri umani, è necessario che i protocolli rispettino il diritto alla vita, alla salute

³³ *Infra* § 4.

³⁴ Un'esplicita menzione al concetto di rappresentatività si trova anche nel testo normativo vero e proprio, all'art. 6, secondo cui «Lo Stato membro relatore valuta la domanda di autorizzazione con riferimento ai seguenti aspetti:[...] b) conformità al capo V per quanto riguarda: i) i benefici terapeutici e per la salute pubblica previsti, tenendo conto di tutti gli aspetti seguenti: [...] — la rilevanza della sperimentazione clinica, anche per quanto riguarda la rappresentatività dei gruppi di soggetti partecipanti alla sperimentazione clinica rispetto alla popolazione destinataria del trattamento o, in caso contrario, una spiegazione e motivazione ai sensi dell'allegato I, paragrafo 17, lettera y), del presente regolamento».

³⁵ Il protocollo di sperimentazione deve includere anche «x) una giustificazione dell'inclusione di soggetti incapaci di fornire il loro consenso informato o di altre popolazioni particolari, come i minori».

³⁶ Notano questi aspetti in una prospettiva di genere M. FASAN, C.M. REALE, *Genere e sperimentazioni cliniche: il Regolamento (UE) n. 536/2014, un'occasione mancata?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2022, 251 ss. Nella previgente Direttiva 2001/20/CE sulla sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano, infatti, non erano contenuti questi riferimenti alla rappresentatività, al sesso e all'età dei partecipanti, né ai criteri di inclusione ed esclusione delle sperimentazioni.

³⁷ Nella previgente Direttiva 93/42/CEE relativa ai dispositivi medici, non vi erano riferimenti specifici al sesso dei soggetti partecipanti alle indagini cliniche né ai criteri di selezione dei partecipanti.

³⁸ Con questa sentenza, il 19 agosto 1947, il tribunale militare americano condannò 23 medici nazisti per le torture e le aberranti sperimentazioni condotte sulle persone nei campi di concentramento.

e alla dignità dei partecipanti. Sul piano procedurale, questo si traduce, *ex multis*, nell'affermazione del principio del consenso informato, nella necessità di una validazione dei protocolli da parte di comitati etici indipendenti e nella predisposizione di misure di protezione per coloro che, a causa di alcune condizioni fisiche e/o mentali, siano indeboliti nella propria capacità di fornire un consenso informato o siano esposti a particolari rischi per la propria salute: devono essere collocate precisamente in questo contesto normativo e culturale le disposizioni di cui agli artt. 28 – 35 del Regolamento 536/2014 e di cui agli artt. 62 – 69 del Regolamento 745/2017.

L'attuale approccio normativo al tema della partecipazione alle sperimentazioni si fonda, dunque, su ragioni bioetiche forti, consistenti e ben radicate. Tuttavia, proprio alla luce dell'evoluzione della riflessione bioetica, che necessariamente influenza il discorso giuridico in materia, è stato notato che un tale approccio – se non integrato – può essere foriero di due principali criticità, connesse tra loro secondo una relazione di complementarità. Da un lato, la predominante concezione della tutela della salute dei pazienti nelle sperimentazioni come *protezione dalle* sperimentazioni tende a trascurare quelle questioni connesse alla *partecipazione alle* sperimentazioni come strumento per una più pervasiva attuazione del diritto alla salute delle popolazioni cliniche coinvolte³⁹. Dall'altro lato, le garanzie procedurali attualmente previste intervengono a tutela di alcune particolari categorie di soggetti storicamente qualificati come vulnerabili (incapaci, minori, donne in gravidanza, etc.), senza prendere in considerazione altre situazioni di vulnerabilità che, anche se non legate a condizioni psico-fisiche, sono in concreto capaci di compromettere l'espressione del consenso libero e informato, al pari di quelle già considerate dalle norme (si pensi, per esempio, al caso delle diversità linguistiche e culturali con riferimento alla partecipazione delle minoranze etniche)⁴⁰. In altre parole, l'adozione di un approccio quasi esclusivamente protettivo conduce in primo luogo a trascurare un elemento decisivo che concorre alla stessa esistenza di una situazione di vulnerabilità, ovvero la possibilità di accesso alla sperimentazione, in un perfetto circolo vizioso che pone così una questione di equa selezione dei soggetti su cui condurre la sperimentazione. In secondo luogo, il sistema di tutela così delineato sembra poco sensibile alla varietà delle situazioni critiche in cui i pazienti possono trovarsi: tale sistema si concentra in modo preponderante sulla mancanza di capacità di dare il proprio consenso, rendendo invisibili per la ricerca altri tipi di vulnerabilità rilevanti, relative, per esempio, al timore di un maggiore rischio di sfruttamento⁴¹.

Si ritiene, pertanto, che la scienza giuridica sia chiamata a dare il proprio contributo operando su entrambe le direttrici appena delineate, al fine di suggerire quegli accorgimenti interpretativi e quegli aggiustamenti normativi che si rendano necessari per soddisfare l'interesse pubblico a sperimentazioni inclusive, funzionali alla commercializzazione di prodotti farmaceutici e dispositivi medici più efficaci e sicuri per tutti, nonché per riconoscere e integrare nell'ordinamento quelle situazioni di vulnerabilità

³⁹ S. SUBRAMANIAPILLAI, L. A.M. GALEA, G. EINSTEIN, A.M. G. DE LANGE, *op. cit.*

⁴⁰ K. KIPNIS, *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, in *Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participants*, National Bioethics Advisory Commission, Vol. II, Rockville, 2001.

⁴¹ F. MACIOCE, *Informed Consent Procedures Between Autonomy and Trust*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2019, 23 ss.; LA. PALAZZANI, F. MACIOCE, M. DAVERIO, L. PERSAMPIERI, V. FERRO, *New Strategies for Increasing Participation of Patients from Diverse Cultural and Religious Backgrounds in Clinical Trials*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2019, 101 ss.

attualmente prive di tutela legislativa ma che, non meno di quelle già contemplate, possono pregiudicare la manifestazione di un consenso libero e informato alla sperimentazione.

4. Per una maggiore inclusività nelle sperimentazioni cliniche: alcune proposte...

Il quadro normativo attuale, dunque, non pone tra i propri obiettivi quello di garantire un ampio coinvolgimento delle diverse popolazioni cliniche nelle sperimentazioni. Una chiara direzione regolatoria in questo senso potrebbe emergere solamente innescando un mutamento di paradigma in materia di accesso alle sperimentazioni: sarebbe necessaria, in altre parole, una revisione della disciplina in materia. Si tratta, tuttavia, di una soluzione che sembra difficilmente percorribile nel breve periodo: il Regolamento 536/2014 e il Regolamento 745/2017, infatti, sono entrati in vigore da poco, rispettivamente il 31 gennaio 2014 e il 26 maggio 2017. Questi atti normativi, dunque, sembrano costituire un'occasione mancata per provare ad affrontare la questione della sottorappresentazione di alcune popolazioni cliniche nei contesti di ricerca⁴².

Ciò chiarito, si ritiene che sia in ogni caso utile avviare uno sforzo di ricerca che si snodi in una prospettiva *de iure condendo*, anche al fine di mettere meglio in evidenza le criticità dei Regolamenti oggetto di analisi. In questo senso, un buon punto di partenza può essere rinvenuto in quelle disposizioni che, seppur timidamente, introducono per la prima volta nel discorso giuridico sulle sperimentazioni concetti che interessano la rappresentatività e l'inclusività dei protocolli: il riferimento è ai già citati Considerando 14 e Allegato I del Reg. 536/2014 e Allegato XV del Reg. 745/2017. La revisione normativa che in questa sede si auspica dovrebbe intervenire in un'ottica di *enforcement* precisamente sugli aspetti presi in considerazione da queste disposizioni, ovvero sulla corrispondenza tra popolazione sperimentale e popolazione *target* e sulla motivazione circa l'esclusione o la sottorappresentazione di determinati gruppi di soggetti nelle sperimentazioni cliniche. Per garantire una più equa selezione dei partecipanti, sarebbe opportuno prevedere l'obbligo di indicare nel protocollo allegato al fascicolo contenente la domanda di sperimentazione clinica le ragioni specifiche che eventualmente determinano il disallineamento tra la popolazione destinataria del prodotto e la popolazione da testare, nonché le ragioni che, una volta individuata la popolazione destinataria del farmaco, giustificano all'interno di questa la sottorappresentazione di determinati gruppi. In questa logica, la mancata indicazione o un'indicazione ritenuta non adeguata delle ragioni a sostegno di queste incongruità dovrebbe considerarsi causa di incompletezza del fascicolo e avere come conseguenza – come avviene con i requisiti attualmente indicati dall'Allegato I Reg. 536/2014 e dall'Allegato XV Reg. 745/2017 – una richiesta di osservazioni e/o integrazioni allo sponsor che, se non soddisfatta, determina la decadenza della domanda di autorizzazione (art. 5, comma 5, Reg. 536/2014; art. 70, comma 3, Reg. 745/2017).

Il quadro normativo esistente, inoltre, non prevede l'obbligo di disaggregare e analizzare i dati raccolti nella fase di *follow-up* della sperimentazione e in quella di sorveglianza *post-marketing* sulla base di parametri quali il sesso, il genere, l'età, la provenienza etnica, etc.: questo aumenta il rischio che eventuali reazioni avverse specifiche causate da farmaci e dispositivi in soggetti che condividano determinate caratteristiche cliniche rimangano ignote. In questo senso, la revisione normativa che in questa sede si auspica dovrebbe intervenire in primo luogo sulle disposizioni relative alla redazione dei

⁴² Notano questo aspetto, con riferimento al Regolamento 536/2014, M. FASAN, C.M. REALE, *op. cit.*

protocolli sperimentali (Allegato I, comma 20, Reg. 536/2014; Allegato XV, comma 3.15, Reg. 745/2017): in particolare, sarebbe opportuno prevedere che l'analisi disaggregata dei dati sugli effetti avversi sia descritta nei protocolli per il *follow-up* dei prodotti, in modo tale da poter meglio individuare i diversi fattori che influenzano l'azione di un farmaco o di un dispositivo medico. In secondo luogo, obblighi simili dovrebbero essere imposti ai produttori anche con riferimento al *design* dei sistemi di sorveglianza post-commercializzazione da istituire ai sensi del Regolamento 726/2004⁴³ per i farmaci e dell'articolo 83 e seguenti del Regolamento 745/2017 per i dispositivi medici. L'introduzione di questi accorgimenti consentirebbe di correlare in modo più efficace gli eventi avversi riscontrati durante le fasi di sperimentazione e commercializzazione alle caratteristiche delle diverse popolazioni cliniche coinvolte, con un impatto positivo sulla tutela della salute di quei soggetti attualmente invisibili nel contesto della ricerca scientifica, rispetto ai quali non solo i dati spesso non sono analizzati in maniera disaggregata, ma in molti casi neppure raccolti (è questa, in Europa, la tendenza riscontrabile con riferimento ai dati dei soggetti partecipanti alle sperimentazioni appartenenti a minoranze etniche⁴⁴). Allo stesso tempo, questi obblighi non risulterebbero eccessivamente gravosi, con un effetto paralizzante sull'innovazione, in quanto si andrebbero ad innestare su processi già noti e familiari ai produttori (quelli, appunto, concernenti in senso lato la sorveglianza dei prodotti), indirizzandone i risultati in una diversa prospettiva, quella intersezionale.

Chiarito così che la piena attuazione di una prospettiva inclusiva in chiave intersezionale nel settore delle sperimentazioni cliniche passa inevitabilmente da una presa di coscienza politica della portata del problema e che potrebbe in concreto realizzarsi mediante una revisione puntuale di alcune disposizioni attualmente vigenti, si ritiene che, anche a cornice giuridica invariata, siano percorribili alcune strade per attenuare almeno in parte le criticità rilevate. In particolare, l'adozione di linee guida e l'utilizzo di altri strumenti di *soft law* potrebbero favorire lo sviluppo di una più intensa sensibilità in tutti gli *stakeholders* rispetto all'assetto potenzialmente discriminatorio dei protocolli sperimentali. Uno degli aspetti principali su cui questi strumenti dovrebbero intervenire è stato individuato da più parti nella composizione degli organi coinvolti nel processo di sviluppo e approvazione di farmaci e dispositivi medici: ci si riferisce, in particolare, ai *team* di ricerca e ai comitati etici. In una prospettiva esclusivamente *gender-sensitive*, il Comitato Nazionale per la Bioetica aveva fornito a questo proposito degli spunti interessanti in un'Opinione del 2008 sulla Sperimentazione Farmacologica sulle Donne: riscontrata una generale sottorappresentazione nell'arruolamento delle donne e rilevate importanti carenze nell'analisi differenziata dei dati per sesso, tra le possibili soluzioni per favorire lo sviluppo di una farmacologia non neutrale, il Comitato raccomandava di «assicurare una maggiore presenza delle donne

⁴³ Regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'Agenzia europea per i medicinali (GU L 136 del 30/4/2004, p. 1-33). Accorgimenti simili non sono rinvenibili neanche nella recente Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce le procedure dell'Unione per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano, definisce le norme che disciplinano l'Agenzia europea per i medicinali, modifica i regolamenti (CE) n. 1394/2007 e (UE) n. 536/2014 e abroga i regolamenti (CE) n. 726/2004, (CE) n. 141/2000 e (CE) n. 1901/2006.

⁴⁴ In questo caso, infatti, non si pone solo un problema di disaggregazione dei dati ma, ancora più a monte, una questione di raccolta, dal momento che nei documenti sulle sperimentazioni cliniche spesso non è resa esplicita la provenienza etnica dei soggetti partecipanti. Sul punto, si veda N.F. PUTTICK, S. VANDERSLOTT, R. TANNER, *op. cit.*

come sperimentatrici e come componenti dei Comitati etici per una partecipazione attiva delle donne (non solo ricercatrici, ma anche rappresentanti di associazioni di pazienti) alla elaborazione dei procedimenti per i protocolli e per il relativo consenso informato; promuovere una maggiore attenzione da parte dei Comitati etici alla differenza di sesso nei protocolli di ricerca⁴⁵; incentivare una formazione sanitaria attenta alla dimensione femminile nell'ambito della sperimentazione farmacologica, oltre che della ricerca e della cura⁴⁶. Alla luce della evidenziata trasversalità entro cui si manifestano i *bias* e le discriminazioni nei protocolli sperimentali, queste raccomandazioni, se interpretate attraverso la lente dell'intersezionalità, potrebbero contribuire a mitigare le criticità dell'attuale quadro normativo. Ed infatti, una composizione più diversificata dei comitati etici e dei *team* di ricerca per età, genere e origine etnica dei membri, permetterebbe di ridurre gli episodi di discriminazione che colpiscono le popolazioni cliniche non destinatarie di una specifica tutela e, dunque, invisibili non solo per la ricerca, ma anche per il diritto⁴⁷. Allo stesso tempo, una maggiore varietà nella composizione degli organismi coinvolti avrebbe un effetto positivo anche sull'analisi dei risultati, in quanto innescherebbe una più marcata attenzione ai profili di differenziazione degli effetti di un prodotto che siano specifici rispetto a quelle popolazioni cliniche a cui appartengono quegli stessi soggetti che conducono l'analisi. Si tratta, peraltro, di una soluzione che, con specifico riferimento ai comitati etici, trova già riscontro nell'ordinamento interno: il Decreto del Ministero della Salute 30 gennaio 2023⁴⁸ prevede che tra i componenti dei comitati etici ci sia necessariamente anche «un rappresentante delle associazioni di pazienti o di cittadini impegnati sui temi della salute». La vocazione partecipativa espressa da questo requisito ben potrebbe essere declinata in ottica intersezionale, riconoscendo che i pazienti a cui fa riferimento la norma non costituiscono un tutto organico, ma, al contrario, presentano diversità biologiche e sociali che devono essere considerate nella delineazione dei sistemi di tutela dei loro diritti, sia in sede di sperimentazione, sia nell'utilizzazione del farmaco o del dispositivo: poter esprimere nel comitato etico

⁴⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La sperimentazione farmacologica sulle donne*, 2008, 14: «Un aspetto importante per la tutela delle donne nella sperimentazione è la partecipazione delle donne non solo come “oggetto” della sperimentazione (ossia individuo reclutato nella sperimentazione), ma anche come “soggetto” della sperimentazione, nel senso di soggetto attivo che è presente nelle équipes mediche che progettano e definiscono l'iter della sperimentazione e nei comitati etici che valutano i protocolli di sperimentazione. La presenza delle donne potrebbe contribuire ad un'attenzione nei confronti della rilevanza femminile nella partecipazione alla sperimentazione e potrebbe consentire una maggiore sensibilità rispetto alle esigenze femminili, sul piano psicologico e sociale».

⁴⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La sperimentazione farmacologica sulle donne*, 19.

⁴⁷ *Supra* § 3. Con riferimento alla sola prospettiva di genere, deve essere sottolineato che questa sembra essere la strada intrapresa dal Ministero della Salute, il quale nel *Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere (in attuazione dell'articolo 3, comma 1, Legge 3/2018)* ha raccomandato che a livello regionale sia promossa la definizione di obiettivi per aziende sanitarie e IRCCS che prevedano «- istituzione di un gruppo di coordinamento per la Medicina di Genere a valenza aziendale con la partecipazione di un esperto di Medicina di Genere (come sopra delineato). Il gruppo dovrà redigere annualmente una relazione riassuntiva sulle attività orientate al genere contenente indicatori di processo e di esito; - inserimento di un esperto di Medicina di Genere nei comitati scientifici aziendali, collegi dei sanitari, comitati etici, prontuari terapeutici ospedalieri, commissioni». Nella prospettiva qui adottata, sarebbe da guardare con favore l'inserimento di esperti di studi intersezionali in ambito medico nei comitati etici, nei collegi sanitari, nei *team* di ricerca.

⁴⁸ Decreto del Ministero della Salute 30 gennaio 2023, *Definizione dei criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici territoriali* (23A00853) (GU n.31 del 7-2-2023).

dei propri rappresentanti – e, dunque, non un solo rappresentante per tutti i pazienti – agevolerebbe certamente l'emersione e la valorizzazione dei diversi bisogni e delle diverse esigenze⁴⁹.

5. ... E una suggestione: quali spazi per un'ipotesi di responsabilità civile in caso di danni ai pazienti appartenenti a popolazioni cliniche escluse dalle sperimentazioni?

Una volta delineate alcune soluzioni che potrebbero favorire *ex ante* una maggiore inclusione nelle sperimentazioni cliniche, ci si chiede quali siano le forme di tutela attualmente a disposizione di un paziente che, a seguito dell'assunzione di un farmaco o dell'utilizzo di un dispositivo medico, riscontri degli effetti avversi e/o una ridotta efficacia del prodotto, i quali si manifestino in modo specifico tra i soggetti appartenenti alla sua stessa popolazione clinica, sottorappresentata nelle sperimentazioni di quel prodotto. La prospettiva che si intende da ultimo indagare a mo' di suggestione è, quindi, quella rimediale *ex post*: l'obiettivo è quello di comprendere se e in che limiti una reazione avversa che si verifichi con una certa costanza limitatamente ad una determinata popolazione clinica possa essere valorizzata in ottica risarcitoria quando correlata ad un protocollo clinico che sia nello specifico escludente verso quella particolare popolazione. La questione risulta pressoché inesplorata nella dottrina giuridica europea, mentre esistono alcuni studi risalenti agli anni Novanta nella letteratura giuridica statunitense che hanno esaminato in una prospettiva di genere l'ammissibilità di un'ipotesi di responsabilità civile per "esclusione". Tale fattispecie sarebbe integrata «*when a woman takes a drug or treatment that was not tested on women but proves to be more dangerous or less effective in women once the drug is on the market*»⁵⁰. Nel contesto del *Restatement of Torts, Third*, è stato sostenuto che l'inadeguatezza dei *trials* clinici determinata dall'esclusione delle donne tra i partecipanti alle sperimentazioni farmaceutiche dovrebbe essere considerata rilevante per la configurazione della responsabilità del produttore sia come difetto di *design*, in quanto carenza nella progettazione che rende il farmaco pericoloso per le donne, sia come difetto di informazione, in quanto costituirebbe una violazione del dovere del produttore di informare i consumatori circa i rischi e il corretto utilizzo del prodotto. In quest'ultimo caso, infatti, il produttore si troverebbe di fatto impossibilitato ad informare in maniera adeguata le consumatrici circa i rischi specifici del farmaco per la popolazione femminile, in

⁴⁹ Sempre sulla scorta delle raccomandazioni del Comitato Nazionale per la Bioetica, si ritiene che un ulteriore aspetto fondamentale da tenere in considerazione in ottica strategica per una maggiore inclusività dei protocolli, la cui attuazione non richiederebbe una modifica del quadro normativo esistente, sia quello dell'informazione: l'avvio di campagne informative e di sensibilizzazione portate avanti congiuntamente dalle autorità sanitarie e dalle aziende produttrici di farmaci e dispositivi medici sulle conseguenze negative – di salute e sociali – della sottorappresentazione nelle sperimentazioni cliniche contribuirebbe ad aumentare il livello complessivo di consapevolezza sulla questione presso la popolazione, con più consistenti possibilità, quindi, di influenzare l'agenda politica. In quest'ultimo senso, in una prospettiva di genere, deve essere segnalato il percorso che ha portato in Italia all'approvazione del già menzionato *Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere (in attuazione dell'articolo 3, comma 1, Legge 3/2018)*. Sul punto, approfonditamente, M. FASAN, C.M. REALE, *op. cit.*, 269-272.

⁵⁰ A.C. MASTROIANNI, *op. cit.*, 182. L'Autrice, nel suo lavoro, prende in considerazione «*two countervailing aspects of tort liability related to women's participation in clinical trials: (A) liability exposure resulting from injury to the offspring born of women who participated in clinical trials (that is, liability for inclusion of pregnant women and women of childbearing age); and (B) liability exposure resulting from injuries to a population as a result of the failure to test the product in that population (that is, liability for exclusion of women, or a subset of women)*».

quanto la sua stessa conoscenza di questi rischi sarebbe potuta emergere solo mediante una conduzione della sperimentazione bilanciata in prospettiva di genere. Il fabbricante non potrebbe poi liberarsi invocando lo stato dell'arte in materia di sperimentazioni, in quanto i rischi sulla salute delle donne derivanti da studi clinici condotti esclusivamente su soggetti di sesso maschile sono ormai noti e ampiamente documentati nella letteratura scientifica.

Sulla scorta di queste sollecitazioni e volgendo lo sguardo all'ordinamento interno, deve essere in via preliminare precisato che affidarsi alla *litigation* non sembra, in concreto, la soluzione migliore – nel senso di più efficace per la tutela dei pazienti – per favorire una maggiore inclusione nelle sperimentazioni cliniche. I consumatori, infatti, riscontrano spesso notevoli difficoltà nel riuscire a dimostrare i presupposti della responsabilità civile per i danni causati da farmaci o dispositivi⁵¹, anche ricorrendo al modello della responsabilità da prodotto difettoso ex art. 114 ss. Cod. Cons. o della responsabilità per esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c.⁵², e dovrebbero inoltre sostenere notevoli costi per avviare e portare avanti il contenzioso. Peraltro, nella peculiare ipotesi qui in esame, alle forti asimmetrie di potere economico e di informazione che già normalmente connotano il rapporto tra industrie farmaceutiche e consumatori, si aggiunge la circostanza che spesso la sottorappresentazione non si manifesta direttamente in un effetto avverso, quanto piuttosto in una scarsa o subottimale efficacia del prodotto, potenziale causa di un danno alla salute del consumatore, in quanto l'inefficacia della cura contribuisce ad aggravarne le condizioni.

Sia nelle ipotesi di effetto avverso diretto, sia in quelle di danno alla salute causato dall'inefficacia del prodotto, potrebbe essere particolarmente difficile per i pazienti danneggiati dimostrare i presupposti della responsabilità da prodotto di derivazione europea e, in particolare, il requisito della difettosità. Nella maggior parte dei casi, infatti, si tratterebbe di ipotesi di danno da prodotto conforme⁵³, dal momento che nel quadro normativo attuale non è possibile rinvenire tra le disposizioni in materia stringenti obblighi circa la composizione della popolazione sulla quale svolgere le sperimentazioni

⁵¹ Come si vedrà nel prosieguo della trattazione (*infra* in questo paragrafo), i farmaci sono stati considerati dalla giurisprudenza prodotti pericolosi e così attratti nel raggio di applicazione dell'art. 2050 c.c. Non è dato rintracciare una simile attrazione per i dispositivi medici, ma questa sembra potersi sostenere a partire dall'articolata disciplina che ne governa la sicurezza prima e dopo la commercializzazione – in particolare i pervasivi obblighi previsti per i dispositivi di classe IIb e III –, dettata dal legislatore precisamente per prevenire e gestire al meglio i gravi pericoli che possono derivare dal loro utilizzo.

⁵² Sulla difficile prova del difetto e sul ricorso alla responsabilità da attività pericolose ex art. 2050 c.c. come strada privilegiata dai consumatori per ottenere il risarcimento nel caso di danno da prodotto, si veda per esempio AR. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 6, 2017, 896 ss.

⁵³ Per il dibattito in materia si rimanda a, E. AL MUREDEN, *Il danno da "prodotto conforme". Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del transatlantic trade and investment partnership (T.T.I.P.)*, in *Contratto e impresa*, 2, 2015, 388 ss.; ID., *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore*, Torino, 2017, 1 ss.; ID., *Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione Europea*, in *Il Corriere giuridico*, 5, 2020, 686 ss.; ID., *Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa*, in *Contratto e impresa*, 4, 2021, 1038 ss.; U. Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle Direttive comunitarie*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2005, 3 ss.; E. BELLISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2016, 841 ss.

cliniche⁵⁴, lacuna che si riflette poi anche sul contenuto delle norme tecniche armonizzate⁵⁵. Come noto, nell'ordinamento interno è stata valorizzata la previsione di cui all'art. 2050 c.c. in materia di responsabilità per attività pericolose per assicurare un'adeguata tutela risarcitoria a quei consumatori che subiscano un danno a causa di un prodotto che, pur conforme agli *standard* legislativi in materia di sicurezza – e quindi, secondo l'orientamento ad oggi consolidato, non difettoso ai sensi della disciplina sulla responsabilità del produttore⁵⁶ –, sia pericoloso. Entro tale disciplina, tra i diversi prodotti considerati pericolosi⁵⁷, sono stati attratti anche i farmaci⁵⁸.

In tale ambito, la prova liberatoria richiesta al produttore non si risolve nella mera dimostrazione dell'adesione alle norme di sicurezza imposte dalla legge o da altre fonti e alle regole tecniche, ma si

⁵⁴ *Supra* § 3.

⁵⁵ Deve essere segnalato che l'EMA si è espressa in senso contrario all'introduzione delle *International Conference on Harmonization of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use (ICH) guidelines on women as a special population group* sulla base del fatto che «*Relevant ICH and regional guidelines should be consulted for guidance on demographic considerations, including gender, in the design, conduct and analysis of clinical trials*», cfr. EMA, *ICH Gender Considerations in the conduct of clinical trials*, 2005, disponibile online al sito www.ema.europa.eu/en/documents/scientific-guideline/ich-gender-considerations-conduct-clinical-trials-step-5_en.pdf (ultima consultazione 27/09/2024). In ottica critica su questo documento dell'EMA, M.T. RUIZ CANTERO, M. ANGELES PARDO, *European Medicines Agency policies for clinical trials leave women unprotected*, in *Journal of Epidemiology and Community Health*, 60(11), 2006, 911 ss. Ad oggi non risultano emanate linee guida in materia, cfr. www.ema.europa.eu/en/partners-networks/international-activities/multilateral-coalitions-initiatives/international-council-harmonisation-technical-requirements-registration-pharmaceuticals-human-use-ich (ultima consultazione 27/09/2024).

⁵⁶ Tra le decisioni di legittimità che escludono la responsabilità del produttore ai sensi degli artt. 114 ss. Cod. Cons. in caso di danni provocati da prodotti conformi agli *standard* legislativi, Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 158; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1, 2011, 590; Cass. 29 maggio 2013, n. 13458, in *Il Corriere Giuridico*, 2014, 31; Cass. 19 febbraio 2016, n. 3258, in *Diritto & Giustizia*, 2016. In controtendenza a questo orientamento sembra porsi la recente sentenza n. 12225 del 10 maggio 2021 (cfr. nt. 59), rispetto alla quale è stato notato che: «Sotto questo profilo sembra possibile cogliere, ancorché in filigrana, una rilevante indicazione nella recente decisione di legittimità (Cass., 10 maggio 2021, n. 12225, cit.) che, nel disporre la responsabilità del produttore di farmaci conformi agli *standard* legislativi, ma comunque dannosi, ha sottolineato la fondamentale rilevanza assunta dalla disposizione contenuta nell'art. 39, d.lgs. n. 219 del 2006, recante attuazione della dir. 2001/83/CE, secondo cui l'autorizzazione al commercio non vale di per sé ad escludere la responsabilità civile del fabbricante», così E. AL MUREDEN, *Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa*, cit., 1045.

⁵⁷ Il riferimento è alle bombole a gas (Cass. 4 giugno 1998, n. 5484, in *Studium Iuris*, 1998, 1119; Cass. 19 gennaio 1995, n. 567, in *Giustizia civile. Massimario annotato della Cassazione.*, 1995, 97; più di recente Cass. 26 luglio 2012, n. 13214, in *Giustizia civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2012, 967), ai derivati del tabacco (Cass. 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Danno e responsabilità*, 2011, 57; in *Il Corriere Giuridico*, 2010, 488; Trib. Milano 11 luglio 2014, in *Danno e responsabilità*, 2014; Cass. 10 maggio 2018, n. 11272, in *One LEGALE*; Cass. 11 ottobre 2018, n. 25161, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1319; Cass. 21 gennaio 2020, n. 1165, in *Giustizia civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2020) e ai fuochi d'artificio (Cass. 20 novembre 2018, n. 29828, in *Giustizia civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2019).

⁵⁸ Si tratta di un orientamento da ultimo ribadito da Cass., 7 marzo 2019, n. 6587, in *Foro it.*, 2019, I, 3684, in *Il Corriere Giuridico*, 2019, 5, 722, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, 1584. Tra le sentenze precedenti, per esempio, Cass. 20 luglio 1993, n. 8069, in *Foro italiano*, 1994, I, 455; App. Roma 21 novembre 2006, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2007, 602; Trib. Salerno 2 ottobre 2007, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2008, 29; Trib. Brescia 31 marzo 2003, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2004, 1221.

estende sino alla dimostrazione di aver adottato – e di continuare ad adottare anche in fase di monitoraggio del prodotto sul mercato – tutte quelle misure richieste da un comportamento ispirato alla massima prudenza, perizia, diligenza, alla luce non solo delle conoscenze scientifiche disponibili e consolidate in quel momento storico, ma anche di quelle più avanzate, ancora oggetto di ricerca o scoperte da poco. Più di recente poi, con specifico riferimento al piano dell’informazione ai consumatori, la Corte di Cassazione ha stabilito che «non vale ad escludere la responsabilità dell’esercente una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco, essendo viceversa necessario che l’impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche allo stato di avanzamento della ricerca, allo scopo di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori» (Cass., 7 marzo 2019, n. 6587)⁵⁹.

Queste considerazioni possono aiutare a rispondere alla questione circa la possibilità di configurare una responsabilità civile del produttore di farmaci e di dispositivi medici nei casi in cui si verifichi un effetto avverso che si sarebbe potuto evitare tenendo in considerazione le peculiari caratteristiche della popolazione clinica cui appartengono i soggetti danneggiati, ovvero mediante l’adozione di protocolli sperimentali maggiormente inclusivi. Nel caso in cui un effetto collaterale sia stato menzionato nel foglietto illustrativo, ma solamente in termini generici e senza specifico riferimento a quella popolazione clinica – sottorappresentata nelle sperimentazioni – nei cui confronti gli effetti avversi dello stesso tipo si siano verificati con costanza, le attività di ricerca condotte dal produttore non potrebbero dirsi idonee ad esonerarlo da responsabilità. Incombe sul produttore, infatti, l’onere di acquisire le migliori conoscenze scientifiche disponibili e trasmettere le informazioni così ottenute ai consumatori: in questo senso, la letteratura scientifica relativa alle diverse modalità di interazione di farmaci e dispositivi medici nelle popolazioni cliniche e ai rischi sul consumatore finale di protocolli sperimentali escludenti è ad oggi consistente e ben nota; inoltre, ai fini dell’integrazione della prova liberatoria, i risultati di questi studi dovrebbero essere a maggior ragione considerati dal fabbricante nelle fasi di

⁵⁹ Anche nel diverso ambito della responsabilità da prodotto difettoso, la Suprema Corte ha affermato che non basta ad «escludere la responsabilità del produttore di farmaci [...] la mera prova di aver fornito – tramite il foglietto illustrativo (c.d. “bugiardino”) – un’informazione che si sostanzia in una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto [...], essendo necessaria un’avvertenza idonea a consentire al consumatore di acquisire non già una generica consapevolezza in ordine al possibile verificarsi dell’indicato pericolo in conseguenza dell’utilizzazione del prodotto bensì di effettuare una corretta valutazione (in considerazione delle peculiari condizioni personali, della particolarità e gravità della patologia nonché del tipo di rimedi esistenti) dei rischi e dei benefici al riguardo, nonché di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l’insorgenza del danno, e pertanto di volontariamente e consapevolmente esporsi al rischio» (Cass., 10 maggio 2021, n. 12225, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 5, 2021, 1145, con nota di AR. FUSARO, *Effetto avverso del farmaco: obblighi informativi e responsabilità*). Sul rapporto tra disciplina europea in materia di responsabilità da prodotto difettoso e discipline interne in materia di responsabilità civile, la Corte ha precisato in quest’ultima sentenza che «in tema di danno da prodotto difettoso le norme di fonte comunitaria, volte a realizzare un’armonizzazione globale – e non già minima [...], ma nemmeno completa [...] –, delle legislazioni degli Stati membri del settore della responsabilità per danno da prodotto difettoso (Direttiva 85/374/CEE, in tema di responsabilità da prodotti difettosi, recepita con D.P.R. n. 224 del 1988, poi trasfuso nel d.lgs. n. 206 del 2005, artt. 114-127, “Codice del consumo”; Direttiva 2001/95/CE sulla sicurezza dei prodotti, recepita con il d.lgs. n. 206 del 2005, artt. 102-113, “Codice del consumo”), non trovano [...] applicazione in via esclusiva ma vengono ad affiancarsi e non si sostituiscono alla disciplina dettata dall’ordinamento interno».

ricerca, sviluppo e miglioramento di prodotti rispetto ai quali le modalità di interazione con le caratteristiche specifiche delle diverse popolazioni cliniche sono ancora inesplorate e ignote. Pertanto, il fabbricante sarà obbligato ad allineare i propri processi produttivi e di ricerca e sviluppo a queste evidenze che rappresentano lo stato attuale di avanzamento della scienza in materia, nonché ad elaborare le informazioni e le avvertenze da fornire ai pazienti in conformità ad esse⁶⁰. Anche laddove l'effetto collaterale fosse ignoto, la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno non potrebbe comunque considerarsi integrata qualora le procedure di vigilanza *post-marketing* delle imprese produttrici non fossero state in grado di individuare il verificarsi costante dell'effetto collaterale verso pazienti aventi le medesime caratteristiche cliniche; né, tantopiù, laddove si sia effettivamente appreso del verificarsi di queste reazioni avverse nella fase di monitoraggio e ciò non abbia condotto il produttore a indagarne le cause e ad intervenire per informare prontamente i consumatori e per migliorare di conseguenza i protocolli degli studi clinici. Così intesa, tale soluzione interpretativa potrebbe garantire maggiori *chances* di successo anche alle azioni di responsabilità per il danno causato dall'inefficacia del farmaco o del dispositivo, la quale abbia poi determinato il peggioramento o il decorso nefasto della malattia: la selezione non eterogenea dei soggetti partecipanti alla sperimentazione sarebbe di ostacolo al produttore nel fornire la prova liberatoria di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, in quanto uno sforzo di ricerca proattivo adeguato allo stato delle conoscenze tecniche disponibili – e, dunque, conforme anche a quelle conoscenze concernenti l'impatto di protocolli sperimentali escludenti sull'efficacia di farmaci e dispositivi medici – avrebbe potuto condurre se non all'eliminazione, quanto meno all'identificazione (e quindi alla comunicazione) di quelle sacche di inefficacia addotte come causa del danno. In ogni caso, deve essere evidenziato che in quest'ultima ipotesi resterebbe a carico del danneggiato l'onere di fornire la difficile prova che proprio l'inefficacia di quella terapia sia stata la causa del peggioramento delle sue condizioni di salute.

In definitiva, nello scenario delineato, il produttore non sarebbe considerato responsabile per il solo fatto di aver messo in commercio un farmaco o un dispositivo medico più pericoloso (anche in quanto meno efficace) per certe categorie di soggetti, ma per non aver messo in atto tutte quelle misure tecniche che avrebbero potuto condurre ad acquisire informazioni più precise sul rischio di danno da trasmettere ai consumatori (in particolare, quelle relative al rischio specifico per soggetti con determinate caratteristiche rilevanti sul piano clinico) e/o ad adottare tutte le misure di mitigazione necessarie. In questo senso, lo strumento della responsabilità civile, nella sua funzione compensativa, potrebbe meglio garantire la tutela *ex post* dei soggetti appartenenti alle popolazioni cliniche sottorappresentate; nella sua funzione deterrente⁶¹, solleciterebbe le imprese a mettere in atto strategie di prevenzione del rischio – di danno, ma, più in generale, di discriminazione – a partire dall'ideazione di protocolli di

⁶⁰ Qualora, diversamente, l'effetto collaterale – genericamente inteso o specifico per una certa popolazione – fosse noto ma non segnalato nel foglietto illustrativo, ci si troverebbe di fronte ad un difetto di informazione del prodotto, sebbene ai fini dell'integrazione della fattispecie della responsabilità da prodotto di cui agli artt. 114 ss. del Codice del Consumo potrebbe essere particolarmente difficile per il consumatore dimostrare il nesso di causalità tra il difetto di informazione e il danno subito e cioè che una corretta informazione avrebbe potuto evitare il verificarsi dell'evento dannoso, ovvero l'assunzione del farmaco o l'utilizzo del dispositivo.

⁶¹ Osserva la rilevanza implicita attribuita al principio di precauzione dalla Cassazione nella citata sentenza 6587/2019, R. MONTINARO, *Responsabilità del produttore di farmaci ai sensi dell'art. 2050 c.c. ed informazioni sugli effetti collaterali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2019, 1584 ss., 1605-1608.

ricerca che tengano in maggiore considerazione le ragioni dell'inclusione, pur in assenza di previsioni legislative in tal senso.

6. Riflessioni conclusive: la necessità di un mutamento di paradigma culturale per una maggiore inclusività delle sperimentazioni in Europa

Le proposte delineate nelle pagine precedenti muovono dall'osservazione di frequenti episodi di discriminazione nella delineazione dei protocolli sperimentali, i quali poi si riflettono sull'efficacia e sulla sicurezza dei prodotti finali – farmaci e dispositivi medici – con rilevanti ripercussioni sulla salute di ampie fasce della popolazione. Tali proposte affidano agli operatori giuridici – il legislatore e l'interprete in particolare – il delicato compito di bilanciare gli interessi in gioco in una diversa prospettiva: l'idea centrale è quella secondo cui a fianco della consolidata e fondamentale concezione della tutela dei pazienti nelle sperimentazioni cliniche quale protezione dalle sperimentazioni, dovrebbe trovare spazio anche una concezione di tutela declinata in forma "partecipativa". In quest'ottica, andrebbe guardato con favore un intervento normativo volto a riformare la materia mediante l'introduzione di più rigorosi obblighi di motivazione in capo a sponsor e produttori circa il disallineamento tra la popolazione clinica partecipante alla sperimentazione e la popolazione utilizzatrice del prodotto, nonché sulla scarsa eterogeneità dei soggetti partecipanti alle sperimentazioni. In ogni caso, nel contesto dell'attuale legislazione, l'utilizzo di linee guida e altri strumenti di *soft law* potrebbe assumere un ruolo fondamentale per la delineazione di protocolli sperimentali maggiormente partecipati, influenzando anche la stessa azione del legislatore, come in parte avvenuto in Italia con riferimento alla questione della medicina di genere⁶². Sul punto, è stato evidenziato che importanti risultati potrebbero essere raggiunti intervenendo sulla composizione dei comitati etici e dei *team* di ricerca e valorizzando l'importanza della comunicazione e dell'informazione sul tema presso la popolazione. Infine, in una prospettiva rimediabile *ex post*, inevitabilmente più incentrata sulla giustizia del caso concreto, lo stesso strumento della responsabilità civile, rafforzato nella sua funzione preventiva, potrebbe in concreto concorrere a garantire una maggiore inclusività delle sperimentazioni.

In conclusione, deve in ogni caso essere evidenziato che il successo delle proposte in questa sede preliminarmente elaborate, così come di qualsiasi altra soluzione, presuppone un approccio culturale diverso alla materia delle sperimentazioni cliniche e alla scienza medica in generale. Il mutamento di approccio auspicato trova riscontro in precise evidenze scientifiche: fattori quali il genere, il sesso, l'età, le origini etniche dei pazienti – singolarmente e globalmente considerati – hanno una forte incidenza sulla buona riuscita delle terapie farmacologiche e sull'efficace utilizzo dei dispositivi medici e, quindi, in ultima istanza, sulla salute dei cittadini. Ciò dovrebbe determinare un allontanamento dal modello del partecipante ideale alle sperimentazioni – maschio, bianco, sano, giovane – in favore di opzioni che tengano conto delle reali e variegate caratteristiche della popolazione in relazione al prodotto testato. L'approccio intersezionale si configura, pertanto, come un elemento imprescindibile di una nuova metodologia da adottare nel più vasto ambito della cura della persona. Ma una sua pervasiva, per quanto bilanciata, diffusione nei protocolli sperimentali, e più in generale nella scienza medica

⁶² M. FASAN, C.M. REALE, *op. cit.*, 269-272.

Essays

nonché nei documenti di *policy* e legislativi in materia, deve anzitutto muovere da una partecipazione più intensa della dottrina giuridica alla discussione sul tema.



Regulación en tiempos de incertidumbre y futuro de los comités de bioética

*Federico de Montalvo Jääskeläine**

REGULATION IN TIMES OF UNCERTAINTY AND THE FUTURE OF BIOETHICS COMMITTEES

ABSTRACT: The origin and development of Bioethics have gone hand in hand with bioethics committees, so it can be said that our Bioethics is a collegial one, not in terms of its foundation, but in terms of its working methodology. This paper analyzes the role that committees will play in the future, concluding that the new way of regulating uncertainty will grant them, along with the Courts of Justice, an even more important and necessary position in the future.

KEYWORDS: Bioethics; committees; legal principles; uncertainty; legal regulation; deliberation

SUMARIO: 1. El origen de la bioética y sus comités – 2. Bioética y Derecho constitucional en tiempos de disrupción – 3. ¿Está preparado el Derecho para afrontar estos cambios? – 4. Tomando los principios en serio: cuando el Derecho se aproxima a la Bioética – 5. Incertidumbre, principios y papel de los Tribunales y los comités.

1. El origen de la bioética y sus comités

El origen y desarrollo de la Bioética ha ido de la mano de los comités de bioética de manera que puede decirse que nuestra Bioética es una Bioética colegial, no en cuanto a su fundamentación, pero sí en cuanto a la metodología de trabajo, como vamos a ver en este primer capítulo introductorio. Y tal Bioética colegial y la correspondiente relevancia de los comités, sobre todo, de los comités nacionales y regionales de bioética y de los de ética asistencial hospitalaria, se mantendrá en el futuro, dado que la nueva manera de regular la incertidumbre basada en principios y no tanto en reglas determina que sigan teniendo, junto a los Tribunales de Justicia, una posición aún más importante y necesaria en el futuro.

Como es sabido, desde la misma aparición de la Bioética, como nueva ciencia del saber, entre la década de los sesenta y la de los setenta, la misma quedará indisolublemente unida a lo que puede considerarse no tanto un modelo o escuela bioética, sino, más bien, en sentido estricto, un método de trabajo como es el de los comités.

El comité se constituye desde los inicios de la Bioética en el instrumento esencial a través del que se desarrollará y expandirá dicho saber. Incluso, puede afirmarse que el método de reflexión y decisión colectiva a través de un comité precede a la propia Bioética o, incluso, viene a justificar en gran parte su aparición como nueva ciencia del saber. Recuérdese, a estos efectos, que el inicio de la Bioética ha

* *Profesor propio ordinario de Derecho Constitucional, UComillas-ICADE. Mail: fmontalvo@icade.comillas.edu. Artículo evaluado positivamente por dos expertos externos.*

sido situado en una fecha muy concreta, como es el mes de diciembre de 1962, con la publicación de un artículo en la revista *Life* escrito por la periodista Shana Alexander que llevaba por título “They decide who lives, who dies” y que contaba la historia de un comité creado en Seattle con la finalidad de seleccionar a los pacientes candidatos a quienes se podía ofrecer tratamiento de hemodiálisis. En aquel momento, dicho tratamiento era escaso, por lo que sólo podía ofrecerse con criterios muy restrictivos. El artículo provocó un gran debate social, sobre todo, en relación con los criterios del mencionado comité para seleccionar a los pacientes candidatos. El problema no estaba en el recurso al método de decisión a través de un comité, sino en las herramientas y procedimientos de los que se había dotado al comité para la toma de las decisiones que eran prácticamente nulas o, al menos, no venían fundamentadas en principio o valor ético alguno.

Junto a este acontecimiento que acompaña o que, como hemos dicho ya antes, más correctamente, da lugar a la creación de la Bioética, otro de los grandes hechos que vendrá a marcar el posterior desarrollo y extraordinario impulso de esta nueva área del saber será la creación en 1974 en Estados Unidos de América de la Comisión Nacional para la protección de los seres humanos en el ámbito investigación biomédica, como reacción a los famosos experimentos de Tuskegee, y que es la autora del conocido Informe Belmont¹.

Así pues, la Bioética queda una vez más vinculada a la figura de los comités. La relación entre Bioética y sus comités es, pues, inescindible². La propia Joint Commission de acreditación hospitalaria recoge como criterio que en el hospital se haya constituido un comité de ética en el ámbito de la investigación con seres humanos.

Otro ejemplo de ello lo encontramos en la propia UNESCO, en cuyo seno se creo hace más treinta años y a iniciativa del español Federico Mayor Zaragoza, el International Bioethics Committee, único comité a nivel supranacional y suprarregional. Ello, sin duda, respondió a la exigencia de constituir un foro de debate, reflexión y de propuesta de soluciones en un ámbito tan complejo como es el de la Bioética que en aquellos momentos ya se enfrentaba a muy difíciles retos en los que una respuesta nacional o, incluso, regional se mostraba como manifiestamente insuficiente. Sin perjuicio de que la creación del IBC puede ser considerada, junto con las Declaraciones Universales sobre Bioética y Derechos Humanos y sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, como los mayores hitos de la UNESCO en el ámbito de la Bioética, cierto es que la UNESCO ya se aproximó a este campo del conocimiento años

¹ Puede accederse al Informe Belmont a través del siguiente enlace: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>.

² Los manuales de historia de la bioética también acostumbran a citar cuando, en 1968, se creó un comité de la Facultad de Medicina de Harvard para establecer el criterio de la muerte cerebral y definir cuándo un paciente ha muerto, afinando el momento en que ya se le puede hacer una extracción del órgano de manera que sea útil para el trasplante. Otro hito reiteradamente mencionado aconteció en 1976 en los EE.UU., el caso de Karen Ann Quinlan, una joven en coma profundo por ingesta de alcohol y barbitúricos, cuyos padres solicitaron retirar la ventilación asistida. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey dictaminó que autorizaría la demanda si, tras la constitución de un comité de ética en el hospital donde estaba ingresada la paciente, éste confirmaba la irreversibilidad del coma. Vid. R. ALTISENT, T. FERNÁNDEZ-LETAMENDI, T. DELGADO MARROQUÍN, *Una nueva vitalidad para el futuro de los comités de ética asistencial*, en *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, 13, 2019, 21.

antes; en concreto, en 1975, en Varna, Bulgaria, en una reunión para reflexionar sobre ética y biología molecular, y en 1997, en Madrid, en un simposio sobre ética y genética³.

Como se recoge en los propios documentos constitutivos del International Bioethics Committee, la creación de este nuevo órgano colegiado se hizo con el propósito de alentar el debate, a nivel mundial, sobre las consecuencias éticas, sociales y humanas del rápido desarrollo de las ciencias de la vida. Así, la Conferencia General de la UNESCO, en su 27.ª sesión, mediante la Resolución 27 C / 5.15 (15 de noviembre de 1993), aprobó su establecimiento.

Entre estos nuevos retos que exigían una reflexión y respuesta global destacaba, singularmente, el proyecto de secuenciación del genoma humano que fue el mayor proyecto de investigación biomédica de la historia. Con un presupuesto inicial de tres mil millones de dólares y la participación de un Consorcio Público Internacional, formado por EEUU, Reino Unido, Japón, Francia, Alemania, China y otros países, tenía como objetivo último la consecución de la secuencia completa del genoma humano, es decir, el texto lineal constituido por la secuencia de las cuatro bases químicas del ADN que contiene las instrucciones para construir un ser humano. Iniciado en 1990, el proyecto se dio por concluido en el 2003, dos años antes de lo previsto.

Por ello, ante el avance del Proyecto Genoma Humano, en la misma resolución en la que se crea el IBC, la Conferencia General de la UNESCO invitó al Director General a continuar en 1994-1995 la preparación de un instrumento internacional sobre la protección del genoma humano y presentarle un informe sobre la aplicación de la presente resolución en su 28.º período de sesiones. Y, por ello, la primera tarea que el Director General atribuyó al IBC fue la de realizar un estudio exploratorio de las condiciones para la redacción de un instrumento internacional para la protección del genoma humano. A la Comisión Jurídica, establecida en el IBC, se le encomendó la tarea de formular propuestas adecuadas sobre la forma y el contenido del posible instrumento internacional⁴.

Sobre la base del Informe del Director General que se presentó a la Conferencia General, en su 28.ª reunión, se invitó a aquél mediante la Resolución 28 C / 2.2, a elaborar un anteproyecto de declaración y, para ello, convocar, en 1997, un comité de expertos gubernamentales a quienes se les encomendaría la finalización de este proyecto de declaración, para su aprobación por la Conferencia General en su 29.º período de sesiones. Para llevar a cabo esta resolución, el Director General invitó a los Estados Miembros a participar a través de representantes en una reunión del Comité de Expertos Gubernamentales para la finalización de una declaración, que se celebró en la Sede de la Organización del 22 al 25 de julio de 1997. Sobre la base del trabajo del IBC llevado a cabo entre 1993 y 1997, el Comité de Expertos Gubernamentales elaboró y aprobó, por aclamación, el texto del "Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos", que se presentó a la Conferencia General en su 29.ª reunión.

Pero es que, además, la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, la cual justifica su aprobación manifestando que "Teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la

³ G. SOLINIS (Ed.), *Global Bioethics: What for?*, París, 2015, 6.

⁴ Como recuerda Yolanda Gómez Sánchez, los trabajos de la UNESCO se dirigieron hacia la elaboración de una Declaración específicamente sobre datos genéticos y no, en general, sobre la protección de datos o sobre la protección de datos relativos a la salud, de donde se desprende la capital importancia de los datos genéticos y su especificidad en relación con otras categorías de datos personales. Vid. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *La protección de datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa*, en *Derecho y Salud*, 16, 2008, 65.

tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos”, se establece en su artículo 19 que “Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a: a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos; b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos; c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración; d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

Y es que para la UNESCO la promoción de la reflexión bioética a nivel universal exige como instrumento para ello la creación de comités. Se hace bioética creando comités, podríamos afirmar, siguiendo la posición que mantiene la citada organización internacional y, en virtud de la cual, ha alineado la promoción de la bioética y la de los comités. El establecimiento de comités de bioética puede ser un primer paso para que los Estados creen plataformas y órganos para el debate, el análisis y el desarrollo de políticas éticas. Y así, en la Guía núm. 1 del área de bioética de la UNESCO⁵, se señala que los comités de bioética constituyen una plataforma ideal para implementar los distintos instrumentos normativos adoptados por la UNESCO, en particular la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003). Y añade, a continuación, que los códigos y las declaraciones por si mismos son letra muerta. Al margen de lo acertados que sean o de la sinceridad con que se redacten, no garantizan su propio cumplimiento. Para que no se queden en un mero despliegue de retórica, deben asumir su defensa personas encargadas de formular, aplicar y supervisar políticas públicas. A título de ejemplo, cabe señalar la función del Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) de Francia y del Consejo de Bioética del Presidente de los Estados Unidos (dos de los comités de bioética de carácter normativo o consultivo (CNC) creados a nivel nacional por un número de Estados cada vez mayor) como plataforma de orientación y asesoramiento puesta a disposición de los responsables políticos y los gobiernos de sus respectivos países.

Para la UNESCO, la máxima que inspira la creación de los comités se basa en su propio método de trabajo a través de la deliberación compartida desde la interdisciplinariedad: “Una máxima conocida sostiene que “nadie es más listo que todos nosotros juntos”. Al formularla, se produce un efecto parecido al de una cámara moderna que de forma casi automática dirige la lente y enfoca el objetivo, pasando del individuo al grupo, tal vez a una pareja de sujetos, pero, por lo general, a más de dos participantes que colaboran en torno a un objetivo común y a una serie de metas concretas”.

Sin comités, por tanto, las normas bioéticas quedarían en papel mojado y no sería posible un marco de deliberación interdisciplinaria.

⁵ Puede accederse a dicha guía a través del siguiente enlace en la web de la UNESCO: <https://www.unesco.org/en/ethics-science-technology/abc?hub=387>.

2. Bioética y Derecho constitucional en tiempos de disrupción

Es habitual tildar los tiempos que vivimos como tiempos extraordinariamente disruptivos. Así, la Inteligencia Artificial, la robótica, el Big Data o, más recientemente, ChatGPT se nos presentan como verdaderos impulsores de este cambio o transformación inaudito. La disrupción digital emerge como el fenómeno que marcará inexorablemente el futuro del ser humano. Una mera búsqueda sencilla en internet de la palabra disrupción nos ofrece un ejemplo paradigmático de ello. La disrupción queda en casi todas las entradas que un buscador nos ofrece vinculada a la tecnología o al mundo de lo digital. Las palabras *disrupción* y *digital* o *tecnológica* constituyen el resultado más habitual de dicha búsqueda. De hecho, la propia palabra disrupción parece que fue usada por primera vez para describir los tiempos actuales en un artículo publicado en 1995 en la Harvard Business Review (*Disruptive technologies: catching the wave*, Joseph L Bower y Clayton M Christensen), vinculada al cambio tecnológico de la empresa, lo que obligaba a los emprendedores a reinventarse.

Pero, también, desde la perspectiva del impacto en la propia naturaleza e identidad del ser humano, la disrupción viene igualmente de la mano de la Biología y la Medicina. El cambio que puede transformar al ser humano de manera tal que no encuentra precedente en la Historia nos lo ofrecen las nuevas posibilidades de actuar sobre el propio genoma humano, es decir, sobre el conjunto de genes que constituyen el ADN de cada individuo. No se trata ya de alterar el entorno del ser humano para superar las capacidades de éste, sino de transformar directamente al propio ser humano para *mejorarlo*.

En este complejo futuro que se nos predice, no solo se nos podrá superar en nuestras capacidades intelectuales o físicas, incorporando a nuestro entorno y a nuestro propio cuerpo un ingente aparataje tecnológico, sino que se nos podrá mejorar, y ello, incluso, antes de nacer, interviniendo directamente sobre el embrión. La naturaleza de lo humano se pone en cuestión, sobre todo, cuando la alteramos en su propia esencia, no solo en su entorno, y, además, desde su propio inicio. Se trata, pues, de una disrupción y alteración sustancial *ad intra* del ser humano, no *ad extra*, como ocurre con la tecnología, aún cuando ésta también, obviamente, tiene muchos efectos en el interior de aquél.

Como apunta con acierto Vicente Bellver Capella, la ciencia y, singularmente, la Biomedicina, empiezan ya a ser como un instrumento para alcanzar, no ya un mundo más humano, sino un mundo mejor que humano⁶ o, incluso, añadiríamos nosotros, distinto a lo esencialmente humano.

Los hallazgos y los interrogantes de la Biología y la Biotecnología contemporáneas son de tal alcance y radicalidad que remueven los cimientos de múltiples saberes y convicciones en los que tradicionalmente se había afincado nuestra idea del hombre y de aquello que, en especial, fundamenta su condición ética. Y ello obliga a atender de manera especial al impacto que la revolución genómica pueda tener en estos estratos tan básicos como universales, y a desarrollar, en consecuencia, una bioética filosófica que reflexione sobre sus propios fundamentos y acceda, en suma, a las cuestiones de orden ontológico⁷.

⁶ V. BELLVER CAPELLA, *Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y derecho*, Granada, 2006, 33.

⁷ J. GONZÁLEZ VALENZUELA, *Bíos. El cuerpo del alma y el alma del cuerpo*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2017, 77.

Por todo ello, Stefano Rodotà recuerda que esta nueva sociedad post-genómica hacia la que avanzamos pondrá en manos de todos y cada uno de nosotros el genoma humano y, a partir de ahí, cada cual podrá emprender un camino que le lleve a ocupar, con sus propias decisiones, territorios antes confiados únicamente a la causalidad o la necesidad. Y ya no será ni la naturaleza ni la planificación sino la concurrencia de infinitas elecciones lo que nos dará la organización social del futuro, cambiando profundamente la evolución misma del género humano. No será un único poder, de un Dios lejano o un científico cercano, sino múltiples voluntades serán las que vengán a diseñar el mundo⁸.

A tal reto no puede estar, obviamente, ajeno el Derecho y, concretamente, el Derecho constitucional en atención a los valores, intereses y derechos en conflicto. Si la pregunta que debemos nuevamente formularnos es qué es el hombre o qué es la naturaleza humana, el Derecho debe también ofrecer respuestas que permitan dar un sentido jurídico contemporáneo a tal esencia, preguntas que conectan directamente con el propio concepto jurídico de dignidad, no solo en cuanto valor ontológico del ser humano, sino también, recogiendo los términos explícitos del artículo 10.1 de nuestra Constitución, en cuanto fundamento del orden político y de la paz social.

Los nexos interdisciplinarios que el concepto jurídico de dignidad tiene con la Bioética y la Filosofía no se patentizan meramente en sus fundamentos histórico-culturales, sino también en el significado práctico que este derecho fundamental tiene con respecto a otras disciplinas científicas. Así pues, debe ser el Derecho el que ofrezca también una interpretación actualizada de la dignidad ante los retos que plantea el avance de la Biología y Biotecnología, y ello, sin olvidar que, si bien es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, sí es posible, al menos, fijar cuándo se la está vulnerando⁹, para lo cual el Derecho constitucional ocupa un papel indiscutible¹⁰.

Y si el Derecho constitucional es la rama del conocimiento jurídico que se encarga de la división y organización del poder no como un fin en sí mismo, sino como instrumento o garantía de los derechos y libertades del ser humano, es decir, de su dignidad, si el ser cambia sustancialmente en su naturaleza y características, ello debe preocuparle sobremanera a aquél. La conexión, pues, entre Derecho constitucional y avance biomédico es inescindible, como lo es entre aquél y dignidad humana, tal y como iremos desarrollando a través de nuestro trabajo, y pese a que no haya merecido una especial atención por parte de la doctrina más allá de algunos casos excepcionales.

Y la Constitución es una realidad social, en la que norma y ser están unidos en relación dialéctica; por ello, es posible extraer de tal realidad unos contenidos de significación a los que se objetiviza, y este territorio, así destacado, es lo que forma el objeto de la dogmática jurídico-constitucional. Pero la conexión con la realidad social, por un lado, y la finalidad de toda norma de servir al mantenimiento de una determinada conducta social, por el otro, hace que los preceptos jurídicos no puedan ser plenamente explicados más que con referencia a la situación total, y, en consecuencia, que la dogmática jurídica no sea plenamente autárquica y que, por tanto, precise referencias metajurídicas¹¹.

⁸ S. RODOTÀ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Madrid, 2010, 190.

⁹ I. VON MÜNCH, *La dignidad del hombre en el Derecho constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 1982, 13 y 19.

¹⁰ Sobre la dignidad, vid. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Dignidad y ordenamiento comunitario*, en *ReDCE*, 4, 2005, 219-254.

¹¹ M. GARCÍA PELAYO, *Constitución y Derecho constitucional: evolución y crisis de ambos conceptos*, en *Revista de Estudios Políticos*, 37-38, 1948, 119.

Y así, si la evolución de la biomedicina y la biotecnología pueden afectar, sobre todo en lo que se refiere a las intervenciones sobre la línea germinal, a la esencia del ser humano tal y como hoy lo entendemos e, incluso, a las generaciones futuras, tal fenómeno no puede serle ajeno al Derecho constitucional; antes al contrario, debe ser su objetivo prioritario ya que su fin principal es organizar políticamente y jurídicamente la sociedad en salvaguarda de la dignidad del ser humano y en pos de la justicia.

Stefano Rodotà en sus comentarios sobre el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947, que de manera muy novedosa introduce la regulación del consentimiento informado en el ámbito de la salud y, por ende, del derecho a autorizar o rechazar los tratamientos médicos, nos recuerda el papel esencial que cumplió dicho precepto y, más adelante, el resto de lo que se aprobaron posteriormente en otros textos constitucionales e internacionales, al romper la clásica alianza entre poder político y poder médico que se manifestó en su forma más extrema durante el nazismo. Tal relación se ha disuelto a través de una doble estrategia: retirándole al poder político del instrumento utilizado históricamente para sostener la pretensión de expropiar a la persona de sus prerrogativas y confirmando el respeto que debe prestarse a la libre elección personal¹².

Dicho discurso de principios de la segunda mitad del siglo XX entendemos que debe ser retomado nuevamente dados los peligros que se ciernen sobre la propia identidad y naturaleza humana. Si el Derecho constitucional supo responder a las necesidades que surgieron por los excesos de la suma del avance de la ciencia y el extremismo y populismo político, debe ahora también ofrecer respuestas que se ajusten a un contexto que, si bien es distinto a aquél, muestra algunos elementos de similitud, sobre todo, por el poder que otorga a algunos seres humanos, no ya tanto al Estado, sobre otros seres humanos¹³. Si el positivismo y sus aparentemente precisas y certeras reglas fueron puestos en solfa en la segunda mitad del siglo XX, algo similar se exige ahora, aunque, sin olvidar, que las posibilidades de alteración de la identidad humana y, por tanto, de los derechos fundamentales, es muy superior ahora a la que tuvo lugar a finales de la primera mitad del siglo XX, por muy aberrantes y execrables que fueran los hechos ahí acaecidos.

No se pretende ofrecer una visión extremadamente negativa del avance biotecnológico, comparándola con la experiencia que en el ámbito de la Medicina produjo el nacionalsocialismo. Los contextos no son equiparables, porque, al menos, por ahora, nuestras democracias se ofrecen, aparentemente, como más robustas que la *perfecta democracia* de Weimar. Sin embargo, ello no es óbice para recordar que en muchas ocasiones las amenazas que se ciñen sobre el ser humano no son necesariamente explícitas o rechazables de plano en su apariencia. Muchos de los avances que están alterando nuestras instituciones más indisolublemente unidas a nuestra historia como comunidad política se está produciendo sin que el cambio sea percibido y, por tanto, susceptible de ser evaluado ética y legalmente. Y ahí precisamente se haya el peligro de los tiempos que vivimos en comparación

¹² S. RODOTÀ, *op. cit.*, 306.

¹³ Recuérdese que las atrocidades ocurridas a finales de la segunda mitad del siglo XX fueron autoría de Estados que habían incorporado una ideología extremista, como el nacionalsocialismo o el fascismo. Actualmente, el riesgo no se sitúa ya en el binomio clásico Estado-ciudadano, sino en el poder que tienen los grandes monopolios tecnológicos. Sobre ello ha escrito el reciente premio Nóbel de Economía, Daron Acemoglu. Vid. D. ACEMOGLU, S. JOHNSON, *Poder y progreso: Nuestra lucha milenaria por la tecnología y la prosperidad*, Barcelona, 2023. Vid., también, L. FERRY, *La revolución transhumanista: Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, Madrid, 2017.

con el cientifismo vivido a principios del siglo XX. Éste fue mucho más expreso, incluso, en lo político, que el actual, el cual se nos ofrece, además, como la solución a muchos de nuestros males como seres humanos. En una sociedad cansada como la define Byung-Chul Han es fácil que la fácil solución que ofrece el avance de la biotecnología pueda ser recibido positivamente y pasar desapercibidas las alteraciones de la identidad humana que ello puede conllevar. Las garantías institucionales que la Constitución no solo se alteran por los poderes públicos, sino, más aún, por la propia realidad.

3. ¿Está preparado el Derecho para afrontar estos cambios?

Como explica con gran acierto Rafael Junquera Estéfani, para algunos actores del actual cambio provocado el avance de la ciencia, el Derecho podría no mostrarse ya como el instrumento adecuado para orientar y limitar las actuaciones y manipulaciones genéticas, y ello, se sostendría sobre la base de los siguientes argumentos: a) la rapidez de cambio de la tecnología convierte en obsoletas las leyes nada más promulgarse, lo que obliga a una constante revisión y modificación de las mismas; b) las actuaciones científicas no conocen fronteras, mientras que las leyes sí, lo que produce corrientes migratorias buscando eludir el control normativo (el conocido en el lenguaje jurídico anglosajón como *forum shopping*); c) la legislación debe ser altamente técnica y provisional; d) y la mayor parte de los peligros que se describen carecen de realismo¹⁴.

Sin embargo, el mismo autor afirma, a continuación, que tal pretensión no tiene verdadero fundamento, y ello, aunque el reto pueda resultar muy difícil. Si el Derecho tiene como misión regular las acciones que inciden en la vida social, también deberá cumplir dicha función en el ámbito científico¹⁵, más aún cuando estamos hablando de valores y derechos como la dignidad humana, la vida e integridad, entre otros.

El reto, en todo caso, es complejo, no solo por la necesidad de adaptación constante a una realidad cambiante y por la dificultad de anticipar soluciones jurídicas para supuestos de hecho que siempre superan lo escrito en la norma, sino, sobre todo, porque los nuevos conflictos que surgen al amparo del avance de la biotecnología son lo que el jurista Ronald Dworkin denominó casos difíciles, *hard cases*, en la medida que dichos casos no permiten habitualmente una solución ponderada del conflicto, debiendo necesariamente sacrificarse a tal fin uno de los derechos o valores enfrentados o en pugna. La elección supone, en dichos casos, necesariamente un mal, el del bien que hay que sacrificar para salvaguardar uno de los dos en conflicto.

Como ejemplo de caso difícil puede citarse Evans contra el Reino Unido, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2007. Este versaba sobre una mujer que, habiendo sido diagnosticada de tumores precancerosos en ambos ovarios, decide criopreservar sus gametos fecundados con los de su marido por si en el futuro quiere ser madre y no pudiera serlo naturalmente tras al tratamiento médico al que va a ser sometida. El marido acepta dicha criopreservación, pero pasados dos años la relación de ambos se rompe y éste solicita que se destruyan los óvulos fertilizados al no querer ser él padre, a lo que ella se opone ya que dichos óvulos son la única posibilidad para que

¹⁴ R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2003, 180.

¹⁵ *Ibidem*.



ella sea madre biológica. El debate jurídico se planteaba entre el derecho de ella a ser madre y el derecho de él a no ser padre, y la dificultad radicaba en que no cabía una solución intermedia del caso, de manera que, reduciéndose proporcionalmente ambos, pervivieran los dos sin sacrificio de ninguno de ellos. Los propios jueces de la minoría del Tribunal (Traja y Mijović) calificaron expresamente el caso de dilemático, debiendo entenderse dicha adjetivización como referida a un conflicto o situación en la debemos elegir entre dos opciones igualmente buenas o malas¹⁶.

Ya Hans Kelsen hacía mención a un caso difícil vinculado a la Medicina en su Teoría de la Justicia: “Tras un detenido examen de su paciente, el médico descubre un mal incurable que en poco tiempo provocará la muerte del enfermo. ¿Tiene el médico que decirle la verdad al enfermo o puede y hasta debe mentir diciendo que la enfermedad es curable y que no hay peligro inmediato? La decisión depende de la jerarquía que se establezca entre los valores de verdad y compasión. Decirle la verdad al enfermo implica afligirlo con el temor a la muerte; mentirle significa ahorrarle ese dolor. Si el ideal de la verdad se considera superior al de la compasión, el médico debe decir la verdad; en caso contrario, deberá mentir. No obstante, sea cual fuere la jerarquía asignada a estos valores, resulta imposible darle a esta pregunta una respuesta cimentada en consideraciones científico-rationales”¹⁷. En tales casos difíciles, lograr soluciones intermedias es harto complicado y en la mayoría de las ocasiones imposible. Se trata de casos dilemáticos en los que no cabe más que decidir en favor de uno de los derechos o intereses en conflicto, sacrificando el otro. Es decir, uno de los derechos acabaría por llevarse el todo, mientras que el otro quedaría reducido a la nada. Sin embargo, pese a tratarse de decisiones dilemáticas, la casuística es mucho más compleja por su riqueza de matices. Si la decisión se plantea como un cara o cruz, el caso concreto, por el contrario, suele ser muy poliédrico.

Además, las nuevas posibilidades que ofrece dicho avance biotecnológico suscitan incertidumbre acerca de las consecuencias de su aceptación o regulación jurídica. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad jurídica, tanto normativa, que desarrollan el poder legislativo y ejecutivo, como jurisprudencial, que desarrollan los Tribunales de Justicia, parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la realidad. Como recuerda José Esteve Pardo, el sistema jurídico de la modernidad se edificó sobre seguridades, sobre certezas, sobre normas escritas y oficialmente publicadas a las que atenerse, sobre contratos inamovibles, sobre documentos y registros públicos, sobre declaraciones precisas de las Administraciones y los Tribunales. La propia certeza que generaban las ciencias empíricas se transmitía de algún modo a un orden jurídico que se miraba en ese espejo y que, a su vez, ofrecía certezas bajo la forma de seguridad jurídica para generar

¹⁶ Curiosamente, algún caso prácticamente idéntico se ha planteado ante los Tribunales de Israel, habiendo resuelto su Corte en sentido diferente a como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo israelí, en *Nachmani v Nachmani*, 1996, declaró que si debe prevalecer la voluntad de quien desea revocar su consentimiento, siempre y cuando la legislación del Estado en cuestión lo permitiese, ahora bien, esta regla general debería excepcionarse en aquellos casos en los que la otra parte, no teniendo un hijo biológico, no dispone de otro medio de tenerlo. A dicho argumento, el Tribunal Supremo añadió un segundo argumento y era el de identificar dentro del conflicto un tercer sujeto, el embrión criopreservado. Así, la decisión de implantar el embrión en la mujer demandante no solo beneficiaría los intereses de ésta, sino que también daría una oportunidad de desarrollo al embrión.

¹⁷ H. KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, México, 2003, 22.

seguridades y confianzas en el tráfico económico y comercial¹⁸. Por ello, cuando la ciencia y sus leyes entran en la era de la incertidumbre, la Ley jurídica no puede ser ajena a esa nueva realidad y pierde su ideal racional en favor de los principios.

El Derecho ya no puede encontrar en la ciencia la certeza a la que aspira aquél para regular con seguridad jurídica, ni la ciencia encuentra tampoco certidumbre en la regulación. La paradoja se expresa a través del temor a que, en un contexto grandes incertidumbres, la respuesta del Derecho sea sustancialmente negativa a todo progreso biomédico, lo que impida luchar efectivamente contra muchas de las enfermedades y mejorar las condiciones de vida del ser humano, mientras que una sustancialmente positiva nos lleve hacia una transformación de la identidad y naturaleza del propio ser humano. La relación entre ciencia y Derecho no es necesariamente dilemática, de manera que haya que optar por una libertad absoluta o una prohibición tajante, sino que caben fórmulas equilibradas y ponderadas que traten de aunar los diferentes intereses y valores concurrentes. Sin embargo, los conflictos concretos que suele traer la ciencia al Derecho sí se muestran ya en muchas ocasiones, como hemos explicado antes, como dilemáticos, en los que la solución intermedia no es posible.

Si bien la falta de certidumbre es un hecho que define la propia existencia del ser humano y el riesgo le es consustancial a su quehacer diario desde sus orígenes, el contexto ha cambiado en los últimos años notablemente. A los grandes beneficios para la humanidad que nos trae dicho avance se suman nuevos riesgos, hasta ahora, desconocidos y, sobre todo, nuevos dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas sobre su autorización y tolerancia. Como afirma Jesús Ignacio Martínez García, uno de los rasgos más significativos del pensamiento jurídico del siglo XX es una aguda *conciencia de la incertidumbre* en el propio Estado de Derecho¹⁹.

Y Gustavo Zagrebelsky afirma que no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable, ya que la certeza descargaría sobre el legislador una tarea de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de los Tribunales y de los estudios de los juristas. El propio autor cita como ejemplo de su premisa a la biotecnología, señalando que los interrogantes que surgen al amparo de dicho avance pueden encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, y no en las asambleas políticas, ámbito donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista²⁰.

Así pues, desde una perspectiva jurídica, los tiempos que vivimos responden a dos características: dificultad en la resolución de los conflictos entre derechos e intereses que se muestran como verdaderos dilemas, en los que no cabe una solución ponderada, e incertidumbre en las decisiones a adoptar.

El objetivo no es en estos tiempos disruptivos tanto la búsqueda de mejores certezas como aprender a trabajar jurídicamente con la incertidumbre. El Derecho instaura certezas para afrontar la

¹⁸ J. ESTEVE PARDO, *Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público*, en MM. DARNACUTELLA I GARDELLA, J. ESTEVE PARDO, I.S. DÖHMANN (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, 2015, 36.

¹⁹ J.I. MARTÍNEZ GARCÍA, *Derecho e incertidumbres*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012, 105.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, 2009, 146 y 147.

incertidumbre, para controlarla e incluso para dominarla. En todo caso las certezas del Derecho están en función de la incertidumbre. Son formas de tratar con la incertidumbre²¹.

Pese a tales dificultades, el Derecho ha ido creando algunas herramientas que le permitan afrontar la incertidumbre. Estas *certezas jurídicas* no son verdades, son convenciones. No pertenecen al ámbito del conocimiento sino de la acción. No pretenden describir la realidad sino afrontar problemas. Son certezas operativas que aspiran a transformar la realidad para hacerla cierta, a convertir situaciones problemáticas en situaciones resueltas. El derecho plantea, por tanto, una certeza sin verdad. Incluso se atreve a tomar el lugar de la verdad. Estas certezas son invenciones, y en ese sentido ficciones (pero no irrealidades) que configuran la realidad. Lo que hace, en definitiva, el Derecho es fingir certezas, y también presuponerlas, darlas por supuesto²².

Entre ellas, destaca un nuevo principio, el principio de precaución que ya se va incorporando a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de elemento decisor, como rasgos que lo aproximarían más a una regla. La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para, entre otros, el medio ambiente o la salud de las personas a partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica. Se trata de un instrumento jurídico del nuevo paradigma científico-reflexivo.

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre. Y así el postulado en el se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades. Al salvaguardar contra el daño grave y, en particular, irreversible a la base de recursos naturales que podría poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, se basa en las nociones éticas de equidad intra e intergeneracional. Sin embargo, el principio pronto se ha extendido a muchos otros ámbitos más allá del medio ambiente.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que “*La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud*”. También se proclama en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): “Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”. En la casi coetánea Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se recoge dicho principio en su articulado bajo la denominación de principio de cautela aunque se menciona en su expresión más común en el Preámbulo: “la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución”.

²¹ J.I. MARTÍNEZ GARCÍA, *Derecho e incertidumbres*, cit., 111.

²² *Ibidem*, 114.

Un ejemplo paradigmático de recurso al principio de precaución reciente por parte de un Tribunal de Justicia y precisamente en el ámbito de la tecnología CRISPR a la que antes hemos hecho referencia, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018, en la que se considera que los organismos modificados con nuevas técnicas de edición genética como el CRISPR deben ser considerados transgénicos y, por tanto, están sujetos a las normativas que limitan su cultivo dentro de la Unión Europea. Las razones esgrimidas por el Tribunal hacían referencia a que las nuevas técnicas de edición genética consiguen efectos similares a los de la transgénesis y permiten crear variantes modificadas genéticamente a un ritmo y en proporciones que no pueden compararse con las resultantes de la aplicación de métodos convencionales de mutagénesis aleatoria. Para el Tribunal, excluir estas nuevas técnicas de edición genética de la normativa sobre transgénicos minaría el objetivo declarado de esta norma de evitar efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente y vulneraría, por tanto, el principio de cautela que la Directiva pretende aplicar. De ahí que la Directiva sobre los organismos modificados genéticamente también se aplique a los organismos obtenidos mediante técnicas de mutagénesis aparecidas después de que fuera adoptada.

Como puede comprobarse, el razonamiento jurídico se fundamenta, sustancialmente, en el principio de precaución, aunque en este caso, al tratarse del ámbito alimentario, lo cite nominalmente como principio de cautela.

4. Tomando los principios en serio: cuando el Derecho se aproxima a la Bioética

Antes señalábamos que, además de la incertidumbre, una de las características que presentan los tiempos que vivimos, desde una perspectiva jurídica, es el carácter dilemático de los conflictos entre derechos, de manera que no cabe recurrir al principio de la concordancia práctica, en los términos empleados por Konrad Hesse, en virtud de la cual fuera posible la coexistencia de tales derechos en juego mediante su reducción proporcional

El carácter dilemático es lo que dota al conflicto entre derechos de una singularidad en cuanto a su resolución. Al ser ésta necesariamente trágica, dado que supondrá el sacrificio de uno de los derechos en pugna, requiere de la exploración y aplicación minuciosa de los diferentes valores que concurren en el caso concreto. La operatividad en estos casos de las reglas no es satisfactoria, por paradójico que resulte.

La regla ofrece una solución simple y basada en un presupuesto de hecho concreto y descrito de manera precisa previamente al caso real al que habría que aplicar la misma. Los casos fáciles pueden ser resueltos por la subsunción. El debate en los casos fáciles suele situarse más en la determinación de los hechos que en el Derecho. Se discute ahí el significado jurídico de los hechos. Por el contrario, en los casos difíciles el debate se ciñe en torno a la interpretación jurídica, se discute el significado del Derecho.

La solución del caso no pasa tanto por la aplicación de la regla de igualdad, sino de la justicia y, por ende, de la equidad. Para poder ser aplicadas a los casos concretos, las normas jurídicas tienen que ser interpretadas, pues la sola subsunción se presenta como un método insuficiente dentro de la complejidad social y la escasa predictibilidad respecto a los casos que puedan ocurrir en el futuro. Las normas pueden ser aplicadas utilizando una interpretación basada en las razones y no solo en la forma

del silogismo y las razones nos las ofrecen los principios. Los principios sólo entrarían en juego en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a *casos difíciles*, pues en los *casos fáciles* las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión.

El Derecho debe apostar, entonces, por un nuevo iusnaturalismo en su forma de expresión a través de principios y valores (un modelo de principios como expresión de la voluntad creadora del hombre, no un iusnaturalismo tradicional, *supra norma*, ya que los principios son, ante todo, norma jurídica, aunque de características bien distintas de las reglas) o en su forma de argumentar o, en similares términos, por un iuspositivismo moderado para resolver, precisamente, los conflictos jurídicos derivados del avance de la Biociencia.

No se trata de retornar al iusnaturalismo tradicional, sino, volver a los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado que el constitucionalismo moderno incorporó. Porque, además, si en los casos difíciles es muy complejo alcanzar los necesarios consensos democráticos en una sociedad tan plural como la nuestra, cómo podemos, pues, pretender reducir las soluciones a la mera subsunción del supuesto de hecho en una regla clara y precisa ¿Cómo puede alcanzarse el consenso que en la solución del caso es harto difícil en la etapa previa de redacción consensuada de la regla? Como se deduce de las palabras de Gustavo Zagrebelsky, existe, por tanto, una correlación entre pluralismo político (y también moral, añadiríamos nosotros) que es propio de nuestras actuales sociedades democráticas y el pluralismo de valores que el sistema jurídico ha de acoger²³. Los principios no son algo impropio del Derecho constitucional, sino expresión de Constitución.

Como afirma Laura Palazzani, es importante recuperar en el Bioderecho el significado estructural y específico de la juridicidad, precisamente frente a las nuevas provocaciones de la tecnociencia y a las nuevas posibilidades de manipulación de la vida que corren el riesgo de poner en peligro la identidad humana. No cabe ya un Derecho que sea radicalmente extraño a la Ética. La función del Bioderecho no puede ser solamente formal y empírica, ni neutral en una sociedad pluralista postmoderna, sin una evaluación sustancial mínima que reconozca el valor ético del Derecho en defensa de la dignidad objetiva del ser humano²⁴. En el Bioderecho hay que mirar más allá de la validez y de la efectividad, preguntándose si la solución jurídica en estas materias es justa²⁵.

Se necesitan, por tanto, también soluciones abiertas, porque el caso sobre el que se aplicará la norma es precisamente muy abierto, imprevisible en sus características y de una riqueza tal en matices que la mente legisladora difícilmente puede prever dotarle de una respuesta jurídica concreta que satisfaga los derechos e intereses en conflicto. El legislador es capaz de prever soluciones abiertas y generales, pero no ya una concreta frente a una realidad que, ante el incesante avance de la ciencia, ofrece supuestos de hechos en extremo difícilmente predecibles.

Frente a la justicia de la regla que refuerza la seguridad jurídica y la certeza de que los casos sucesivos serán resueltos conforme a los precedentes, se aplica la justicia del acto que promueve la equidad y

²³ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 14.

²⁴ L. PALAZZANI, *Bioética y derechos humanos*, en J. BALLESTEROS, E. FERNÁNDEZ (Eds.), *Biotechnología y posthumanismo*, Cizur Menor, 2007, 396 y 397.

²⁵ L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Turín, 2002, 82 ss.

pondera los principios. Y esta es precisamente la paradoja de los casos difíciles que, pese a presentarse como casos dilemáticos en los que uno de los derechos o intereses ha de sacrificarse en beneficio del otro, al no ser posible la reducción proporcional de los derechos en lid, la regla que opta por el todo o nada no será la herramienta útil para la solución del conflicto.

Si la ciencia genera incertidumbre, ¿debe también generarla el Derecho? ¿puede lucharse frente a la incertidumbre científica con la incertidumbre jurídica que suponen los principios? ¿no es un oxímoron? En todo caso, no se trataría de la incertidumbre asentada en el Derecho, sino de la certidumbre basada en el principio y no tanto en la regla.

En palabras de Ernesto J Vidal Gil, a través del valor que cobran los principios para la resolución de los conflictos en el sistema jurídico se produce la conexión del Derecho y la Bioética. El Derecho acude ahora a la fórmula tradicional de resolución Bioética de los casos difíciles, y no porque se haya producido una positivización o juridificación de la ética de las ciencias de la salud, sino porque los principios se presentan ahora como los únicos instrumentos que permiten alcanzar una solución mínimamente satisfactoria en los casos difíciles. Y si la Bioética ha superado los métodos tradicionales de la deducción, de la subsunción o de la inducción del caso, también el Derecho va más allá del formalismo y del decisionismo. La deliberación exige una actitud formal pero no formalista, real pero no realista, normativa pero no normativista y principial pero no principialista. Frente a los extremos del noble sueño y de la pesadilla, la vigilia guarda los límites del Derecho²⁶. Y así, podemos añadir que si Toulmin acuñó hace ya unos años la frase de que la Medicina le ha salvado la vida a la Ética²⁷, podemos afirmar ahora que ésta o, más concretamente, la Bioética le puede salvar la vida al Derecho, librándole de la tiranía reduccionista de las reglas en el marco de la incertidumbre biotecnológica.

No obstante, este viraje del Derecho y del ordenamiento jurídico hacia los principios no es una novedad ni se incardina indispensablemente en el ingente avance de la Ciencia. De hecho, el cambio de rumbo se produjo antes, tanto como reacción al extremo iuspositivismo que presidió el Derecho en la primera mitad del siglo XX (el nuevo constitucionalismo que se inaugura tras la Segunda Guerra Mundial se basa ya en principios y no solo en reglas, dotándose, además, en la Europa occidental de un garante de la interpretación del texto abierto, un nuevo poder distinto de los tres clásicos, el Tribunal Constitucional), y la necesidad, como anticipábamos antes, de que el Derecho sirviera a su principal fin, la justicia, como reconocimiento de una realidad, la extrema complejidad de la nueva realidad social y de los conflictos derivados de ella.

Para Eduardo García de Enterría la ruptura con el positivismo de la primera mitad del siglo XX se produce por dos hechos: la consagración jurisprudencial de los principios generales del Derecho, y no solo como fuente subsidiaria, sino también como elemento informador de todo el ordenamiento jurídico en bloque, con espectacular confirmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a la que añadiríamos nosotros también la propia labor que en la consagración de los principios ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de los derechos y libertades); y la instauración de la justicia constitucional que pone claramente en duda el dogma basilar de la

²⁶ E.J. VIDAL GIL, *Bioética y Derecho: la positivización de los principios*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, 37.

²⁷ S. TOULMIN, *How medicine saved the life of Ethics*, en *Perspectives on Biology and Medicine*, 25, 1982, 736-750.

superioridad irresistible y absoluta de la Ley y la correlativa prohibición de indagar en el proceso aplicativo sobre las razones de sus reglas. El proceso aplicativo del Derecho deja de entenderse como una operación mecánica, convirtiéndose en algo necesariamente axiológico²⁸, desde el momento que la justicia constitucional deberá llevar a cabo su valor recurriendo a los principios y valores consagrados en la Constitución.

Y como nos advertía Eduardo García de Enterría, muy tempranamente, en los inicios de los años sesenta, se advierte ya que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene. Y esta constatación va a motivar un artificioso esfuerzo para apuntalar la teoría básica que sostenía que las lagunas de la ley se integraban mediante un proceso deductivo operado inmanentemente a partir de las propias leyes positivas, mediante la llamada expansión lógica de las normas singulares, sin acudir a ningún principio trascendente de justicia material, y ello con objeto de no romper la unidad y homogeneidad del sistema²⁹.

Puede, por tanto, afirmarse que la respuesta del Derecho al avance de la ciencia es precisamente, al contrario de lo que ocurriera en la primera mitad del siglo XX, cuando el Derecho pretendió aproximarse al propio método y discurso científico, es apartarse de ella en su construcción y aplicación. El cientifismo se equilibra jurídicamente con los valores y la incertidumbre del avance de la ciencia se afronta con la menor certidumbre jurídica de los principios. Como dijera Manuel Aragón Reyes, no asistimos realmente a la crucifixión del positivismo, sino a la positivización del iusnaturalismo³⁰.

5. Incertidumbre, principios y papel de los Tribunales y los comités

El protagonismo de los principios tiene su impacto también en la propia división del poder, en la parte orgánica del ordenamiento jurídico, ya que conlleva que el poder judicial deba ocupar un papel estelar, como último intérprete de la solución jurídica al conflicto. Como señala Lucas Murillo de la Cueva, el optar por cláusulas generales, dotadas de flexibilidad, en lugar de por cláusulas cerradas (reglas), afecta directamente al sujeto que ha de adoptar la decisión. Y, así, en el caso de las reglas será el legislador el que tome la iniciativa, en el segundo será el juez el llamado a desempeñar la función esencial en el sistema³¹. El dogma de la posición del juez como *bouche qui prononce les paroles de la loi*, como *être inánime*, en la clásica expresión de Montesquieu, es abandonado, y con ello, quizá el punto clave a que pretendía conducir toda la construcción positivista³². El ideal asentado tras la Revolución Francesa, en virtud del cual el Juez es la mera boca de la Ley, debiendo ser borrado de nuestra lengua el término jurisprudencia, tal y como proclamara Robespierre en 1790 ante la Asamblea Constituyente, ha perdido su vigencia. La Ley será nuevamente más un género filosófico que una

²⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, 2000, 47-49.

²⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, en *RAP*, 40, 1963, 191.

³⁰ M. ARAGÓN REYES, *Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 29, 2013, 23.

³¹ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Derechos fundamentales y avances tecnológicos. los riesgos del progreso*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXVII, 109, 2004, 90.

³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley*, cit., 193.

técnica jurídica en los términos empleados por Carbonnier³³. La pretensión de reducir el Derecho a un conjunto cerrado y sistemático de normas positivas y la exclusión de él de toda referencia al valor material de la justicia no es ya posible ni admisible.

En este contexto de los casos difíciles es en el que Carlos Bernal Pulido, en su defensa de la racionalidad de la regla de ponderación, desarrolla la noción del margen de deliberación del juez. Y así, señala que en los casos difíciles el juez se encontrará con la dificultad de determinar qué derecho tiene más peso, lo que en muchas ocasiones no será posible establecer dado que los que se encuentran en colisión son de la misma naturaleza (los denominados empates ponderativos), como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de la protección de la vida o de la dignidad humana. En estos casos, la determinación del peso abstracto de los principios y, por tanto, de la solución del caso depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la Constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario, esta teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. El juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la Constitución. El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que de la Constitución no deriva ninguna respuesta correcta. No puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad. Ello hace que se le abra al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política³⁴. Sin embargo, al exigírsele un método concreto de argumentación, cabe un control estrictamente jurídico sobre la solución adoptada. De este modo, el método argumentativo que proporcionan los principios y, en especial, el principio de proporcionalidad permite desterrar la arbitrariedad en la toma de decisiones, promueve la deliberación de los asuntos públicos de la sociedad y, al contar con un mecanismo más o menos riguroso y racional de interpretación sobre los principios constitucionales, satisface el valor de seguridad jurídica, con lo cual se fortalece el Estado constitucional³⁵.

Así pues, los cambios en la forma de interpretar la Ley que, es lo que a la postre venimos planteando, conlleva no sólo el cómo ha de ser interpretada, sino también quién ha de interpretarla. Dentro de esta pregunta se encuentra la respuesta no sólo a un problema hermenéutico, sino más allá, a un verdadero problema de índole jurídico-político: el determinar en manos de quién está la última palabra en el sistema de poderes que configura el orden constitucional. El cómo y el quién van indisolublemente de la mano. Ambos problemas están perfectamente interrelacionados, dado que las propias singularidades de la interpretación de la norma van a provocar que el intérprete ostente necesariamente un campo más o menos amplio de interpretación. Las propias características del objeto y manera de la interpretación provocan la amplitud de los poderes del intérprete.

En todo caso, los jueces no son ahora los señores del Derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el siglo pasado. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del

³³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, 18.

³⁴ C. BERNAL PULIDO, *La racionalidad de la ponderación*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 2006, 71.

³⁵ J. CÁRDENAS GRACIA, *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVII, 139, 2014, 82.

Derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre Ley, derechos y justicia³⁶. Y en este marco, la confianza en los jueces no deriva ya de una posición elitista, sino en la mera necesidad, en la dificultad de hacerlo de otra manera. El juez quedará, como garantía de la seguridad jurídica, sujeto por los principios y por la exigencia de la argumentación de acuerdo con unos estándares preestablecidos, como, por ejemplo, ocurre con el principio de proporcionalidad. Estaremos, una vez más, ante una legitimidad, la del juez, que se fundamenta no en el principio democrático, sino en la argumentación y motivación de las decisiones.

El propio Gustavo Zagrebelsky, en su defensa del importante papel que deben desempeñar ahora los jueces en el marco de un sistema jurídico en el que los principios son ya instrumentos indispensables del mismo, destaca la trascendencia de contar con jueces, no solo bien reclutados y responsables, sino formados en un nuevo panorama que exige una transformación del poder judicial y una superación del modelo anacrónico en el que los jueces siguen viéndose como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos, válidos en cuanto tales, pero alejados de las expectativas que la sociedad necesita poner en ellos³⁷.

El escenario que debe desarrollarse frente al avance de la biomedicina y de las nuevas incertidumbres que ello conlleva debe dotarse también de herramientas que permitan una participación efectiva de los ciudadanos. Y ahí es cuando el papel de los comités de bioética encuentra su justificación en el contexto actual.

Un ejemplo en España y en el ámbito de la reproducción humana asistida, sería la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. La Comisión fue creada mediante Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, que fue modificado por Real Decreto 42/2010, de 16 de enero, adaptándose así a las nuevas técnicas, y otras que en un futuro puedan surgir por los avances científicos, y que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida contempla en su articulado.

Los Tribunales pueden recurrir en su análisis de los casos a la opinión fundada en bioética de los Comités de Ética, como de hecho está ocurriendo en algunos casos en la realidad (véase, el caso de la donación entre vivos de órganos o la toma de decisiones sobre los tratamientos al final de la vida). Sin embargo, tal criterio experto no puede fundamentar la decisión final, sino solo ofrecer elementos para la argumentación.

En palabras de la Comisión Presidencial de Bioética de Estados Unidos los organismos nacionales de Bioética pueden ayudar a facilitar el proceso deliberativo, actuando como una forma de conciencia

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 153.

³⁷ *Ibidem*, 149-150.

nacional. Así, pueden proporcionar un foro público para la evaluación de los conflictos muy complejos que sea utilidad para los órganos que, a la postre, han de adoptar las decisiones³⁸.

Así pues, el Tribunal se enfrenta ahora a la tarea de aplicar los principios incorporados a la norma, para lo que ya no es suficiente la mera subsunción del supuesto de hecho a la consecuencia jurídica, sino que es precisa una labor interpretativa, de exégesis. Y para apoyar dicha exigencia de interpretación de los principios, los Tribunales pueden apoyarse en el criterio que les faciliten los comités de bioética. En definitiva, parece que los comités que surgen como figura inescindible de la Bioética encontrarán de nuevo una etapa de esplendor derivada de la incertidumbre y de la necesidad que esta conlleva de promover fórmulas jurídicas más abiertas y flexibles. Si los Tribunales han de tener un importante rol ante el avance de la biomedicina, al exigirse la interpretación de principios para resolver nuevos supuestos de hecho inciertos, también han de tenerlo los comités en apoyo de la labor de aquéllos.

³⁸ Presidential Commission for the study of bioethical issues, *Bioethics for every generation: deliberation and education in health, science, and technology*, Washington DC, mayo 2016, 29.

La protección jurídica de las personas trans a la luz del nuevo escenario normativo en España

Elena Atienza Macías*

THE LEGAL PROTECTION OF TRANS PERSONS IN LIGHT OF THE NEW REGULATORY SCENARIO IN SPAIN

ABSTRACT: The study of transsexuality requires an interdisciplinary approach, not only from a legal point of view, but also with the contribution of other disciplines such as medicine, psychology, sociology, ethics and philosophy. This is without forgetting the fact that it has been the subject of intense political debate, with the consequent legal fluctuations that this problem has experienced. This contribution aims to analyse the legal situation following the approval of the recent Law 4/2023, of 28 February, for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of the rights of LGBTI people.

KEYWORDS: Transsexualism; Gender Identity; Health System; Human Rights; Discrimination; Spain

RESUMEN: 1. Introducción: antecedentes y panorama normativo vigente – 2. La respuesta de la legislación española: ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI – 2.1. Justificación y objeto – 2.2. Personas legitimadas – 2.2.1. La “nueva” situación de los menores de edad – 2.2.2. ¿Qué pasa con los menores de 12 años? – 2.2.3. ¿En qué situación deja la norma a los trans extranjeros? – 2.3. Procedimiento – 2.4. Efectos – 3. Luces y sombras de la nueva normativa. Reflexión sobre algunos casos de fraude de ley.

* *Doctora en Derecho por la Universidad de Deusto, Investigadora Ramón y Cajal del Ministerio de Ciencia e Innovación, Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, Campus Donostia-San Sebastián. Mail: elena.atienza@deusto.es. El presente trabajo toma como punto de partida la ponencia presentada el 10 de mayo de 2024 en la Conferencia «La rettificazione anagrafica del sesso tra giurisdizione e amministrazione: spunti di diritto comparato», organizado por el Dipartimento di Biologia Cellulare, Computazionale e Integrata (CIBIO) & Facoltà di Giurisprudenza & de la Università di Trento bajo el título “La transexualidad ante el legislador español”. Conferencia que se enmarcaba dentro del Ciclo di Seminari PRIN T.R.A.N.S. Rights (Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification Research Project – financiado por la Unión Europea - Next Generation EU). Dicha ponencia se ha revisado, ampliado y actualizado durante la estancia de investigación postdoctoral de la Dra. Atienza en el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università di Pisa, en Italia (durante el periodo Marzo-Mayo 2024) en el contexto de las ayudas Ramón y Cajal 2021 del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación para el período 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y por la que se aprueba la convocatoria de tramitación anticipada correspondiente al año 2021, en concreto la Ayuda Ramón y Cajal con Referencia RYC2021-033628-I. Igualmente, la autora agradece la ayuda del Departamento de Educación del Gobierno Vasco destinada a apoyar las actividades de los grupos de investigación del Sistema Universitario Vasco (Ref. IT1472-22). Para ser precisos: el grupo de investigación “Integración Europea y Derecho Patrimonial en un contexto global”, reconocido como grupo de investigación del Sistema Universitario Vasco (Ref. IT 1472-22). Artículo evaluado positivamente por dos expertos externos.*



1. Introducción: antecedentes y panorama normativo vigente

En España con la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (o Ley 3/2007), se cubrió el vacío legal en que se encontraba la transexualidad¹. Vacío legal que se iba salvando por vía de una jurisprudencia (es decir, a través de sentencias de los Tribunales) contradictoria y oscilante. Esta ley de 2007 eliminó incertidumbres y aportó un mayor grado de seguridad jurídica.

Por este motivo, supuso un verdadero hito normativo la aprobación de esta Ley 3/2007, y más si cabe su encuadramiento en el seno del artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978 que proclama la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad² y, de forma implícita, el reconocimiento del “derecho a la identidad sexual”.

Asimismo, resultaba trascendental la supresión del presupuesto de cirugía de reasignación sexual como requisito inexcusable para la modificación registral, que venía exigiéndose por vía jurisprudencial. En efecto, la ventaja más reseñable de esta Ley 3/2007 se refería a la no exigencia de intervención quirúrgica para el cambio de nombre³.

Sin embargo, presentaba los inconvenientes de, por una parte, la obligatoriedad de tratamiento hormonal durante dos años (con el consiguiente riesgo de esterilización) y, por otra parte, el requerimiento de un diagnóstico psiquiátrico denominado “disforia de género”. Sin olvidar que suponía una exclusión de pleno respecto a los menores de edad (18 años) así como respecto de las personas trans extranjeras en España.

Y, efectivamente, hablamos en pasado porque esta Ley 3/2007 ha sido derogada, es decir, carece de vigencia. La situación normativa ha cambiado tras la aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Y, es la Ley 4/2023 la que actualmente se encuentra en vigor.

El cuadro normativo en vigor, haciendo una comparativa con su predecesor (esto es, el establecido por vía de la Ley 3/2007 de 15 de marzo), no solo ha reafirmado el fundamento en la autonomía de la persona, a la hora de decidir qué sexo es el legal (véase, registral), sino que, además, ha supuesto cambios significativos.

Así las cosas, el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo, en ningún caso podrá estar vinculado ni a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento; ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

¹ Como uno de los trabajos más pioneros destaca el de Y. BUSTOS MORENO, *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Madrid, 2008.

² Incide en el libre desarrollo de la personalidad como fundamento de la rectificación registral A. EMALDI CIRIÓN, *La transexualidad en España: reflexiones críticas y mecanismos de mejora de una legislación con debilidades*, en A. EMALDI CIRIÓN, E.J. ARMAZA ARMAZA (directores), *Avances y desafíos en la protección jurídica de las personas trans*, Madrid, 2023, 40-42.

³ Sobre el particular E. ATIENZA MACÍAS, *Lección 7. Identidad sexual y sexualidad*, en C.M. ROMEO CASABONA (director); P. NICOLÁS JIMÉNEZ, S. ROMEO MALANDA (coordinadores), *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Madrid, 2022, 169-195.

En esta línea hay que significar que la Ley 4/2023 configura la rectificación registral de la mención del sexo como un derecho. Tal y como se cuida de explicar el Preámbulo de esta ley, el derecho al cambio registral de la mención al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución Española y constituye una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal, como reza el artículo 18.1 de la Constitución Española.

Según la vigente normativa española, la definición de una persona sobre si es o no trans está dentro de su libre albedrío. Esto se corresponde con la idea de autodeterminación de género, que se emplea para hacer referencia a la posibilidad que tiene la persona para cambiar la mención del sexo y el nombre con los que consta en el Registro Civil, solo con su voluntad.

2. La respuesta de la legislación española: ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

2.1. Justificación y objeto

Cabe preguntarse cuál es la razón que obedece a la promulgación de la Ley 4/2023, en tanto en cuanto ya disponíamos de una norma (la Ley 3/2007) que regulaba la problemática de la transexualidad.

La vigente ley de 2023, comparándola con la ley anterior de 2007, no solo ha reafirmado el fundamento en la autonomía (voluntad) de la persona, a la hora de decidir qué sexo es el legal (registral), sino que, además ha incluido cambios significativos.

Así, el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo ya no se encuentra condicionado:

Ni a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento.

Y esto es coherente con que, dado que la transexualidad no se considera una enfermedad, no se ha de acudir a un especialista en psiquiatría para que la diagnostique. La ley de 2023 resuelve esta incoherencia respecto de la ley anterior, en concordancia con que la Clasificación Internacional de Enfermedades vigente, ha eliminado la transexualidad del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de «condiciones relativas a la salud sexual», lo que supone un aval a su despatologización.

Ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

Otro aspecto que inducía a cuestionar la Ley 3/2007 se refiere al hecho de que el Tribunal Constitucional español había declarado inconstitucional el artículo 1, apartado 1 de esta ley de 2007 en lo que se refiere a la exclusión de los menores de edad (18 años). Así, la disruptiva Sentencia del Tribunal Constitucional español 99/2019, de 18 de julio, declaraba inconstitucional el artículo 1, apartado 1 de la Ley 3/2007, en la medida en que no incluía, entre los legitimados, a las personas menores de edad con «suficiente madurez» y que se encontrasen en una «situación estable de

transexualidad». Este hecho tan relevante requería una actualización de la normativa, que incluyese la línea argumentativa del Tribunal Constitucional español⁴.

2.2. Personas legitimadas

El punto neurálgico del vigente esquema normativo reside en la delimitación de las personas que pueden solicitar la rectificación de la mención del sexo. No en vano, es el ámbito en donde la normativa de 2023 ha introducido sustanciales cambios respecto de la regulación de 2007.

Indubitablemente, este aspecto de la legitimación es el que ha generado uno de los más acalorados debates en torno a la nueva norma.

El punto de partida se sitúa en la antes mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional español 99/2019, de 18 de julio de 2019, que declaraba inconstitucional el artículo 1, apartado 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La declaración de inconstitucionalidad se basaba en que la ley de 2007 no incluía, entre los legitimados, a las personas menores de edad que, en palabras textuales del Tribunal Constitucional, tuviesen «suficiente madurez» y que se encontrasen en una «situación estable de transexualidad».

El Tribunal Constitucional español consideró inconstitucional que el artículo 1.1. de la Ley 3/2007 no permitiese cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, en las circunstancias descritas (suficiente madurez y situación estable de transexualidad). Y es que el Tribunal Constitucional español entendía que dicha prohibición suponía una injerencia desproporcionada en el derecho a la intimidad y era contraria al principio que garantiza a la persona un espacio de libertad en la conformación de su identidad.

Tras esta sentencia tan disruptiva del Tribunal Constitucional, los menores con “suficiente madurez” y una “situación estable de transexualidad”, podían, por sí solos (sin necesidad de asistencia de sus representantes legales), pedir el cambio registral de sexo y el consiguiente cambio de nombre, debiendo, apreciarse la concurrencia de estos requisitos caso por caso. Y esta misma argumentación que esgrimió el Tribunal Constitucional español, se reflejó en la Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala 1ª Pleno) núm. 685/2019 de 17 de diciembre de 2019.

2.2.1. La “nueva” situación de los menores de edad

Qué duda cabe que a esta situación de los menores de edad debía responder la nueva normativa⁵.

En este sentido, con la vigente ley de 2023, y de cara a la legitimación para solicitar la rectificación a tenor del artículo 43 de la Ley 4/2023, resultan apreciables tres intervalos de edades, dentro de la minoría de edad.

En primer lugar, las personas de 16 años cumplidos. Coincide con la edad en que la persona tiene derecho a contraer matrimonio, es la edad legal de consentimiento sexual⁶, pueden emanciparse y

⁴ Sobre dicha sentencia tan rompedora, S. HIDALGO GARCÍA, *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica. LGTBIQ+ y Ley Trans de 2023*, Pamplona, 2023, 145-152.

⁵ S. DÍAZ ALABART, *El cambio de la mención registral de sexo de los menores en la ley trans de 2023*, en *Revista de Derecho Privado*, 1, 2024, 3-43.

⁶ Se refiere a aquella edad en la que legalmente se considera que una persona puede consentir tener relaciones sexuales. De tal manera que las personas que no han alcanzado la edad de consentimiento sexual, no pueden

trabajar, entre otras posibilidades. Y lo que es más importante por lo que a nuestra especialidad interesa, coincide con la edad a partir de la cual puede otorgar autónomamente el consentimiento en el ámbito de la salud. Así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente establece, en su artículo 9.4, la mayoría de edad sanitaria en los 16 años, (excluyendo los casos de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida que se rigen por la mayoría de edad de carácter general, esto es, 18 años)⁷. Con todo y pese a la gran controversia en este asunto⁸, el consentimiento autónomo en mayores de 16 años sería plausible y descansa en una lógica jurídica según la justificación anterior.

En segundo lugar, se incluyen las personas mayores de 14 años y menores de 16 años. Desde un punto de vista jurídico, su órbita de actuación es limitada en la medida en que se encuentran o bien bajo la potestad parental o bien bajo el manto de la tutela. Solamente es viable que actúen de forma autónoma en aquellos casos que expresamente la ley lo consienta y es que, a estas personas se refiere el Tribunal Constitucional en su meritada sentencia. No es fortuito que la normativa expresamente las legitima para que puedan presentar la solicitud por sí mismas pero asistidas en el procedimiento por sus representantes legales.

Con obvias reservas, no se consideró pertinente dejar totalmente a la autonomía que actúe individualmente, sin contar al menos con las personas que son responsables de ella, en lo que afecta al procedimiento. Esta apostilla implica que, independientemente de la intervención de quienes ostentan potestad, la voluntad de la persona es la que prima de cara a que prospere lo que se pretende. Huelga decir que, aunque la norma no lo indique, cuando sean dos personas las que asuman la representación legal (ordinariamente en la potestad parental), han de ser las dos las que asistan. En caso de desacuerdo de las personas progenitoras o representantes legales entre sí o con la persona menor de edad, se ha de recurrir al nombramiento de un defensor judicial⁹.

En una tercera órbita, se sitúan las personas mayores de 12 años y menores de 14 años, que pese a su la minoría de edad, las personas de este intervalo son las púberes, dicho de otra forma, han entrado en el proceso de maduración sexual. Por ende, de esta circunstancia, que se materializa en un intervalo de edad, se explica que estén legitimadas para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. Comoquiera su minoría de edad, se ha valorado que resulte ineludible solicitar autorización judicial respetando un procedimiento específico, creado *ad hoc* y regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria o LJV en sus artículos 26 bis, ter, quater, quinquies.

legalmente dar su consentimiento para la actividad sexual y esto significa que cualquier tipo de conducta de contenido sexual con un menor de 16 años constituye, en principio, un delito.

⁷ P. J. GORROTXATEGI GORROTXATEGI, *Ley Trans, liberum arbitrium*, en *Revista Pediatría Atención Primaria*, 98, 2023, 57-59.

⁸ Reflexiona sobre ello indicando que la referencia a la madurez es un arma de doble filo, ya que es un concepto altamente subjetivo, además de que puede haber problemas de conflictividad familiar, de ahí que actualmente la edad se sitúa en los 16 años. F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Medidas en el ámbito de la salud para la igualdad real y efectiva de las personas trans. A propósito de la ley 4/2023*, en *Revista Derecho y Salud*, 2, 2023, 17.

⁹ Con gran tino lo detalla M.C. GETE-ALONSO CALERA, *La rectificación del sexo en la nueva legislación española: A propósito de Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 82, 2023, 30-36.

Por tanto, en lo que respecta a la línea de los 14 y los 12 años se busca crear una aproximación progresiva al libre ejercicio de la autodeterminación de género, aun así, de nuevo, no son edades azarosas, sino que responden a lógicas jurídicas.

2.2.2. ¿Qué pasa con los menores de 12 años?

La Ley 4/2023 no contempla la posibilidad del cambio registral de la mención del sexo en menores de 12 años. No obstante, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, como se expuso anteriormente, se dejaba la puerta abierta a los menores, con suficiente madurez y en situación estable de transexualidad, sin un límite expreso de edad mínima. Esto ha dado lugar a diversos pronunciamientos de algunos jueces responsables de Registros Civiles, que han aceptado solicitudes de menores de 8 y 9 años, representados por sus progenitores, al valorar que se daban los requisitos marcados por el Tribunal Constitucional en su relevante sentencia de 2019. Se supone que ahora esta vía queda imposibilitada con la entrada en vigor de la Ley 4/2023. Ahora bien, no resulta descartable – tal y como plantea Navarro Marchante¹⁰ – que pueda plantearse una nueva cuestión de inconstitucionalidad, cuando algún juez encargado del Registro Civil, que deba resolver alguna petición de cambio de algún menor de 12 años, dude de la constitucionalidad del límite legal mínimo de edad. Como forma de atenuar la situación de los menores de 12 años y facilitar su desenvolvimiento diario, la Ley 4/2023 también prevé que las personas menores que no hayan cambiado la mención registral del sexo pero sí las del nombre tienen derecho a que las Administraciones Públicas y las entidades privadas con las que se relacionen expidan todos los documentos personales según la nueva mención del Registro Civil.

2.2.3. ¿En qué situación deja la norma a los trans extranjeros?

Además de la edad, la norma expresamente se refiere a personas de nacionalidad española, lo que parece excluir, en principio, cualquier otra nacionalidad. En sí, la regla no es discriminatoria sino consecuencia lógica del sistema ya que una persona que tenga otra nacionalidad, por definición, no constará inscrita en el Registro civil español¹¹.

Sin embargo, la afirmación de que solo caben las personas de nacionalidad española no es del todo exacta. En efecto, el texto legal de 2023, con ocasión de regular la adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras, admite a las personas de nacionalidad extranjera que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de rectificar el sexo y nombre en su país, siempre que reúnan el resto de los requisitos, salvo la nacionalidad, que podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello. Además, la Ley 4/2023 contempla la posibilidad de que las personas extranjeras, nacionales de países

¹⁰ V.J. NAVARRO MARCHANTE, *El derecho de autodeterminación de género en la legislación trans en España*, en *Teoría y realidad constitucional*, 51, 2023, 434-435.

¹¹ De tal manera que el Artículo 43 de la Ley 4/2023 (relativo a la “Legitimación”) en su apartado 1, solamente reconoce la posibilidad de poder rectificar la mención relativa al sexo de las personas en el Registro Civil a “Toda persona de nacionalidad española”, teniendo su fundamento en que el extranjero hasta que no se nacionalice y adquiera la nacionalidad española, no tiene una inscripción de nacimiento en el Registro Civil donde poder practicar dicha rectificación y ulteriormente acreditarlo.

donde no sea posible hacer la rectificación registral del sexo, puedan solicitar en nuestro país que la documentación administrativa que se les proporcione contemple ese cambio de sexo, y nombre, aplicando los mismos requisitos que para los españoles.

2.3. Procedimiento

Acorde a la segmentación de edades en que se deslinda en la ley para legitimar a la persona, se ha de distinguir un procedimiento común o general y el procedimiento especial (personas mayores de 12 años, pero menores de 14).

El procedimiento de rectificación común se refiere a las personas mayores de edad, mayores de 16 años y mayores de 14, es el que se regula en la Ley 4/2023 (arts. 45 y 46), y, en general es bastante sencillo.

Se trata de un procedimiento registral que se tramita en la oficina del Registro Civil en la que se presente la solicitud, conforme a lo que se establece en la Ley 4/2023 y la normativa del Registro Civil. La competencia para la tramitación del procedimiento de rectificación registral de la mención del sexo corresponde a la persona encargada de la Oficina del Registro Civil en la que se presente la solicitud¹². Se inicia con la presentación que hace la persona legitimada ante cualquier Oficina del Registro Civil y no está condicionado, insistimos, a la exhibición de informe médico o psicológico (como lo estaba en la legislación derogada), ni a la modificación previa de la apariencia de la persona mediante procedimientos quirúrgicos, médicos o de otro tipo.

La Directriz 2ª de la Instrucción de 26 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, indica que la documentación que debe presentarse “solo y exclusivamente” es:

1. «Escrito de solicitud, que deberá incluir los datos de identidad de la persona solicitante y, en su caso, la elección del nuevo nombre.
2. Certificado literal de nacimiento de la persona interesada (salvo que dicho certificado pueda ser obtenido por la propia oficina de Registro).
3. DNI de la persona interesada y, cuando esta sea menor de 16 años, DNI también de su/s representante/s legal/es».

Recibida la solicitud se cita a la persona legitimada para que comparezca, en el supuesto de personas mayores de 14 años pero menores de 16, que debe estar asistida por sus representantes legales. En la comparecencia, la persona encargada del Registro Civil ha de recoger la manifestación que hace la persona de su disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y la solicitud de que se proceda a la correspondiente rectificación. Salvo que la persona manifieste la voluntad de conservar el nombre que ostente, la solicitud ha de incluir la elección del nuevo nombre que se debe ajustar a la normativa registral.

En la comparecencia, la persona encargada del Registro Civil informa a la solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación que se pretende, del régimen de reversión, las medidas de

¹² De forma detallada es explicado por M.C. GETE-ALONSO CALERA, *La rectificación del sexo en la nueva legislación española: A propósito de Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 82, 2023, 30-36.

asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluidas las medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Asimismo, ha de poner en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

Cuando las personas solicitantes sean menores de 18 años y mayores de 14, todas las que intervienen en el procedimiento han de tener en cuenta, en todo momento, el interés superior de la persona menor¹³, a quien se ha de dar audiencia, si está en la franja de edad entre 14 y 16 años. La persona encargada del Registro Civil está obligada a proporcionar la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada, así como la información complementaria que proceda, en lenguaje claro, accesible y adaptado a las necesidades de la persona. Facilitada la información, si quien ha solicitado la rectificación está de acuerdo ha de firmar la comparecencia inicial y reiterar la petición de rectificación de la mención registral del sexo.

La persona encargada del Registro civil, en el plazo máximo de 3 meses desde la comparecencia inicial, ha de citar a la solicitante para que comparezca de nuevo y ratifique su solicitud confirmando que mantiene su decisión de que se rectifique el sexo que consta en el Registro.

En el plazo máximo de un mes, a contar de la fecha de la segunda comparecencia, previa comprobación de la documentación que obra en el expediente, se ha de dictar resolución sobre la rectificación registral solicitada.

Por su parte, cuando se trata de una persona mayor de 12 años, pero menor de 14, es precisa una autorización judicial que se demanda en un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria (arts. 26 bis a 26 quinquies LJV).

Este procedimiento, para el que no es obligatoria la intervención de asistencia letrada ni de procura, se tramita en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya mención registral pretenda rectificarse o, si no lo tiene en el de su residencia. El expediente lo promueven las mismas personas, asistidas por sus representantes legales o por la persona que los defiende judicialmente (cuando haya desacuerdo), en caso de discapacidad con las medidas de apoyo que necesite (art. 26 ter LJV).

2.4. Efectos

El resultado principal que se pretende es que tenga lugar la modificación de la mención registral del sexo que consta y se sustituya por el que manifiesta la persona que lo solicita. De forma complementaria, a su vez, el cambio del nombre (arts. 48 a 51 Ley 4/2023) y que sea considerada, jurídicamente, como persona que forma parte del sexo (género) rectificado, con todas las consecuencias.

¹³ *In extenso* A. APARISI MIRALLES, *La administración de bloqueadores de la pubertad y de hormonas cruzadas a menores de edad en el marco de la Ley 4/23, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 49, 2023, 762-766.

Empero una serie de matizaciones -que especifica la propia norma- han de ser observadas en aras de no incurrir en anomalías:

Esta ley posee una salvaguarda para que no se utilice indebidamente para eludir la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, la modificación del nombre, no alteran el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, se aplicaba a la persona a los efectos de la aludida Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (art. 46.3 Ley 4/2023).

Lo que significa que, si la persona que ha rectificado la mención registral estaba sancionada o sometida a alguna medida resultante de la aplicación de dicha ley, el hecho de que haya cambiado de sexo no supone que quede sin efecto. Con ello se trata de evitar la posible utilización fraudulenta de las reglas sobre la rectificación registral del sexo, para eludir o no cumplir la sanción que se hubiere impuesto.

La persona que rectifique la mención registral del sexo pasando del sexo masculino al femenino podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, para aquellas situaciones generadas a partir de que se haga efectivo el cambio registral, pero no respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral.

Entre estas anomalías se encuadra el posible fraude de ley. Dentro de los estrictos términos de la Ley 4/2023, el encargado del Registro Civil velará porque no se produzca fraude de ley o abuso de derecho. El fraude de ley se regula en el artículo 6 del Código Civil: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Este artículo del Código Civil es transversal, es decir, se aplica a todas las jurisdicciones, no es que cada ley tenga que recoger el fraude de ley. Pero no supone un delito en sí mismo. La consecuencia es que se anulará el acto que se ha cometido fraudulentamente. En este caso, si alguien modificase su mención registral del sexo no por el reconocimiento legal de su identidad, sino por supuestos beneficios legislativos, se anularía dicha modificación, volviendo a su inscripción previa. En este sentido no está prevista sanción, ni multa. Así, el fraude de ley, de probarse, implicaría la anulación de los efectos obtenidos por el abuso de la ley.

El legislador de 2023 ya supuso que podrían producirse algunos casos de personas que, amparándose en la literalidad de la ley, intentasen el cambio de sexo con el objetivo de conseguir beneficios económicos, laborales o de cualquier otro tipo. La realidad no ha tardado en ofrecer algunos ejemplos de ello.

3. Luces y sombras de la nueva normativa. Reflexión sobre algunos casos de fraude de ley

Ya en marzo de 2023 (que no pase desapercibido que se trata del mismo mes de promulgación de la nueva normativa), distintos medios de comunicación daban a conocer que en las oposiciones de acceso a la Policía Local de Torreldones (Madrid), un opositor que se había inscrito como hombre, solicitó posteriormente el cambio de sexo para poder hacer las pruebas físicas reservadas a las mujeres, que

tenían menor exigencia. Se da la circunstancia de que anteriormente había participado en otras seis oposiciones más en la Comunidad de Madrid, en todas ellas como hombre, sin haber conseguido plaza. Con fecha de 27 de septiembre de 2023, el Consejo General del Poder Judicial publicaba la noticia de que el Registro Civil de Las Palmas de Gran Canaria denegaba la solicitud de un sargento del Ejército del Aire de inscribirse como mujer para conseguir un ascenso laboral. En el auto denegatorio (Auto Registro Civil Único Las Palmas de Gran Canaria, a 18 de septiembre de 2023) se indica que de las manifestaciones que el interesado facilitó ese día no es posible deducir con suficiente certeza que la finalidad perseguida con su solicitud se acomode al objetivo perseguido por la Ley. El juez constata que no había «cambio físico» en el interesado. Ni tampoco que solicitara el cambio de nombre. El militar, además, se refirió a sí mismo en todo momento en masculino, no evidenció «ninguna expresión de género en el contexto de las expectativas sociales», ni en relación con el modo de vestir, ni en el uso de uno u otro nombre o pronombre, ni en el comportamiento, ni en la voz, ni en la estética. Desconocía, a su vez, la diferencia entre expresión de género e identidad de género, y expuso «que se siente mujer, pero no quiere que le traten como tal hasta que no se rectifique su sexo». Igualmente, asegura el auto, «indicó no conocer ningún colectivo de apoyo a personas trans, así como no necesitar apoyo psicológico de nadie».

En definitiva, el magistrado concluye que «por su profesión de sargento del ejército del aire, quiere promocionar a subteniente» y recuerda que entre otros preceptos, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los juzgados y tribunales «rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Añade que no es ocioso recordar que la principal reforma del ordenamiento jurídico que incorpora la llamada Ley Trans es que no se exige una alteración de carácter físico, ni quirúrgica, ni el sometimiento a un tratamiento, ni ningún tipo de diagnóstico de disforia de género, reconociendo así la posibilidad de la persona a adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad, la propia identidad como cualidad principal de la persona humana. «Por consiguiente», enfatiza, «el uso de la norma jurídica para la obtención de una finalidad diferente a la prevista en la ley, además de resultar fraudulento y contrario al ordenamiento jurídico, incorpora un especial desprecio a la dignidad de la persona que, para el caso de las personas transgénero, ha tardado muchísimo en reconocerse como un derecho humano»¹⁴.

A manera de conclusión hay que decir que, estos supuestos nos inducen a reflexionar¹⁵ sobre el interrogante siguiente: ¿las leyes han de ser impugnadas por los hipotéticos casos de fraude de ley que se puedan producir en su aplicación? Entendemos que la posibilidad del fraude de ley no puede ser motivo para derogar una norma, ya que prácticamente toda legislación tiene la posibilidad de que sea utilizada de manera fraudulenta y esto no puede causar la derogación normativa¹⁶.

¹⁴ Sobre el particular M.E. SERRANO CHAMORRO, *El género como voluntad de elección y constancia legal ¿puede suponer un fraude de ley? (a propósito de la nueva ley 4/2023 de 28 de febrero conocida como ley Trans)*, en *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 101, 2023, 25-56.

¹⁵ Así expone P. RAMOS HERNÁNDEZ, *Comentarios a la ley trans y LGTBI. Análisis del texto normativo*, en *Diario La Ley*, 10252, 2023.

¹⁶ Los posibles fraudes en el campo del deporte vienen generando un acalorado debate. E. ATIENZA MACÍAS, *Los deportistas transgénero desde el Derecho del deporte: una actualización del debate jurídico*, en A. MILLÁN GARRIDO (coordinador), *Novedades jurídicas en la gestión del deporte*, 2024, 69-94.

Dignità del pubblico dipendente e pubblica amministrazione robotizzata

Francesco Siciliano*

PUBLIC EMPLOYEE'S DIGNITY AND THE NEW PUBLIC ADMINISTRATION'S DIGITAL AND ROBOTIC MODEL
ABSTRACT: The paper highlights the theme of legal protection reserved to human dignity in public employment, according to the global spread of digital era, including the A.I. development in decision making process of the public administration. The target is remarking attention on the risks probably occurring to consider the implementation of A.I. in connection with the reduction of human apport to set public functions and services, despite the development of roboethics principles and first legal rules, that seems not yet able to generate a clear order, also referring to the aim to preserve human nature at the base of law principles.

KEYWORDS: Public employee; dignity; A.I.; public administration model; digital era

ABSTRACT: Il lavoro pone l'attenzione sul tema della dignità personale e sociale del pubblico dipendente nell'evolversi del modello "datoriale" di pubblica amministrazione robotizzata. La prospettiva, pertanto, non è quella dei rapporti tra pubblica amministrazione e terzi, rispetto alle decisioni amministrative automatizzate o, comunque, influenzate dall'A.I., ma è quella della dimensione organizzativa interna e della sua difficoltà di contemperare diritto, etica, cultura con lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, il cui profilo di interesse non si esaurisce nella esigenza di preservazione della dignità del dipendente pubblico, ma anche della stessa natura umana sottostante i principi di ogni stato di diritto.

PAROLE CHIAVE: Pubblico dipendente; dignità; A.I.; pubblica amministrazione robotizzata; era digitale

SOMMARIO: 1. Premessa sulla focalizzazione dell'ambito tematico della dignità del pubblico dipendente – 2. L'ispirazione del tema – 3. La ragione della sua attualità. La divaricazione tra immagine e realtà. Il binomio dignità-posizione lavorativa tra la fine del XX° secolo ed i primi decenni del XXI° secolo – 4. (segue): contropunte rispetto al modello ideale di pubblica amministrazione, incidenti sulla dignità del pubblico dipendente – 5. (segue): il peggioramento della situazione con riferimento al suddetto binomio nella seconda metà del trentennio considerato e la proiezione verso l'ambito organizzativo interno – 6. La dignità del pubblico dipendente come valore umano/relazionale nell'era digitale, alle soglie del terzo decennio del ventunesimo secolo: a) il ruolo dell'intelligenza artificiale – 7. (segue): b) perché non una roboetica «giuridicamente rinforzata» a tutela della dignità della

* Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università di Messina. Mail: francesco.siciliano@unime.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

persona umana/dipendente pubblico all'interno del rapporto di servizio? – 8. (*segue*): c) l'“infiltrazione” tecnologica nei poteri e il possibile effetto “cuneo” della robotizzazione tra buon andamento della pubblica amministrazione e dignità umana/relazionale del pubblico dipendente – 9. (*segue*): d) i riflessi sul tema della responsabilità – 10. Considerazioni conclusive: alla ricerca della cultura del dipendente pubblico.

1. Premessa sulla focalizzazione dell'ambito tematico della dignità del pubblico dipendente

Oggi, rispetto al *tempus quod fugit*, impressiona più l'*homo qui fugit*¹, per cui qualunque discettazione sul diritto – qui inteso come facoltà, potere, attribuzione, caratterizzazione della persona – non può prescindere dalla consapevolezza della sua sensibile variabilità (/volatilità) contenutistica, essendo proprio la connotazione della stessa personalità umana (la cui titolarità di situazioni giuridiche soggettive resta finora indiscussa) in continua e rapidissima trasformazione.

Quasi inutile aggiungere che all'accelerazione del tasso di mutevolezza contribuiscono tutte le possibili combinazioni di interessi emergenti nel tessuto sociale, che vanno testate quantomeno alla luce di alcuni parametri basilari, quali la consistenza finanziaria dei valori in gioco (o, se si preferisce, del *budget* realizzativo necessario), il loro livello di effettività sotto il profilo della tutela giurisdizionale, la loro dimensione sovraordinamentale (anche geopolitica ed economica), e, non da ultimo (anzi, forse il contrario), la progressiva invasività dello strumento informatico e telematico di veicolazione dell'esercizio del diritto medesimo sia nella dimensione strettamente privata (es. corrispondenza personale) sia, soprattutto, nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati/cittadini/utenti².

In tale convulso e sterminato contesto, incuriosisce, più della comune dinamica degli intrecci giuridico/relazionali con l'ente pubblico, l'osservazione – all'interno del medesimo – della consistenza e protezione sociale/giuridica della sfera della personalità del pubblico dipendente.

Il punto di osservazione prescelto è, pertanto, la posizione giuridica di quest'ultimo, spesso sintetizzata nella riepilogazione di mansioni, doveri e responsabilità, ora per il riconoscimento delle varie voci retributive, ora, di converso, per testare il livello di affidabilità e predisposizione del dipendente medesimo rispetto al «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.) prestato³.

La sensazione è che la suddetta configurazione “compilativa” non aiuti pienamente – così nel pubblico impiego come nel settore privato, anche libero-professionale – a cogliere tutte le sfaccettature problematiche del comune riferimento alla *dignità* del lavoratore.

¹ Non in senso naturalistico collegato al ciclo della vita (*homo fugit velut umbra*), ma in quello figurato da Platone di dileguarsi, decomporsi, svanire, scomparire dell'essenza socratica della natura umana: «Infatti, io vado intorno facendo nient'altro se non cercare di persuadere voi, e più giovani e più vecchi, che non dei corpi dovete prendervi cura, né delle ricchezze né di nessun'altra cosa prima e con maggiore impegno che dell'anima (*ψυχή*) in modo che diventi buona il più possibile, sostenendo che la virtù non nasce dalle ricchezze, ma che dalla virtù stessa nascono le ricchezze e tutti gli altri beni per gli uomini, e in privato e in pubblico». Cfr. G. REALE (a cura di), Platone, *Apologia di Socrate*, Bompiani, 2000.

² O, in alternativa, dei rapporti interpretati alla luce di una determinata regolamentazione amministrativa.

³ Cfr. A. CERRI, *Fedeltà (dovere di) (ad vocem)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIV, Roma, 1989; A. MONTANARI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, 601 ss.; D. IMMORDINO, *Spunti sul principio di fedeltà alla Repubblica*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2011, 3-4, 131 ss.; ID., *Brevi spunti sullo statuto costituzionale del pubblico impiego*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 5, 2011, 277 ss.

Che quest'ultima sia meritevole di primaria protezione giuridica è indiscusso, ma risulta intuitivamente che essa venga ricondotta più che alla dignità in assoluto della persona-pubblico dipendente, al suo diritto ad un ambiente lavorativo salubre, sicuro e non mortificante⁴ ed al doveroso rispetto del principio di proporzionalità tra quantità e qualità⁵ del lavoro prestato, di cui all'art. 36 Cost.⁶.

Dei suddetti due profili, peraltro, è chiara la centralità e la particolare attualità a livello globale nel mondo del lavoro, con riferimento, ad esempio, a specifici settori, nei quali è più facile l'attecchimento del precariato, del lavoro sommerso e dei salari ben al di sotto dei limiti contrattuali di categoria⁷.

È evidente, altresì, che ogni sforzo migliorativo profuso sui suddetti due aspetti produca benefici riflessi anche in favore della dignità personale e sociale del lavoratore.

Ma si è anche dell'avviso che la più efficace delle soluzioni con riferimento alle suddette prospettive problematiche, oggetto di odierna attenzione politico-legislativa, non esaurirebbe del tutto l'interesse al ragionamento sulla dignità personale del pubblico dipendente.

Va aggiunto che il pubblico impiego, rispetto al settore privato, presenta un'ulteriore peculiarità meritevole di considerazione sempre ai fini di nostro interesse.

⁴ L'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede il diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose. Si consideri pure, in tale contesto la problematica delle pari opportunità in ambito lavorativo: cfr., a titolo meramente esemplificativo, M. V. BALLESTRERO, *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 1998, 287 ss.; E. GRAGNOLI, *Mobbing (ad vocem)*, in *Nuovissimo digesto italiano aggiornato*, Torino, 2003, 696 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004. P. CHIECO (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari, 2004; L. BATTISTA, *Persona, lavoro, mobbing*, Roma, 2005; T. GERMANO, *Il Codice delle Pari Opportunità tra uomo e donna*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 8, 2006, 748 ss.

⁵ Il cui accertamento è *ab imis* accompagnato da formalismo e discrezionalità, non sempre idonei al perseguimento dell'obiettivo. Cfr., ad esempio, A. MANTERO, *Qualifiche e rapporti informativi dei pubblici dipendenti (ad vocem)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1991.

⁶ È pacifica in giurisprudenza la necessità di garantire la dignità dal punto di vista economico della prestazione lavorativa, sia in ambito pubblico sia in ambito privato. Cfr. da ultimo, a titolo meramente esemplificativo, Cass. civ., Sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711 e 10 ottobre 2023, n. 28320; Trib. lav. Bari, 13 ottobre 2023, n. 2720. In dottrina, a titolo meramente esemplificativo, T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali.*, 2019, 767 ss.; S. BELLOMO, *Lavoro e dignità economica: giustizia retributiva ed interventi di sostegno al reddito ed all'occupabilità*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2023, 214 ss.; C. SALVI, *Il lavoro e la giustizia contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2022, 695 ss.

⁷ Si pensi al caso dell'estensione della disciplina del lavoro subordinato alle prestazioni prevalentemente personali, continuative ed etero-organizzate, anche in quello di attività di consegna e recapito attraverso piattaforme digitali (cfr. d.lgs. n. 81/2015 e d.l. n. 101/2019, convertito dalla l. n. 128/2019). Non a caso, si registrano a livello normativo, oltre a moniti sovranazionali sull'adeguatezza dei salari minimi (cfr. direttiva 2022/2041/UE del 19 ottobre 2022) precisi e recenti indirizzi volti alla proclamazione formale della tutela economica del lavoratore, in determinati ambiti sensibili, ma anche nel lavoro professionale autonomo (l. 21 aprile 2023, n. 49 sull'equo compenso dei liberi professionisti anche nei confronti delle Pubbliche amministrazioni). Si consideri, ad esempio, il settore dell'agricoltura che sta vivendo ormai continuamente dinamiche particolarmente drammatiche e convulse o, in generale, al settore degli appalti pubblici non aventi ad oggetto servizi di natura intellettuale ed in particolare all'art. 57, Dlgs. n. 36/2023, recante l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserimento della cd. clausola sociale, quale requisito necessario dell'offerta.



In particolare, l'approccio *labour law and economics*⁸, per cui la qualificazione del lavoro come merce non necessariamente corrisponde ad una mortificazione dei diritti del lavoratore⁹, va considerato con estrema cautela in riferimento alla dimensione valoriale del pubblico dipendente.

E ciò non solo per la diversa pregnanza del cd. rischio d'impresa e delle dinamiche di mercato da adattare al fine pubblico perseguendo (più nel servizio che nella funzione), ma anche, in stretta correlazione con la prospettiva dell'equilibrio di bilancio, strutturalmente distante dal fine di lucro delle aziende private.

Fermo quanto sopra, si vuole, dunque, ricavare un margine di attenzione ulteriore sul tema della dignità del dipendente pubblico, la cui istanza di protezione non sia limitata a questioni tecnico-giuridiche-economiche riguardanti la posizione lavorativa fine a sé stessa¹⁰, ma, al contrario – in maniera più estensiva – diventi inclusiva dell'interesse alla valorizzazione personale e sociale dell'individuo, attraverso il ruolo che riveste all'interno della compagine amministrativa.

È osservabile, infatti, un frequente riferimento alla dignità in termini discorsivi, senza particolare attenzione alla sua essenza¹¹.

E, oggi, si diceva, proprio mentre la caratteristica natura umana della persona si confronta con continue prove di metamorfosi digitale, il quesito rischia di spostarsi verso la stessa configurabilità (quanto meno secondo schemi "tradizionali") di una simile forma di dignità personale e sociale connessa alla posizione lavorativa presso la pubblica amministrazione.

2. L'ispirazione del tema

Un interessante spunto di ispirazione proviene da un saggio¹² degli anni '90, che – per trattare la specifica questione processuale della legittimazione del dipendente ad agire contro determinati atti organizzatori ostativi alla realizzazione della sua parabola esistenziale – parte proprio dall'assunto incidentale di tipo "sociologico" del lavoro pubblico come strumento di realizzazione personale e sociale.

⁸Già non pacificamente ammesso nel settore privato, come rilevato da P. ICHINO, *A cosa serve il dialogo tra giuristi e economisti del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2023, 183 ss. Cfr., pure, R. DAL PUNTA, *Diritto del lavoro e valori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2023, 151 ss.

⁹ Bensì possa risultare, di converso, una proficua prospettiva per la migliore disamina delle dinamiche del mercato medesimo, il quale a sua volta dà valore (in termini di costo) alla dignità sociale, alla sicurezza, alla salute del lavoratore.

¹⁰ E, dunque, alla tradizionale correlazione attinenza all'elencazione dei diritti e dei doveri del medesimo. In riferimento al quale è frequente riscontrare la disamina normativa, dottrinarica e giurisprudenziale per "compartimenti stagni", ossia in relazione ai singoli diritti (es. qualifica funzionale) e doveri (es. fedeltà), o, comunque, dal punto di vista della configurazione del dipendente come risorsa per la pubblica amministrazione. Cfr., ad esempio, G. TREVES, *Fondamento giuridico del dovere di fedeltà dei funzionari ed impiegati pubblici*, in *Studi sassaresi*, 1933, 423; M. S. GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia) (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XX, Milano, 1970, 293 ss.; M. COLACITO, *Impiego statale (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, 305 ss.; A. Mantero, *Impiego pubblico (ad vocem)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI, Roma, 1989; M. DELL'OLIO, *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995, 2 ss; G. MINNITI, *Note sulle retribuzioni del pubblico impiego in Italia tra gli anni '50 e gli anni 2000*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2003, 2, 53 ss.

¹¹ Come, ad esempio, il suo inquadramento o meno alla stregua di un autonomo diritto soggettivo.

¹² A. TIGANO, *Legittimazione dei pubblici dipendenti ad impugnare atti organizzativi e tutela giurisdizionale dei cd. "rapporti interorganici"*, in AA.VV., *Scritti in onore di P. VIRGA*, Milano, 1994, 1826 ss.

È evidente che la prospettiva sia ben diversa dalla chiave di lettura (pure comune) del pubblico impiego come «ammortizzatore sociale»¹³.

Essa, infatti, trasforma in punto di forza il potenziale tallone d'Achille del dipendente pubblico: «l'interesse privato presente in quest'ultimo rapporto (di servizio, ndr.)», quale elemento in grado di «influire sulle decisioni, di natura organizzativa, relative all'organo o all'ufficio presso i quali il titolare di quell'interesse è addetto»¹⁴.

Sviluppandosi lo studio, poi, verso la naturale direttrice della questione tecnica, viene lasciato sullo sfondo – ma pur sempre dato come assunto – l'interesse del dipendente a mantenere il proprio prestigio nell'ambito dell'organizzazione (al contempo leva dell'iniziativa giurisdizionale), come tale meritevole di apprezzamento e tutela giuridici, al pari della connessa espressione positiva della propria dignità personale¹⁵.

Più è simbiotico il processo di crescita professionale con quello valoriale della persona in ambito sociale, più facilmente l'atto organizzativo, con attitudine a scompaginare il “peso” interno di quel determinato ufficio, si prefigura come lesivo della sfera personale del dipendente.

Ma il passaggio alla dimensione della rilevanza giuridica di tale lesione (tale da sostenere la legittimazione ad agire) è tutt'altro che automatico, poiché, anzi, il diretto riferimento al prestigio personale potrebbe rappresentare persino un contro-argomento di inaccettabile deriva rispetto alla doverosa missione istituzionale di ciascun dipendente, soprattutto se in funzione apicale o, comunque, titolare di un ufficio-organo¹⁶.

Solo rimarcando la funzionalizzazione della prestazione lavorativa del pubblico dipendente al comune progresso materiale e spirituale (artt. 4 e 98 Cost.), è rinvenibile il fondamento alla legittimazione ad impugnare l'atto organizzativo preclusivo della partecipazione del lavoratore medesimo «all'organizzazione politica, economica e sociale»¹⁷.

Tale strada conduce all'inclusione sostanziale «delle esigenze del funzionario tra gli elementi da valutare ai fini della decisione» realizzativi della «la dimensione civica della personalità individuale, che si realizza con e nell'*officium*»¹⁸.

¹³ Che «secondo ricorrenze cicliche, ha traslato su erario e contribuenti i costi derivanti dalla sotto-occupazione nell'impiego privato», secondo A. CASSATELLA, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La selezione del personale amministrativo: un raffronto tra Italia e Germania*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2022, 765 ss., che, a sua volta richiama S. CASSESE, *Federalismo e Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2004, 991 ss.

¹⁴ A. TIGANO, *op. cit.*, 1831.

¹⁵ In maniera ancora più evidente, nei casi di titolarità del medesimo. Così, ID., *op. cit.*, 1835, ove l'A. fa presente che nel caso in cui, ad esempio, un Dirigente sanitario rivesta qualifica apicale, l'eventuale determinazione datoriale di costituzione di nuovi reparti, in alcun modo potrebbe pregiudicare alcuna aspettativa di progressione in carriera, né alcuna modifica qualitativa delle mansioni, ma semmai la pretesa all'esclusività di una determinata competenza o prestazione sanitaria.

¹⁶ ID., *op. cit.*, 1841. L'A. rileva l'insufficienza del parametro di destinatarietà dell'atto organizzatorio, quale criterio di determinazione della legittimazione, in quanto la determinazione amministrativa è primariamente rivolta alla medesima p.a. e solo di riflesso riguarda il dipendente. Di qui la scelta di basarsi su un metodo empirico di individuazione del criterio di legittimazione che tenga conto della rilevanza giuridica dell'interesse privato del funzionario, in relazione al contenuto specifico della determinazione amministrativa.

¹⁷ ID., *op. cit.*, 1850 ss.

¹⁸ ID., *op. cit. et loc. ult.*

Cosicché, se il funzionario rappresenta indubitabilmente l'elemento soggettivo dell'ufficio, allora è quest'ultimo ad insorgere contro l'atto organizzativo lesivo per la conservazione del ruolo dell'organo all'interno dell'apparato.

Dall'altro verso, lo scadimento del prestigio dell'ufficio comporta quello del funzionario che, in ipotesi, lo dirige¹⁹.

Il punto essenziale che qui si vuole rimarcare è il collegamento esplicito tra «la pretesa all'espletamento delle proprie mansioni» ed il «diritto di partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese»²⁰.

Al di là dei suoi riflessi in punto di legittimazione, viene focalizzato un «interesse afferente alla sfera civica della personalità»²¹, riguardante i funzionari burocratici e non burocratici, che è in qualche modo socialmente e giuridicamente rilevante e riguarda la dimensione umana e personale del dipendente della pubblica amministrazione.

3. La ragione della sua attualità. La divaricazione tra immagine e realtà. Il binomio dignità-posizione lavorativa tra la fine del XX° secolo ed i primi decenni del XXI° secolo

Meritevole di primaria attenzione è, pertanto, l'istanza di tutela effettiva della persona del pubblico funzionario e, a monte, della sua parabola esistenziale intrinsecamente connotata dalla propria attività lavorativa.

Ad essa accede, inoltre, il riconoscimento di interessi meritevoli di tutela giurisdizionale nei rapporti interni, nella mera dimensione organizzativa, prescinde dalla valutazione dell'impatto pregiudizievole o meno della determinazione datoriale nella sfera giuridica del cittadino, terzo (estraneo al rapporto di servizio) destinatario di provvedimento amministrativo o fruitore di servizi pubblici.

Questi due profili, tra di loro intrinsecamente connessi, sono, ad avviso di chi scrive, di estrema attualità, ma non affatto disgiunti dall'evoluzione della macchina amministrativa – a cavallo tra gli anni '80 e '90 del XX° secolo – verso l'efficientamento e la procedimentalizzazione²².

¹⁹ Il punto diventa, allora, verificare in quali ipotesi può configurarsi una lesione del prestigio dell'ufficio legittimamente l'iniziativa giurisdizionale da parte del funzionario, assumendo che non tutti gli atti organizzatori sono automaticamente impugnabili dal dipendente. Il lavoro, infatti, si snoda verso la rassegna di quelli a contenuto legittimante (Id., *op. cit.*, 1855-1858): a) Sottrazione di competenze e soppressione dell'ufficio: «la competenza misura dell'attribuzione costituisce anche la misura dell'importanza dell'ufficio», pertanto, decurtazione e soppressione divengono situazioni legittimanti; b) *idem* per moltiplicazione della struttura (*deminutio capitis*), a meno che non si costituisca un rapporto di gerarchia; c) decurtazione della dotazione organica e/o strumentale: ove essa determini inefficienza dell'ufficio con sostanziale sostituzione di competenza da parte di altri uffici efficienti, con possibile «pregiudizio che, da una carenza della dotazione dell'ufficio, può subire il diritto del titolare all'espletamento delle mansioni corrispondenti alla sua qualifica, diritto il cui esercizio può essere concretamente impedito dalla mancanza di una struttura idonea»; d) Ampliamento delle competenze: ove esso determini inefficienza da «sovraccarico»; e) sottordinazione di un ufficio ad altro prima equiordinato. Cfr., più di recente, L. LEVA, *Attribuzione di posizioni organizzative ed interesse legittimo dei dipendenti nel lavoro pubblico (nota a Trib. Trani 22/09/2011)*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2011, 326 ss.

²⁰ A. TIGANO, *op. cit.*, 1859.

²¹ Id., *op. cit.*, 1861.

²² Qui basti, nell'ambito degli studi precedenti all'entrata in vigore della legge n. 241/90, il riferimento a F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1908, 253 ss.; U. FORTI, «Atto»



Sono anni, ad avviso di chi scrive, in cui, però, comincia, allo stesso tempo, ad insinuarsi sottotraccia un'inavvertita divaricazione tra la reale dimensione delle dinamiche pubblicistiche (sia dal punto di vista organizzativo che funzionale) e la loro immagine, così come tra i fatti ed interessi (ascrivibili alle sfere politica e burocratica) e la loro proiezione dogmatica nel mondo giuridico.

Provando ad essere ancora più chiari, non ci si riferisce qui all'immagine, intesa come reputazione o prestigio della persona giuridica pubblica²³ (o privata o della persona fisica): i suddetti valori sono riconosciuti e protetti da aggressioni isolate o sistematiche, con opportuni mezzi di presidio, estrapolabili da diversi ambiti giuridici.

Ci si riferisce, invece, alla costruzione di un modello *ideale* di pubblica amministrazione, supportato dall'impegno della dottrina e della giurisprudenza – tra gli anni novanta e l'abbrivio del secondo

W. S. J. van

e “procedimento” amministrativo (*Note critiche*), in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, I, Padova, 1931, 455 ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 118 ss.; M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Palermo, 1964; ID., *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, 225 ss.; ID., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1980, 252 ss.; ID., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 1986, spec. 1622, ove lo specimen del procedimento amministrativo, al di là della rappresentazione della concatenazione propedeutica al provvedimento finale, è individuato «nell'essere un modo di emergere e di coordinarsi di soggetti impegnati a soddisfare interessi pubblici»; cfr. pure M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 272 ss.

²³ Cfr., recentemente, a titolo meramente esemplificativo del concetto comune di immagine della P.A. e della sua rilevanza giuridica, A. IADECOLA, *La Corte costituzionale e il danno all'immagine dell'amministrazione prima e dopo il codice di giustizia contabile*, in *Rivista della Corte conti*, 4, 2019, 255 ss.

millennio²⁴ – profuso verso la massima propulsione della democratizzazione del procedimento²⁵, con l’obiettivo di accorciare le distanze tra autorità e cittadino/utente, in palese rottura con il passato. Cambia il lessico amministrativo, si va verso semplificazione e trasparenza²⁶, quasi a scacciare i fantasmi del ruotismo cavouriano che albergavano in fortezze inespugnabili per il cittadino.

²⁴ La dottrina sul tema è vastissima. Qui si rinvia a M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione. Atti del Convegno Messina-Taormina*, Milano, Giuffrè, 1990, 3 ss.; G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti: commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1992; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello “neoclassico”*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993, 3 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, XIII, 1997, 683 ss.; M. OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge privacy (il diritto di accesso e la riforma dell’organizzazione della P.A.)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, 376 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2000, 927 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/1990*, in *giustamm.it*, 2005, 35.; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990*, in *giustamm.it*, 2005, 9; F. SATTÀ, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in *giustamm.it*; 2005, 63; G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *lexitalia.it*, 2005; F. CARINGELLA, T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo, Commento organico alla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Napoli, 2005; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006; S. CASSESE., *Mario Nigro: lo studioso e l’opera*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, 685 ss.; M. M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della Legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2010, 459 ss.; più recentemente, M.P. CHITI, *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2020, 721 ss.; G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 571 ss., spec. 586 ss.; M.M. RAMAJOLI, *Dal provvedimento al procedimento amministrativo e ritorno: rileggendo Mario Nigro*, in *Nomos*, 2024.

²⁵ Nella stessa misura in cui, allo stesso tempo, sul versante dei servizi pubblici, poderosi sono risultati gli sforzi di elaborare contenuti, precisare standards di qualità minimi, testare il livello di affidabilità e di gradimento dei medesimi, rendere il fruitore parte attiva nel processo di miglioramento, individuare le più consone modalità di affidamento, ritagliare uno spazio sempre più ampio per la dimensione sociale dei medesimi.

²⁶ Anche la trasparenza, nelle sue varie declinazioni ed evoluzioni, è ovviamente oggetto di profuso studio dottrinario, al quale si può fare solo sintetico cenno, senza pretese di esaustività. Cfr., ad esempio, R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, 416 ss.; G. ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in ID. (a cura di), *L’accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, 42 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell’azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (l. 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992, 56 ss.; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso (riflessione su legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso nella l. n. 241/90)*, in *Diritto amministrativo*, 1995, 315 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Agg., 2002, 96 ss.; S. GAMBINO, *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (legge n. 15/2005) alla luce della revisione costituzionale del Titolo V*, in *Federalismi.it*, 9, 2005; A. PIOGGIA, *La trasparenza dell’organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; F. MANGANARO, *L’evoluzione del principio di trasparenza*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 2013; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza, alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giustizia civile*, 2, 2015, 227 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la preesistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 4, 13 ss.; D.U. GALETTA,

Nella manualistica, circola comunemente l'immagine del "palazzo di vetro", idealmente, più che realisticamente, sottoposto allo sguardo (più o meno attento) della cittadinanza o, ancor più significativamente, dell'utenza.

Molta energia viene riservata sia allo studio delle garanzie del cittadino, nuovo partecipante della canalizzazione del flusso di potere verso la determinazione del contenuto dispositivo del provvedimento finale, sia ai presupposti e limiti dell'iniziativa giurisdizionale, in relazione all'attività vincolata, da un lato, e discrezionale pura, tecnica, mista, dall'altro; sono anni in cui matura l'idea dell'attenzione al risultato²⁷, al perseguimento degli obiettivi, all'aziendalizzazione della P.A.²⁸, con il plauso unanime intorno alla trasformazione del dirigente in *manager*²⁹, al potenziamento della responsabilità, alla progressiva evoluzione dei controlli verso la verifica di gestione, con maggiore interesse verso l'utilizzo delle risorse finanziarie³⁰, e, parallelamente alla spinta ermeneutica verso l'evoluzione (più o meno effettiva) del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto³¹, nonché all'ampliamento della competenza bidimensionale della Corte dei conti.

E, come in un esperimento collettivo di *auto-training*, l'attenzione generale si proietta in maniera più disinvolta sulla disamina dei meccanismi dinamico-funzionali dell'esercizio del potere e dell'erogazione

Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?, in *Federalismi.it*, 10, 2018; F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 25 ss.; ID., *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 743 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 453 ss.; E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, 2022 V. VARONE, *"Amministrazione trasparente" al banco di prova della nuova Governance della trasparenza: verso una Piattaforma unica*, in *Federalismi.it*, 5, 2023, 256; A. CORRADO, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in *Federalismi.it*, 5, 2023, 175 ss.

²⁷ *Ex multis*, L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 57 ss.; A. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione*, in *Diritto e società*, 2000, 101 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 39 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione (Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, 2002)*, Milano, 2003, 107 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 1 ss.

²⁸ Cfr., P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007; M. NAPOLI, A. GARILLI, *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo ed autoritarismo: D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135 (spending review)*, Padova, 2013.

²⁹ A. PIOGGIA, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, 2007, 117 ss.

³⁰ Cfr., a titolo meramente esemplificativo, G. FIDONE, *Efficacia ed efficienza nella riforma della pubblica amministrazione. Dalle misure per l'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico all'"azione per l'efficienza"*, in *Foro amm. – TAR*, 2011, 6, 2180 ss.; F. SCHIAVETTI, *La valutazione della performance*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2014, 3544 ss.

³¹ A titolo esemplificativo, cfr. G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

dei servizi pubblici, piuttosto che sulle regole organizzative e contabili di regolamentazione dell'accesso al rapporto di servizio e di funzionamento degli uffici e dei servizi.

Per parte sua, il pubblico impiego, a livello di insegnamento accademico, tra l'ultimo decennio del ventesimo secolo ed i primi scorcio del seguente, sta in equilibrio, anche in considerazione della privatizzazione avviata dal d.lgs. n. 29/93, tra il diritto del lavoro ed il diritto amministrativo. Non viene trascurato; anzi, viene trattato e sviluppato³², ma meno in una visione sistematica, quale componente, cioè,

³² Anche in questo caso, la dottrina e la manualistica sul tema sono molto ampie ed ovviamente riferite ad un arco temporale ben più esteso di quello sopra indicato. Si rinvia a M.S. GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia) (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, 293 ss.; G. CORSO, *Rapporto di impiego privato e pubblico: la legislazione comune*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, 3, 772 ss.; E. GHERA, *Il pubblico impiego. Rapporto di lavoro e attività sindacale*, Bari, 1975; M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978; U. ROMAGNOLI, *La resistibile ascesa del contrattualismo nel pubblico impiego*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1980, 6, 183 ss.; M. S. GIANNINI, *Considerazioni sulla legge quadro per il pubblico impiego*, in *Politica e diritto*, 1983, 4, 549 s.; G. U. RESCIGNO, *La nuova disciplina del pubblico impiego. Rapporto di lavoro di diritto speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, in *Lavoro e diritto*, 1993, 559 ss.; M. CLARICH, D. IARIA, *La privatizzazione del pubblico impiego. Commento al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, Rimini, 1993; L. FIORILLO, *La "contrattualizzazione" del lavoro pubblico*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, 123 ss.; M. PERSIANI, *Prime osservazioni sulla disciplina del pubblico impiego*, in *Diritto del lavoro.*, 1993, 1,247; L. GALANTINO (a cura di), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1994; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 1995; S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1993, 287 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995; M. D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, 32 ss.; S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997; E. FOLLIERI, *Riforma del lavoro pubblico e problemi di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997, 512 ss.; M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, 1, 45 ss.; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Milano, 2000; F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004; G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 2004; A. POLICE, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 515; M. SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego alla organizzazione privatistica degli uffici*, Torino, 2006; G. D'ALESSIO, *Pubblico Impiego*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006, 408 ss.; T. Treu, *Le relazioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lavoro e diritto*, 2007, 288 ss.; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, 2009; A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, 1047 ss.; M. TIRABOSCHI, F. VERBARO, *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2010; S. BORELLI, M. MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (l. 15/2009 e d.lgs. 150/2009)*, Napoli, 2011; A. PEDACI, *Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Napoli, 2011; A. CASTIELLO, D'ANTONIO (a cura di), *La formazione del personale pubblico. Modelli innovativi per amministrazioni di eccellenza*, Milano, 2011; M. MARANGON, *La gerarchia nel pubblico impiego*, in *Amministrazione italiana*, 2011, 3, 334 ss. L. FIORILLO, A. PERULLI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, I, Torino, 2013; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2014; E. GHERA, A. GARILLI, D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2017; A. BIANCO, A. BOSCATI, R. RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Rimini, 2017; G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019; A. CORPACI, R. DEL PUNTA, M. P. MONACO, (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano, 2019; C. CALENDIA, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Milano, 2021; V. TENORE (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato. Dottrina, giurisprudenza e normativa*, Roma, 2024.

di immediato impatto nella costruzione di questo modello moderno di Pubblica Amministrazione, di cui si rivendicano indipendenza e autonomia, condensati nel postulato della separazione rispetto al potere politico³³.

4. (segue): contropunte rispetto al modello ideale di pubblica amministrazione, incidenti sulla dignità del pubblico dipendente

Proprio in questo contesto temporale può inquadrarsi, ad avviso di chi scrive, la suindicata divaricazione tra realtà dei fatti ed immagine del modello di amministrazione, affiorante dal coacervo di contributi dottrinari e giurisprudenziali sulla trasparenza e sui suoi derivati.

Immagine che, nella propositiva dinamica dottrinarie e nella casistica giurisprudenziale, costituisce il condivisibile obiettivo tendenziale da raggiungere, al fine di stimolare la creazione di un virtuoso circuito di fiducia nella burocrazia da parte dell'opinione pubblica.

Ma che non decodifica esaustivamente la reale essenza della sfera amministrativa.

Sono, infatti, anche gli anni, in realtà, in cui i bilanci degli enti pubblici si appesantiscono talmente della zavorra dell'indebitamento per spese correnti o di ripianamento del debito pregresso, da annichilirne la funzione programmatoria o il loro stesso significato contabile.

Sono anni in cui, mentre si propugna la massima attenzione alle singole vicende procedurali ed al progresso civile, attraverso il nuovo modello amministrativo, il debito viene spesso obliterato, camuffato, tramite conteggi fantasiosi, girandole di residui attivi e passivi, pindariche manovre sui crediti di dubbia esigibilità e sui fondi straordinari, in modo tale da mantenere in piedi il falso mito del benessere sociale ed economico del Paese, congeniale al suo graduale inserimento nelle maglie, talora incentivanti, talora asfittiche, dell'integrazione eurounitaria³⁴.

E, dunque, le spinte sul buon andamento verso l'efficienza ed economicità, la centralizzazione della trasparenza come essenza dell'essere soggetto pubblico, il progressivo potenziamento di principi addirittura a livello costituzionale come la sussidiarietà e la integrazione eurounitaria del nostro Paese, sembrano denotare un andamento, per così dire, a doppia velocità.

Nei rapporti con l'utenza amministrata, infatti, i suddetti principi e parametri rappresentano i sigilli di garanzia dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico, fari orientativi per la configurazione in termini di legittimità/illegittimità del provvedimento amministrativo, e/o di ingiustizia del pregiudizio, con riverberi fondamentali sia sul piano procedimentale che su quello processuale.

All'interno della pubblica amministrazione, invece, l'imposizione di solenni regole formalistiche come l'elencazione minuziosa dei diritti e doveri inerenti lo *status* del dipendente, la rassegna dei parametri contabili per la formazione dei bilanci e le procedure amministrative di approvazione dei medi, o semplicemente quelle strumentali all'erogazione di una determinata spesa³⁵, non giovano

³³ Cfr., ad esempio, M. NAPOLI (a cura di), *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione. Una riflessione a più voci*, Torino, 1996.

³⁴ Sia consentito, per una sistematica ricostruzione argomentativa, normativa e giurisprudenziale sul punto, il rinvio a F. SICILIANO, *La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale dell'ente comunale ed il problema della "coperta troppo corta": tra "costituzionalizzazione" della crisi da indebitamento ed inadeguatezza del nuovo modello di amministrazione "contabile"*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2019 (2020), 571-620.

³⁵ F. SICILIANO, *op. cit.*, spec. 588 ss.

affatto ad escludere inefficienza ed opacità: anzi, finiscono per agevolarne lo sviluppo endemico in ambito organizzatorio.

È avvertibile una frattura non tra il passato ed il presente, ma tra l'idea di una mega azienda efficiente e trasparente, capitanata da mega dirigenti, da un lato, e, dall'altro, l'andamento gestionale effettivo degli affari (amministrativi), poco incline alla ricerca reale dell'equilibrio del bilancio, e, dunque, ad interrogarsi non soltanto sul costo (ad esempio di un determinato servizio), ma anche sulla fonte di reperimento delle risorse.

Tale incongruenza, rafforzata dall'illusoria infallibilità formale di un ente pubblico, produce conseguenze non di poco conto, ai fini di cui si discorre.

In primo luogo, favorisce un *habitus* del dipendente poco incline allo spirito di servizio, di fronte allo spreco di risorse finanziarie³⁶ o alla prevalenza della forma sulla sostanza contabile, la quale consente all'indebitamento di mantenersi forma ordinaria di copertura delle cd. spese correnti.

Il dipendente, infatti, quando non sia diretto protagonista, assiste comunque al funzionamento (al o malfunzionamento) interno degli uffici e, senza necessariamente imbattersi in dolo o condotte di rilevanza penale, ad una gestione antieconomica delle risorse, soprattutto quando essa appaia totalmente ingiustificata o sproporzionata rispetto al *budget* effettivo o alle esigenze dell'ufficio o, ancora, quando evidenzi ancor di più *deficit* di organico o di risorse strumentali.

Siamo su un terreno fertile di attecchimento di sentimenti di distacco, disincanto e disillusione proporzionalmente crescenti ai livelli funzionali meno elevati³⁷, i quali, partendo dal banale raffronto tra la remunerazione fissa percepita e i frequenti esborsi di ingenti somme di denaro verso l'esterno, si estendono facilmente fino all'adempimento dei doveri di servizio, diversi dal mero rispetto dell'orario di lavoro e dalla timbratura del cartellino.

Inoltre – il tema è maggiormente avvertito a livello degli enti locali soprattutto nell'ultimo decennio – la ricerca non virtuosa della redazione di voci posticce di entrate per il galleggiamento contabile dell'ente verso il pareggio è, a dir poco, deleteria per la mentalità del dipendente, rispetto alla doverosa proiezione verso l'efficienza³⁸.

Il messaggio delle seconde linee dell'impianto organizzativo è, dunque, ben diverso dall'immagine vincente dell'amministrazione trasparente.

5. (*segue*): il peggioramento della situazione con riferimento al suddetto binomio nella seconda metà del trentennio considerato e la proiezione verso l'ambito organizzativo interno

Nel tempo, ossia nella seconda metà del primo decennio e nel secondo decennio del corrente secolo, il quadro è, per forza di cose, peggiorato.

L'aspetto organizzativo è stato, infatti, travagliato da incertezze politiche ed influenze eurounitarie, fortemente condizionate anche dalla crisi economica globale e dalla conseguente volatilità dei mercati,

³⁶ Si pensi a consulenze esterne o incarichi professionali a privati non consone né al *budget* dell'ente pubblico né al livello di problema da risolvere, o, ancora alla costituzione di enti inutili o totalmente inefficienti.

³⁷ A prescindere, si ripete, dal fatto che, in determinate circostanze, ricorrono gli estremi di rilevanza penale di determinate condotte e, se del caso, obblighi di denuncia.

³⁸ F. SICILIANO, *op. cit.*, spec. 594 ss.

con incidenze negative sulla dignità personale collegata alla proiezione lavorativa della persona (dal mero aspirante all'accesso al titolare dell'ufficio).

Tra i fattori di sfiducia, si può certamente includere il fenomeno del precariato presso le pubbliche amministrazioni, spesso strettamente connesso al cd. blocco delle assunzioni, variamente conformato dalle più disparate normative nazionali e regionali; la difficoltà di dar corso alle procedure di stabilizzazione (soprattutto secondo parametri comparatistici credibili)³⁹ e gli orientamenti della Corte di giustizia⁴⁰, recepiti, con andamento altalenante dalla nostra giurisprudenza di merito⁴¹ e di legittimità⁴², con particolare riferimento al rapporto tra art. 97 ed art. 36 T.U.P.I.; il blocco degli scatti stipendiali; l'exasperato ricorso "compensativo" a procedure di mobilità⁴³; la disorganizzazione all'interno degli uffici di enti di grandi dimensioni, al pari dell'inadeguatezza del personale o inesistenza di posizioni dirigenziali presso i Comuni di piccole dimensioni; le norme sui pensionamenti anticipati; enti pubblici non funzionanti ed inutili, ma non soppressi⁴⁴.

In questo quadro così instabile ed incerto, minato costantemente da ulteriori fattori eterogenei e deflagranti⁴⁵, è davvero complicato immaginare che vi siano tutti i presupposti per cui ogni giorno il pubblico dipendente reciti il mantra dell'art. 98 Cost., piuttosto che soffermarsi sardonicamente sulle battute relative al "posto fisso".

L'obiettivo personale dell'accesso al pubblico impiego rischia, nelle suddette condizioni, di tramutarsi in un rifugio (più o meno sicuro) dall'alto tasso di disoccupazione, più che rappresentare lo strumento di acquisizione della dignità personale attraverso la carriera.

³⁹ Il tema non può essere minimamente accennato. Qui a titolo meramente esemplificativo, L. LEVA, *Profili problematici della mobilità nel pubblico impiego*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 9, 2003, II, 941 ss.; P. SORDI, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego privatizzato*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 2917 ss.; L. Fiorillo, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro: una soluzione che non convince*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, II, 255 ss.; M. D'APONTE, *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, I, 2013, 575 ss.; A. RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017.

⁴⁰ V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" del contratto a termine*, in R. FOLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, 2011, Milano, 605 ss. Cfr., più di recente, Corte di Giustizia, 7 marzo 2018 (C-494/16; anche CGUE decisioni causa C-177/10, *Rosado Santana*; causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*; causa C212/04, *Adeneler*).

⁴¹ Cfr., ad esempio, Corte App. Roma, Sez. II, 20 luglio 2020, n.1568.

⁴² *Ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., 1° febbraio 2010, n. 2279, 17 settembre 2019, n. 3076, 4 febbraio 2020, n. 2534 e 7 marzo 2019, n. 6679.

⁴³ Anche in questo caso, il tema è amplissimo e non può in questa sede essere minimamente approfondito. Cfr., a titolo meramente indicativo, F. BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (diretta da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, I, Torino, 2013, 461 ss.; D. SERRA, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2011, 29; E. GENTILE, *La mobilità nelle pubbliche amministrazioni*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2014, 3642 ss.

⁴⁴ Cfr., ad esempio, l'articolo *Dieci anni per tagliare 37 enti. Pubblica amministrazione. Lo sfoltimento puntava a risparmiare 415 milioni ma è stato un insuccesso*, in *lagazzettadeglientilocali.it*, 13 febbraio 2012.

⁴⁵ Ad esempio, conflitti bellici; bolle speculative; flussi migratori; emergenze ambientali, eventi climatici catastrofici, alluvioni e terremoti; emergenze sanitarie; aumento dell'inflazione; aumento del tasso di disoccupazione; sovrappopolazione del pianeta; iniqua distribuzione delle risorse.

Tale prospettiva ovviamente non ha contorni decisi, ma variabili a seconda delle aspirazioni di ciascuno, del tipo di carriera intrapresa, della presenza di meccanismi di premialità effettivamente incentivanti, di un contesto lavorativo più o meno virtuoso; tuttavia, segnala, comunque, un fenomeno di ampia portata.

Di modo tale che non può certamente negarsi che sussistano ancora oggi i presupposti, perché, in diversi ambiti del pubblico impiego, possa verificarsi, come si era allora osservato, che «l'individuo tende a scomparire, e la personalità umana non viene quindi in evidenza per l'insieme di qualità e tratti caratteriali propri del singolo, ma piuttosto per il ruolo che lo stesso è chiamato a svolgere all'interno dell'apparato...L'alienazione dell'uomo all'interno dell'apparato non si verifica solo ai livelli inferiori della struttura, ma anzi tende ad aumentare man mano che si avanza nella scala gerarchica...il peso degli apparati sull'intera gamma dei rapporti sociali delle persone fisiche che ne fanno parte determina una drastica riduzione della sfera riservata ed autonoma in cui quelle persone potevano prima realizzarsi altrimenti: a tale effetto contribuisce non poco, inoltre, il rapido mutamento nella scala dei valori sociali, per cui si può dire che il valore fondamentale con il quale l'individuo si afferma nella vita collettiva sia oggi rappresentato dalla sua capacità di lavoro e di produzione»⁴⁶.

Tuttavia, non può, oggi, nemmeno escludersi l'evenienza che l'"alienazione" dell'uomo all'interno dell'apparato non si realizzi per bisogno naturale di autovalorizzazione, ma sia fine a se stessa come, piuttosto, una fuga o un mezzo di soluzione economica dei connessi problemi di gestione della vita quotidiana.

Va, altresì, considerata la possibilità – sempre fermi i distinguo caso per caso – che un ambiente lavorativo non virtuoso o non stimolante susciti istanze di realizzazione personale attraverso la dimensione privata, coltivando interessi (non necessariamente in conflitto con il ruolo ricoperto) che diano quella consistenza e dignità personale non derivabili dalla carriera lavorativa.

Vi sono, inoltre, categorie di pubblici dipendenti per i quali il trattamento stipendiale potrebbe essere, a ragion veduta, considerato non esattamente adeguato rispetto alla missione istituzionale primaria di cui si assumono quotidianamente carico (es. docenti delle scuole pubbliche) e pubblici dipendenti che in ragione di trasformazioni informatiche epocali hanno ridimensionato il loro carico di competenze e responsabilità (es. personale addetto alla cancelleria dopo l'introduzione del processo telematico).

Tale profilo si aggiunge ad altri elementi di valutazione complessiva del livello di dignità raggiungibile attraverso la posizione lavorativa, posto che oggi, in assoluto, il tema del potere di acquisto dei salari (nel settore pubblico ed in quello privato) è di pregnante attualità.

In tale contesto, è, inoltre, maturato progressivamente un profilo di mutazione dell'approccio alle tematiche del diritto amministrativo.

Non può trascurarsi, infatti, che l'ordinarietà delle varie crisi ed emergenze, susseguitesesi negli ultimi due decenni, ha indirizzato l'attenzione sulla ricerca di fattori causali e di responsabilità, con l'effetto, tuttavia, di creare una sorta di salto (o, se si preferisce, vuoto) temporale.

È come se ci si fosse improvvisamente accorti della portata deleteria dell'indebitamento nella gestione economico-finanziaria delle casse pubbliche; come se, tutto ad un tratto, l'abitudinario e sconsiderato spreco di denaro pubblico gettato al vento, nel corso di interi decenni, fosse finalmente stato "smascherato" nel corrente contesto storico-politico-amministrativo.

⁴⁶ A. TIGANO, *op. cit.*, 1837.

E, soprattutto, è diventata urgente, sempre nel presente e nell'immediatezza, la ricerca delle cause di una crisi, per molti economisti addirittura irreversibile pur nella sua altalenanza, e la responsabilità degli sperperi, ben oltre la dimensione della singola condotta di eventuale rilevanza penale.

Come se il problema fosse la qualificazione esplicita di un *habitus* sostanzialmente contrario alle direttive costituzionali.

E così, agli albori del secondo decennio degli anni duemila, si assiste ad una decisa virata dell'attenzione politica e normativa (e, di conseguenza, degli operatori del diritto) dal profilo procedimentale dinamico-funzionale, verso l'organizzazione amministrativa e la presupposta "matrice" contabile.

Per comodità, l'abbrivio di tale *revirement* metodologico – nonostante importanti anticipazioni provenienti da interventi mirati come la cd. Riforma Brunetta del 2009, nonché la riforma legislativa della struttura dei bilanci pubblici – può farsi schematicamente rimontare all'indirizzo eurounitario che ha portato dal cd. Patto *Europlus* alla legge costituzionale n. 1/2012 di riforma degli articoli della Costituzione relativi al principio di equilibrio di bilancio, nonché alla normativa anti-corruzione (a partire dalla legge n. 190/2012), le quali hanno, appunto, indirizzato il *focus* sull'aspetto organizzativo, quale diretto portato dell'esigenza di rimuovere le cause o i fattori negativi aggravanti della ormai colossale crisi finanziaria degli enti pubblici, soprattutto a livello locale.

In relazione allo spostamento di prospettiva, i fari sono stati puntati direttamente sulla persona fisica del pubblico dipendente, sul suo *status* e sulla sua "missione" costituzionale, sui diritti e doveri del medesimo, sulla necessità di un codice etico⁴⁷, sull'avvio del processo di moralizzazione⁴⁸ e di un percorso di preparazione tecnica e professionale, con continuo aggiornamento.

Di conseguenza si assiste alla "burocratizzazione" del momento organizzativo, attraverso la predisposizione di diverse programmazioni, pianificazioni, dichiarazioni, individuazioni di responsabili, turnazioni di incarichi dirigenziali, amplificazione dei meccanismi di segnalazione degli illeciti disciplinari, previsioni di trattamenti penali *ad hoc*; previsioni di ipotesi di responsabilità speciali innanzi alla Corte dei conti, e così via⁴⁹.

Qui si aggiunga che il venir meno di meccanismi di aiuto e sgravio a livello nazionale, e men che meno a livello eurounitario, ha comportato la genesi di istituti di dubbia valenza giuridica, ma con un alto tasso di compromesso politico, quale, ad esempio, il piano di riequilibrio economico finanziario

⁴⁷ Il tema è ampio e più risalente, cfr. E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, 1, 2002, 319 ss.; ID., *Il nuovo Codice di comportamento e il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2013, 377 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica e amministrazione*, Bologna, 2007; R. PASSAVANTI, *Etica e riforma della pubblica amministrazione*, in *Nuove Riforme*, 2011, 9, 923 ss.; U. GARGIULO, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 5, 751 ss.; E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, 2013, Torino, 211 ss.

⁴⁸ Cfr., sul tema, R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 751 ss.; U. GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche ed obbligazioni contrattuali: fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, 1, 17 ss.; F. GIORGILLI, *Etica e virtù nel lavoro pubblico: il comportamento lavorativo nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2020.

⁴⁹ La disamina puntuale di ciascuno dei suddetti aspetti sarebbe palesemente incongrua rispetto al nostro attuale obiettivo.

pluriennale, un rimedio “cuscinetto” per impedire l’avvio della procedura di dichiarazione di dissesto dell’ente locale che, altrimenti, vista la vincolatezza dei suoi presupposti, avrebbe fatto sanguinosa strage⁵⁰.

Questa ulteriore dinamica, così sommariamente rappresentata, evidentemente costituisce una ragione in più per verificare in che termini oggi si possa parlare della dignità del pubblico dipendente⁵¹.

Allo stesso modo, la rinnovata manifestazione di interesse verso l’oculatazza nella gestione delle spese comporta effetti collaterali anche diversi, ma sempre negativi, come la partita di giro diabolica a carico dei terzi creditori dell’ente pubblico, che gode di diversi privilegi, traducibili in soglie di impignorabilità. Il funzionario ha sempre più chiaro, invece, che tra i suoi doveri va annoverata una serie di obblighi dichiarativi o di pubblicazione, il cui inadempimento può dar luogo a singolari responsabilità di posizione.

La proiezione dell’attenzione politica, normativa ed ermeneutica verso l’organizzazione rappresenta, d’altro canto, anche una manifestazione emblematica della reazione giuridica alle derive delle cattive prassi amministrative che inevitabilmente si proiettano verso il lavoratore.

La previsione di una norma generica come l’art. 6-bis, l. n. 241/90, introdotta dalla medesima normativa anticorruzione del 2012, spostando l’attenzione dal conflitto di interessi intersoggettivo a quello monosoggettivo, di cui si è parlato in altra sede⁵², è un manifesto programmatico di tale cambio di rotta, ma non rappresenta un reale modo innovativo di affrontare un problema ormai stratificato nei decenni precedenti.

Dà il segno di un neoformalismo fatto di obblighi dichiarativi, denunce, segnalazioni, creazione di continue e nuove occasioni di responsabilità, ma nulla di più⁵³.

⁵⁰ Il che ha prodotto un effetto di conflittualità tra la matrice normativa governativa interna – che attraverso proroghe, rinvii, elongazioni temporali del ripiano del disavanzo cerca di prolungare l’agonia dell’ente locale di turno – e gli strali europei di monito al rigore dell’equilibrio del bilancio, dimentichi del fatto che il problema di un incolmabile *deficit* finanziario di un sistema amministrativo di uno stato membro è un problema non interno, ma europeo (almeno fino a quando si ritenga lo Stato membro meritevole di far parte dell’Unione), vista la generale ristrettezza economica e la conseguente crisi finanziaria globale. Tale prospettiva ha, d’altro canto, prodotto l’effetto di spostare il piano del bilanciamento di interessi pubblici sul *tandem* Corte dei Conti-Corte costituzionale.

⁵¹ Basti pensare al contesto del servizio sanitario nazionale, ove l’incapienza delle risorse ha trasformato gli obiettivi, abbassando drasticamente le aspettative: ossia scegliere tra bisogni tutti meritevoli quello maggiormente meritevole per destinare le poche risorse disponibili, piuttosto che soddisfare in maniera ottimale tutti i bisogni connessi alla salute quale diritto fondamentale dell’individuo, meritevole di tutela costituzionale. Operare in un contesto del genere, a stretto contatto con il malcontento spesso esasperante, ma anche comprensibile dell’utenza, rende particolarmente traballante la prospettiva del tema della dignità del dipendente e del suo diritto a realizzare la propria dimensione personale e sociale dell’individuo.

⁵² Si consenta il rinvio a F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell’art. 6-bis, l. n. 241/90*, Milano, 2018.

⁵³ La dimensione organizzativa è molto meno appariscente, molto meno intrigante, anzi poteva risultare noiosa in quanto limitata a questioni contabili e ragionieristiche o ad un contenzioso relativo ai diritti e doveri del pubblico dipendente, avvertiti come un affare interno alla pubblica amministrazione, quasi plasticamente scollato dal momento funzionale, come denotato dalla c.d. privatizzazione del pubblico impiego – risalente anch’essa al periodo di pubblicazione dello scritto – ed alla conseguente creazione di una sorta di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro, la quale esonerava dal distacco formale la discussa categoria degli atti di macro-organizzazione, a tratti difficilmente distinguibile rispetto alla promiscua *querelle* tra atti politici ed atti di alta amministrazione, comunque a contenuto organizzatorio (cfr., su tale versante, M. NIGRO, *Studi*

È davvero difficile immaginare che il dipendente, a tempo indeterminato o determinato, sia atarassicamente rivolto a perseguire il fine di progresso sociale del proprio Paese, barcamenandosi su di una zattera carica e traballante simile a quella rappresentata da Gericault⁵⁴.

E l'opinione pubblica? Probabilmente la risposta è sociologica, ma rileva ai nostri fini.

Se il cittadino medio, il quale può avvalersi anche di tecnici nel suo rapporto con la pubblica amministrazione competente a risolvere il problema pratico ostativo alla realizzazione del suo privato interesse, percepisce che la legge gli fornisce tutta una serie di strumenti e garanzie di contraddittorio, se si rende conto che tutto sommato il giudizio amministrativo ha tempi mediamente più brevi di risposta alle proprie istanze, di essere sempre più partecipe alla soluzione del problema stesso, con chi se la prende se le cose non vanno nei tempi e nei modi previsti?

Formalmente con l'Ente, ma sostanzialmente con il funzionario.

Il funzionario è nelle retrovie, non gode di una buona immagine, perde entusiasmo e, progressivamente la cura della propria immagine, e, insieme ad essa, perde terreno soprattutto il parallelismo tra dignità professionale e traiettoria esistenziale.

6. La dignità del pubblico dipendente come valore umano/relazionale nell'era digitale, alle soglie del terzo decennio del ventunesimo secolo: a) il ruolo dell'intelligenza artificiale

In questo quadro non incoraggiante, si ha la sensazione che il prepotente avvento della digitalizzazione possa costituire ulteriore sopravvenuto fattore di incidenza sul particolare risvolto della sfera giuridica del dipendente pubblico, qui preso in considerazione.

sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione, Milano, 1966 e, più recentemente G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013; inoltre, nell'ambito della copiosa elaborazione giurisprudenziale amministrativa sugli atti di macro-organizzazione, ex multis, Cons. St., Sez. V, n. 5143/2018 e n. 3802/2019, nonché, più recentemente, Cons. St., VII, n. 1837/2024; cfr. pure TAR Lazio, IV, n. 6191/2024 e IV bis, n. 658/2023 e n. 19709/2023, in www.giustizia-amministrativa.it; infine, sull'atto politico, D. CARUSO INGHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1915, 66 e ss.; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, 220 e ss., M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009, 81 ss.; V. CERULLI IRELLI, D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino, 2018, *passim*; in giurisprudenza, ex multis, Cons. St., Sez V, n. 713/99 e n. 585/2000; Sez. IV, n. 598/1962 e n. 2552/2010 e, più recentemente, Sez. III, n. 3095/2024).

⁵⁴ È chiaro, infatti, che la macchina organizzativa non esprime il suo potenziale solo al vertice, dove il personale dirigenziale si assume responsabilità connesse ad un trattamento economico di alto spessore e secondo il sistema peculiare che governa quel ruolo, ma anche quando l'infermiere fa il suo turno in ospedale, il vigile urbano accerta le infrazioni, il ragioniere di un Comune fa i conti con i problemi di copertura di una determinata spesa e via dicendo.

Ecco la divaricazione tra realtà della p.a. ed immagine della p.a.

Si può un attimo immaginare in che termini oggi rispetto a trenta anni fa il lavoratore si senta realizzato nella propria dignità dalla propria posizione all'interno dell'Ufficio (eccetto, per molti versi, il personale dirigenziale), quando lavora in un contesto ambientale non stimolante, anzi critico, in cui l'emergenza è ordinarietà, la crisi economica dell'ente è la base di partenza per ogni ragionamento, gli strumenti operativi a disposizione sono inadatti, l'utenza è spesso insoddisfatta ed aggressiva e magari il posto è collegato ad un contratto a tempo determinato di durata annuale.



Che la pervasività della tecnologia sia tale da aver animato anche il dibattito giuridico su interrogativi generazionali di profondo impatto, come quelli sul reale abbrivio di una nuova era digitale o sulle possibili coordinate identificative di una soggettività robotica⁵⁵, è un fatto.

Così come è assodato che l'attenzione della scienza amministrativistica si focalizza progressivamente sui riverberi della digitalizzazione sulla persona giuridica pubblica e sul suo operato nei confronti dell'utenza generale.

Le espressioni, riguardanti la materia di nostro interesse, sono varie (Amministrazione digitale⁵⁶, Amministrazione robotizzata⁵⁷, Amministrazione 4.0⁵⁸; Pubblica automazione⁵⁹) e riferite, appunto, alla pubblica amministrazione, come persona giuridica.

Del resto, il *trend* è la diretta conseguenza del fatto che, nella quotidiana realtà amministrativa, si assiste al ricorso sempre più frequente ed amplificato a strumenti di comunicazione digitale e di identificazione digitale dell'utenza, di semplificazione dell'accesso a determinati servizi⁶⁰ o di trasmissione di (o accesso a) determinati dati, informazioni o documenti (es. carta d'identità digitale, spid, pec).

Va precisato, però, che, nei termini di cui sopra, la digitalizzazione rappresenta semplicemente una recente forma espressiva, basata sul sistema binario⁶¹, che trasforma in numeri ogni preesistente forma di comunicazione (opera d'arte, testo normativo, musica, fotografia); quindi, si tratta di una diversa forma di riproduzione, veicolata attraverso il sistema informatico, rispetto alla comunicazione scritta cartacea o a quella orale.

Non v'è qui modo di ragionare su un quesito, a cui comunque solo il tempo darà un'esaustiva ed articolata risposta: ossia se questa nuova forma di comunicazione sarà propedeutica ad una trasformazione della produzione della regola giuridica, come è accaduto nel passaggio epocale dal diritto orale a quello scritto⁶².

Quello che cambia fundamentalmente, con la comunicazione digitale, è, oltre all'uniformità del parametro di sequenzialità numerica, la velocità di reperimento e di circolazione delle informazioni presenti in un determinato *record*.

⁵⁵ Ad esempio, G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020; E. FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Milano, 2023.

⁵⁶ F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 228-229; per una recente prospettiva sistematica, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023.

⁵⁷ Cfr. G. PESCE, *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l'algoritmo è opaco*, in *Iudicium.it*, 6, 2020.

⁵⁸ D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, 1 ss.; A. MASCOLO, *Il nuovo piano triennale per l'Informatica nella p.a.: alla ricerca di una roadmap per una Amministrazione 4.0*, in www.irpa.eu, Osservatorio sullo Stato digitale.

⁵⁹ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche"*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 813 ss.

⁶⁰ Cfr., con riferimento alla cd. sanità elettronica, E. GIUSTI, *La sanità elettronica: dati personali relativi alla salute, applicazioni e rischi*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2023, 65 ss.

⁶¹ Così sintetizzato da G. PASCUZZI, *Il diritto*, cit., 22: «Ogni informazione, anche la più elaborata, può essere ridotta a una sequenza di 0 e 1».

⁶² Sulla proposizione del tema generale, il cui rovescio della medaglia è costituito dalla regolamentazione giuridica del medesimo fenomeno informatico, si rinvia a G. PASCUZZI, *op. cit.*, 19 ss.

In tal senso, si comprende, rapportandoci alla materia di interesse, quale giovamento possa trarne il buon andamento dalla celerità e speditezza della veicolazione delle informazioni o dell'evasione delle istanze degli interessati volte al rilascio di certificazioni, dati o documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni.

Parallelamente, la maggiore accessibilità alle fonti giuridiche, anche attraverso collegamenti ipertestuali, o a documenti e certificazioni digitali, favorisce probabilmente la percezione della certezza della stabilità dei rapporti giuridici, consustanziale allo stesso principio di legalità.

Va, però, precisato che, almeno ai fini del taglio del nostro contributo, il profilo più interessante non afferrisce alla forma di comunicazione, espressione o trasmissione di contenuti, quanto all'altro risvolto della digitalizzazione, ossia quello avente ad oggetto il sistema di elaborazione dei dati.

Esso funziona secondo un processo analogo a quello che la mente umana compie per la formulazione del pensiero (prima della sua espressione in qualunque forma conosciuta), posto in essere, invece, dalla combinata azione di *hardware* e *software*, nota comunemente come Intelligenza Artificiale.

Questo aspetto di elaborazione dati, attraverso gli ormai famosi algoritmi, altrimenti definito «*Computational Thinking*»⁶³, ha già trovato terreno fertile in decisioni automatizzate, sovente collegate a procedure comparativistiche, con alto numero di partecipanti e di dati processabili, delle pubbliche amministrazioni, attirando, per i necessari risvolti pratici, la curiosità della prima giurisprudenza in materia⁶⁴.

Tuttavia, le nostre riflessioni non si manterranno nemmeno sul terreno – già autorevolmente scandagliato – dell'ammissibilità e, successivamente, della legittimità di istruttorie più o meno automatizzate, così come di decisioni computerizzate e dei loro effetti “verso l'esterno” nei confronti dei terzi⁶⁵.

⁶³ J. M. WING, *Computational Thinking*, in *Communication of the ACM*, 2006, ILIX, 33 ss.

⁶⁴ Ad esempio, si pensi all'algoritmo di calcolo che gestisce il *software* relativo ai trasferimenti interprovinciali del personale docente nelle procedure di mobilità, in maniera vincolata (T.A.R. Lazio, Roma, III, 21 marzo 2017, nn. 3741 e 3742); oppure all'algoritmo di calcolo dedotto nella PPPM (Proposta di Progetto e di Programma di Misura) da parte del GSE (Gestore Servizi Energetici), considerato espressivo di discrezionalità tecnica (T.A.R. Lazio, Roma, III, 16 gennaio 2022 n. 15054). Sul dovere di trasparenza della P.A. in ordine al funzionamento dell'algoritmo in un concorso pubblico, cfr. Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ritenuto illegittimo un concorso pubblico nel quale la selezione era stata affidata ad un algoritmo non conoscibile, e più di recente (in vicenda priva di implicazioni giuslavoristiche ma di sicuro rilievo generale in ordine alla motivazione dei provvedimenti amministrativi), TAR Campania, sezione III, 14 novembre 2022, n. 7003, in *Giustiziainsieme.it* del 2 marzo 2023, con commento di M. SFORNA, *Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo*.

⁶⁵ La questione è oggetto di attenzione sempre crescente da parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativistiche sulla nuova conformazione dell'istruttoria procedimentale, nella quale il progressivo *favor* verso l'accesso ai dati, alle ICT (*Information and communication technologies*), il ricorso ad algoritmi sempre più complessi, pone diversi interrogativi di difficile risposta certa, come l'ammissibilità di meccanismi informatici atti non solo alla catalogazione ed al processamento dei dati, ma anche a prendere decisioni con l'implementazione dell'intelligenza artificiale. A ragione, quest'ultima rende vivace il dibattito amministrativo, incentrato soprattutto sui possibili suoi risvolti favorevoli in ordine all'attuazione dei principi di legalità, buon andamento, efficienza ed efficacia, da un lato, ed i possibili inconvenienti, non solo ad esempio su parametri tipici come la trasparenza, ma anche sulla stessa identità di pubblica amministrazione, nonché sul rapporto con i destinatari di funzioni e servizi, dall'altro. Cfr. D. U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 6, 2020, 501 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se l'amministrazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 305 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice*





Si cercherà, invece, di guardare più direttamente all'organizzazione interna.

Pare evidente, infatti, che lo sviluppo organizzatorio – oltre che della semplice comunicazione – della elaborazione del contenuto digitale, affidata a meccanismi algoritmici progressivamente sostitutivi dell'applicazione mentale della persona fisica del dipendente pubblico all'oggetto di competenza, ha inevitabili riflessi sulla traiettoria esistenziale del medesimo, alla quale appartiene, in maniera anzi caratterizzante, la sua dignità.

L'obiettivo, in questa sede, non è verificare, pertanto, se esista o meno un potere organizzatorio generale o speciale⁶⁶ di ricorrere alla gestione informatica delle pratiche, in senso più o meno incisivo, quanto, piuttosto, di immaginare le ripercussioni di un sistema destinato ad espandersi (come sta accadendo a tutte le procedure tecnologiche) sulla sfera personale e lavorativa del pubblico dipendente. Sul punto, anzi, può qui solo consentirsi uno spunto di riflessione collegato al tema della cd. riserva di organizzazione, ossia al notorio margine di discrezionalità regolamentare nell'organizzazione degli uffici concesso alla P.A., in veste datoriale, implicitamente desumibile dagli artt. 95, comma 3 e 97, comma 2, Cost. ed oggi riconosciuto espressamente all'art. 117, comma 6, Cost.⁶⁷.

amministrativo, in *Diritto amministrativo*, 2020, 271 ss.; A. G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 1738 ss.; G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 431 ss.; L. PARONA, *Government by Algorithm: un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni amministrative*, in *Giornale di diritto amministrativo*, I, 2021, 10 ss.; E. CHITI, B. MARCHETTI; N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *BioLawJournal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI, *Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, I, Bologna, 2022, 121 ss.; M. CORRADINO, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in *Il diritto amministrativo.it*, 3, 2023; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023.

⁶⁶ Ad esempio, D. U. GALETTA, *Algoritmi*, cit., 502 ss. È emerso anche negli studi di diritto amministrativo il tema della reciproca influenza della disciplina giuridica e di quella tecnica, nell'auspicio di potere escludere (quanto meno formalmente ed al momento) che la seconda possa governare la prima e non sia al contrario regolabile e contenibile dalla prima in tale prospettiva, spesso si cerca un fondamento positivo di legittimazione dell'utilizzo degli algoritmi riportandosi ora alla potestà generale di autorganizzazione (entro i limiti della legalità), ora a norme di natura prevalentemente programmatica (es. artt. 12, comma 1 e 48 CAD, art. 3-bis, l. n. 241/90, art. 1, comma 1, lett. b) Legge Madia), ora alla disciplina eurounitaria (art. 23, Reg. UE 2016/679 sulla protezione dei dati, detto GDPR), ove è contemplato un divieto relativo di adottare decisioni automatizzate, eccetto proprio che nelle ipotesi di trattamento di pubblico interesse, fermo restando la previsione di un diritto alla decisione o comunque alla supervisione umana, che consenta di meglio articolare e comprendere la motivazione sottesa alla decisione stessa.

⁶⁷ La normazione di fonte legislativa statale può sostanzialmente ricondursi all'art. 3-bis, l. n. 241/90 ed al Codice dell'amministrazione digitale (C.A.D.; d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recentemente modificato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con modifiche con l. 11 settembre 2020, n. 120 e dal d.lgs. 8 gennaio 2024, n. 1), per cui residuano margini di sviluppo nella ricognizione e nell'inquadramento generale della disciplina attuativa di rango amministrativo da adattare alle specifiche esigenze organizzative. Sotto tale specifico profilo, si segnala la precisa scelta di politica legislativa di puntare (anche al fine di adeguamento interno rispetto alla normativa europea ed internazionale) sul modello regolatorio delle Agenzie sottoposte ad indirizzo e vigilanza governativi (AGID – Agenzia per l'Italia digitale, istituita con d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134 e ACD – Agenzia per la cybersicurezza nazionale, istituita con d.l. 14 giugno 2021 n. 82 conv. in l. 4 agosto 2021, n. 82; cfr. art. 7, comma 1, lett. m), dl. n. 82/2021 cit., per l'attribuzione di competenze nei rapporti tra le due Agenzie), per il coordinamento informatico, per la diffusione di linee guida, *standards* e raccomandazioni, per il referto al Parlamento,





Probabilmente, l'avanzamento dell'era digitale comporterà un progressivo ridimensionamento del tasso di elasticità delle scelte organizzative, nel senso che non può escludersi che i ritmi operativi siano scanditi non da scelte di opportunità del datore di lavoro, ma dalla tipologia di procedure introdotte a livello informatico, da programmi sempre più sofisticati e via dicendo, ossia, in breve, da un fattore esogeno.

La suddetta prospettiva, i cui sviluppi verranno osservati nel tempo, corre parallela, sul piano dinamico-funzionale, al convincimento del plausibile prossimo ridimensionamento della discrezionalità delle stesse decisioni amministrative sulla scorta di metodi algoritmici che, tenendo conto anche delle necessarie (e, come visto sopra, spesso carenti) risorse strumentali, finanziarie ed umane, restringa di fatto significativamente, fino ad unità, il campo delle scelte concretamente attuabili rispetto a quelle astrattamente configurabili⁶⁸.

Inoltre – tornando al nostro ambito organizzativo – non è nemmeno così sicuro che la P.A. potrà scegliere il metro di avvicendamento della risorsa umana con quella robotica o se dovrà semplicemente prendere atto delle tappe di evoluzione tecnologica, introducendo i modelli imposti secondo un regime che potremmo definire tecnocratico.

Si tratta, infatti, di un risvolto giuridico di un tema sociologico di respiro globale, alimentato dell'invasione tecnologica ed informatica delle sfere personali, relazionali, professionali, economiche,

per prevenzione e monitoraggio aventi ad oggetto la rete digitale nazionale a servizio delle pubbliche amministrazioni, nonché per la vigilanza sulla qualità del servizio digitale e sull'obiettivo di razionalizzazione della relativa spesa. Di rilievo nell'attività programmatica della cd. transizione digitale (cfr. art. 15 C.A.D.) a livello nazionale è il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, nell'attuale terza edizione (2024-2026), potenziato dall'interazione con il PNRR ed in linea con il programma strategico «Decennio Digitale 2030», approvato dalla Decisione (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022, per il raggiungimento dei quattro obiettivi fondamentali: competenze digitali, servizi pubblici digitali, digitalizzazione delle imprese e infrastrutture digitali sicure e sostenibili.

Per un quadro sinottico dei pilastri della strategia digitale europea, cfr. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-servicesact-package>.

⁶⁸ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 119 ss., spec. 123: «La portata più dirimente sul piano teorico è cominciare a dubitare dello spazio di discrezionalità o d'interpretazione che sinora è stato più supposto che constatato nella natura delle cose dell'amministrare pubblico, offrendo con ciò un sostegno teorico inaspettato alle narrazioni degli amministratori pubblici che lamentano di frequente un'astrattezza del tutto irreali nelle norme scritte per l'amministrazione pubblica. Le nuove tecnologie d'intelligenza artificiale possono in sede analitica offrire una rilevazione – sui grandi numeri – dei casi in cui le amministrazioni pubbliche non hanno in realtà un margine di scelta, essendosi determinate in concreto per quell'unico mezzo – né illogico né incomprensibile – idoneo ad assicurare la cura dell'interesse pubblico nel singolo caso concreto, confutando così l'idea che in ogni caso la discrezionalità dell'amministrazione segni un'occasione di libera scelta tra le molte ritenute, erroneamente, a sua disposizione. Ciò che s'impone è prendere atto che in molti casi trattasi di scelte "obbligate" dalle risorse finanziarie, dai limiti di personale, o di circostanza, che sono sempre più incompatibili con i prefissati standard d'amministrazione definiti dalle norme generali e astratte, pensati per altre epoche in cui erano presenti altre risorse finanziarie o di personale e la cura dei bisogni sociali e meno pretenziosa. Si tratta in molti casi dell'osservanza di norme che fissano standard la cui osservanza mette in forse il vero vincolo – primigenio – delle amministrazioni pubbliche, quello che correttamente è stato direttamente tratto dalla ragione istitutiva, o causa giuridica, delle medesime, che costituzionalmente è sempre stato quello di dover provvedere alla cura degli interessi pubblici per i quali sono state istituite, come organi ed enti in cui si articola la sovranità della Repubblica italiana (art. 1, co. 2°; art. 114 e art. 118, co. 1°, Cost.)».





finanziarie, politiche dell'umanità intera, con prospettive evolutive, anche alienanti rispetto al basilare contatto con la realtà.

Il punto è reso problematico dalla comune percezione, nei vari ambiti di propalazione dell'informatica e della tecnologia, dell'opacità non tanto di determinati prodotti, meccanismi o risultati, quanto della modalità esatta di funzionamento per il raggiungimento di determinati obiettivi⁶⁹.

Pertanto, il piano di lavoro è tutt'altro che stabile e definito, dal momento che non si poggia su di un fenomeno già cristallizzato, ma anzi in potenzialmente rapida evoluzione.

Nondimeno, esso consente di percepire l'amplificazione del bisogno di tutela della dignità del pubblico dipendente, rispetto a quella tradizionalmente intesa, non solo sotto il profilo – già registrato, come visto, alla fine del XX° secolo – della proiezione sociale della posizione lavorativa, ma anche sotto quello della sua dimensione umana.

7. (segue): b) perché non una roboetica “giuridicamente rinforzata” a tutela della dignità della persona umana/dipendente pubblico all'interno del rapporto di servizio?

Non è facile, infatti, escludere che, in un futuro prossimo, esistano macchine “pensanti” che riescano ad elaborare dati in maniera fedele alle sinapsi neuronali di un cervello umano, innalzando il tasso di affidabilità (e, per esso, di legittimità) di una decisione amministrativa, in grado di ponderare una miriade di informazioni (magari anche su statistiche e dati globali), così ampia e completa da renderla perfino meno censurabile, anche solo sul piano formale, rispetto ad un “prodotto della mente umana”. Anche in prospettiva di tale evenienza, si rassegnano alcune considerazioni.

Il tema del diritto alla dignità del pubblico dipendente, di fronte al pervasivo avvento dell'innovazione tecnologica nell'*habitus* della pubblica amministrazione, dovrebbe, ad avviso di chi scrive, inquadrarsi, innanzitutto, nell'ambito sistematico della cd. roboetica, tema o disciplina, sulla quale il dibattito si è vivacizzato dalla fine del primo decennio del secondo millennio, sempre più intensificandosi fino ai nostri giorni.

Al di là della definizione dei suoi esatti contorni⁷⁰, essa rappresenta l'espressione di un movimento di pensiero generale che ha radici filosofiche e sociologiche, inevitabilmente riverberanti sul diritto.

⁶⁹ La giurisprudenza amministrativa è chiara sulla trasparenza degli algoritmi, ritenendo doverosa in capo alle pubbliche amministrazioni, non solo la legenda dei parametri utilizzati per la conoscibilità, ma anche la spiegazione del funzionamento in maniera accessibile all'utente non dotato di particolari competenze tecniche (cd. comprensibilità). Cfr. T.A.R. Napoli, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7033. In materia di algoritmo determinativo della Tariffa Fissa Omnicomprensiva del GSE, in piena aderenza, T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 26 giugno 2023, n. 10691. Anche la Corte di Cassazione ha considerato l'opacità dell'algoritmo ostativa alla consapevolezza della manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali, con riferimento ad una «piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità» (Cass. civ., Sez. I, 25 maggio 2021, n.14381, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2022, SPEC. 498).

⁷⁰ Cfr., per un inquadramento quale ramo dell'etica applicata, G. TZAFESTAS, *Roboethics. A navigating overview*, Springer, 2016. Cfr. da ultimo, L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022; A. BIRHANE ET AL., *The Forgotten Margins of AI Ethics*, 2022, in *Proceedings of the 2022 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '22)*. Association for Computing Machinery, New York, 948–958; T. HAGENDORFF, *Blind spots in AI Ethics*, 2, 2022, 851-867.



La roboetica mira alla programmazione etica, appunto, delle macchine “intelligenti”, in maniera direttamente proporzionale rispetto alla loro sofisticatezza ed alla profondità dell’attitudine relazionale con l’essere umano, di modo tale che l’evoluzione tecnologica non incida negativamente sui diritti fondamentali dell’individuo e sulla sua dignità umana⁷¹.

In tal senso, è maturata una forte spinta per la redazione di un codice etico, improntato al rispetto di principi basilari, a presidio, appunto, della dignità personale ed umana in ambito europeo⁷².

Si registra pure il comune intento tra le aziende private specializzate nel settore e le istituzioni pubbliche, anche mediante la costituzione di comitati, per il conio di linee guida e principi generali uniformi che progressivamente possano raccordarsi a regole (tecnico/giuridiche) specifiche⁷³.

Il tema e gli obiettivi sono comprensibilmente generici e, allo stato forse, a tratti, confusionari: si parla indistintamente di diritti umani, benessere, non maleficenza, giustizia, *data agency*, efficienza, trasparenza, responsabilità, autonomia, consapevolezza dell’uso illecito e competenza⁷⁴.

Fin qui, però, la roboetica pare sia stata orientata verso l’esterno, ossia nell’ambito dei rapporti tra pubblica amministrazione persona giuridica e cittadino/utente, destinatario dei benefici del progresso tecnologico e, al tempo stesso, oggetto di tutela primario rispetto ai suoi possibili effetti collaterali.

⁷¹ S. CORSO, *Sulla female technology o Femtech. Intelligenza artificiale, salute della donna e volontà della persona*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2023; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour&Law Issues*, 1, 2021.

⁷² Tra gli atti più significativi della Commissione europea in ambito di roboetica, si segnalano: a) le *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, pubblicate il 18 dicembre 2018 in <https://digital-strategy.ec.europa.eu>, redatte da una Commissione di esperti, la quale ha elencato i seguenti sette requisiti fondamentali: intervento e sorveglianza umani; robustezza tecnica e sicurezza; riservatezza e governance dei dati; trasparenza; diversità; non discriminazione ed equità; benessere sociale e ambientale; accountability; b) il *Libro bianco sull’intelligenza artificiale* del 19 febbraio 2020, in www.biodiritto.org, volto al potenziamento del quadro legale per la creazione di un “ecosistema fiduciario” nel quale sviluppare la transizione digitale; c) *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, 26 gennaio 2022, in www.rivisteweb.it, sull’obiettivo di una trasformazione digitale dell’Europa entro il 2030, per la costituzione di «una società digitale antropocentrica, inclusiva, fiorente e sostenibile». Cfr., inoltre, la Dichiarazione sull’etica e la protezione nell’intelligenza artificiale della Conferenza internazionale dei commissari per la protezione dei dati e della *privacy* a Bruxelles il 23 ottobre 2018.

⁷³ Si pensi alle iniziative di promozione di linee guida di Google e SAP nel 2018, agli interventi di Amnesty International e dell’Association of Computing Machinery (ACM), all’*Ethically Aligned Design* (EAD) di IEEE, o, ancora, alle linee guida del Vaticano “*Rome calls for AI*”.

⁷⁴ Si assiste, ad esempio, alla frequente correlazione tra il principio di autonomia e la programmazione di un robot che impedisca al cittadino di adottare una decisione consapevole ed informata o al principio di non maleficenza, votato ad impedire la circolazione di macchine dannose per il genere umano o ancora al principio di beneficenza, orientativo della programmazione al benessere dell’umanità, in combinazione con quello della giustizia, per scongiurare la discriminatorietà nell’accesso ai servizi benefici del robot o del contenuto delle decisioni amministrative automatizzate.

Si pensi, ancora, all’esigenza della trasparenza intesa come accessibilità delle modalità di funzionamento degli algoritmi decisionali; così come anche, sul piano della *privacy*, ai meccanismi di elaborazione digitale dei dati personali.

Anche il tema della responsabilità (*accountability*) merita certamente attenzione, non solo in ordine alla fase di programmazione, ma anche in ordine ai danni a terzi ed alla loro prevenibilità.



Pare urgente, invece, estendere il bisogno di roboetica antropocentrica⁷⁵ all'interno del rapporto di servizio, e, più specificatamente, a tutela della dignità della persona umana/pubblico dipendente, indipendentemente dalla qualifica rivestita in un determinato ufficio.

A prescindere dal riferimento a posizioni apicali, cioè, andrebbero elaborati dei parametri orientativi a presidio della dignità umana, oltre i quali nemmeno la più sofisticata e promettente innovazione tecnologica dovrebbe spingersi.

O meglio, la dignità umana del pubblico dipendente dovrebbe costituire limite invalicabile all'introduzione generalizzata delle macchine nel *corpus* degli uffici, allo stesso modo in cui, ad esempio, il citato principio di non maleficenza dovrebbe costituire un limite all'applicazione del metodo algoritmico o del sistema robotico a scapito dell'utente fruitore del servizio o destinatario del provvedimento amministrativo.

Non sembra sia ancora approfondita la tematica del potenziale svuotamento sostanziale delle mansioni del dipendente pubblico come persona fisica, nel momento in cui egli è chiamato, anzi obbligato (per dovere d'ufficio?) ad interagire con gli esiti delle elaborazioni algoritmiche o, peggio, ad attivare o disattivare le macchine, limitandosi a registrarne i risultati.

Lo svilimento di tale componente valoriale collegata alla natura umana è direttamente proporzionale all'ampliamento dell'ambito operativo dell'algoritmo nell'azione amministrativa, di cui si occuperanno sicuramente gli studi e gli approcci ermeneutici giurisprudenziali.

Inutile aggiungere che inevitabilmente anche l'idea della dignità sociale di cui la posizione lavorativa, negli anni '90, costituiva la fondamentale rampa di lancio, verrebbe trascinata inesorabilmente verso il naufragio di fronte a quella stessa opinione pubblica, presso la quale il dipendente pubblico ha goduto (o avrebbe dovuto godere) del proprio accreditamento morale e personale.

In tale contesto, va peraltro, segnalato che dietro la spinta della roboetica, priva di attitudine coercitiva, campeggiano – nonostante i recenti approcci sia a livello transnazionale⁷⁶ che nazionale⁷⁷ – probabilmente difficoltà oggettive di produzione di una regolamentazione giuridica che garantisca un

⁷⁵ Sulla necessità di una regolamentazione antropocentrica dell'AI in prospettiva giusciviltistica, E. BATELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2022, 1096 ss.

⁷⁶ È stato recentemente approvato, dopo un articolato iter, il Regolamento europeo n. 1689/2024 del 13 giugno 2024 (CD. AI Act), in *G.U.U.E.* del 12 luglio 2024 (con efficacia dal 2 agosto 2024).

⁷⁷ Cfr. D.D.L. 1146 approvato il 24 aprile 2024, in www.governo.it, composto da 26 articoli. Rispetto all'ambito tematico prescelto in questa sede, è rinvenibile una lontana assonanza negli artt. 10 ed 11, ove si esplicita la necessità del raccordo tra uso dell'AI e diritti inviolabili della persona del lavoratore al fine di «migliorare le condizioni di lavoro, tutelare l'integrità psico-fisica dei lavoratori, accrescere la qualità delle prestazioni lavorative e la produttività delle persone in conformità al diritto dell'Unione europea» (art. 10, comma 1), nella piena tutela della dignità umana e della riservatezza dei dati personali (art. 10, comma 2) e dei diritti inviolabili del lavoratore senza discriminazioni (art. 10, comma 3).

L'art. 11 contempla la istituzione presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di un Osservatorio con «il compito di definire una strategia sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito lavorativo, monitorare l'impatto sul mercato del lavoro, identificare i settori lavorativi maggiormente interessati dall'avvento dell'intelligenza. L'Osservatorio promuove la formazione dei lavoratori e dei datori di lavoro in materia di intelligenza artificiale» (comma 1). L'art. 13, invece, rubricato «Principi in materia di pubblica amministrazione» è attagliato alla prospettiva dei rapporti verso l'utenza nel ribadire l'obiettivo astratto dell'ausiliarità del robot rispetto al momento strettamente decisionale.



congruo grado di effettività alla proclamata tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, ad esempio, non solo configurando l'imprescindibilità necessaria del controllo umano nei sistemi di AI ad alto rischio⁷⁸, ma anche individuando presupposti, limiti e modalità più precisi del medesimo⁷⁹.

La difficoltà di intreccio tra la regola giuridica e quella informatica, già apprezzabile nell'ambito dei rapporti tra pubbliche amministrazioni ed il cittadino, sia nell'espletamento delle funzioni che dei servizi pubblici, pare ancora più accentuata con riferimento al nostro ambito "interno" di tutela della dignità umana e sociale del pubblico dipendente di fronte all'avanzata dell'AI, poiché non è rinvenibile, neanche nell'AI Act alcun esplicito riferimento al tema⁸⁰.

Anche in considerazione di quanto accaduto nella precedente tappa tecnologica dell'esplosione del mondo virtuale accessibile tramite *internet*, il rischio è di indebolire la protezione giuridica di un diritto

⁷⁸ Il riferimento è all'art. 14, rubricato «*Human oversight*», AI Act, cit.

⁷⁹ L'AI Act, pur esprimendo l'attenzione politica globale sul tema della difesa dei diritti fondamentali (e, a monte della stessa natura umana) di fronte all'accelerazione del progresso tecnologico, tradisce, ad avviso di chi scrive, già dei limiti di effettività; e ciò non solo in riferimento alla diluizione dei tempi formali della sua piena attuazione, per l'adeguamento dei protocolli d'azienda alla categoria del rischio tecnologico, ma forse, anche e soprattutto, in ragione del meccanismo sanzionatorio previsto. Infatti, il mancato adeguamento al *range* di rischio tecnologico comporta l'applicazione di sanzioni obiettivamente onerosissime, ma, non per questo, sistematicamente efficaci nei confronti di tutti i fortissimi gruppi economici propulsori del mercato tecnologico a livello mondiale, con il rischio ulteriore di ingenerare addirittura effetti discriminatori in favore di aziende, in astratto capaci di gestire il rapporto costi-benefici anche rispetto al tetto massimo delle sanzioni pur di elevatissimo importo.

La scelta di predisporre un quadro normativo generale europeo può, comunque, rivelarsi utile al fine di uniformazione giuridica per esigenze basilari di certezza.

Anche il d.d.l. italiano cit., seppur maggiormente specifico nel momento in cui rivolge la propria tutela a categorie soggettive da proteggere (minori, lavoratori), sconta lo stesso limite nel determinare gli esatti confini tra regola giuridica e regola informatica. Cfr. pure il parere dell'Autorità garante della privacy del 2 agosto 2024, n. 477, in *garanteprivacy.it*.

Come rileva, M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Diritto amministrativo*, 2024, 471 ss., spec. 476, vanno presi in considerazione ulteriori fattori di potenziale complicazione del quadro normativo: «Tante potrebbero essere le considerazioni che questo complesso quadro regolamentare suscita, ma qui ci si limita ad osservare che in concreto sarà necessaria un'applicazione congiunta della disciplina relativa alla tutela dei dati personali, contemplata nel GDPR, e la disciplina in tema di intelligenza artificiale, che contiene la classica clausola di riserva rispetto alla materia di protezione dei dati personali, con non poche aree di sovrapposizione, foriere di complicazioni... Il disegno di legge intende semplificare la disciplina in materia, prevedendo che i trattamenti di dati anche personali per la ricerca e la sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale, siano dichiarati di rilevante interesse pubblico se necessari ai fini della realizzazione e utilizzazione di banche dati e modelli di base (art. 8, comma 1). In questa maniera si costruisce una base giuridica alternativa al tradizionale consenso dell'interessato al trattamento dei suoi dati e in aggiunta si autorizza sempre l'uso secondario di dati personali privi degli elementi identificativi diretti (art. 8, comma 2)». Va pure aggiunto che esiste anche una normativa regolamentare settoriale da prendere in considerazione sotto il profilo sistematico, come ad esempio quella riferita al cd. *golden power*, ossia il potere di veto governativo in determinati settori, tra i quali rientra la materia delle tecnologie critiche tra cui intelligenza artificiale e robotica (art. 4, comma 1, lett a), b), d) Regolamento UE n. 2019/452; cfr. dl. n. 21/2012 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, n. 4486 e 24 luglio 2020, n. 874. Sul generale tema della regolazione dell'intelligenza artificiale, oltre E. FAZIO, *Intelligenza artificiale*, cit., spec. 181 ss., cfr. pure G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 1085 ss.; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 3, 416 ss.

⁸⁰ V. *melius infra*, par. 8.





inviolabile della persona (appunto la dignità umana e relazionale del pubblico dipendente), al cospetto dell'introduzione di nuove forme organizzative telematiche.

Fino a che, infatti, non sarà fatta chiarezza sulla rilevanza giuridica (e non solo etica) della dinamica eziologica intercorrente tra l'introduzione o l'implementazione, ad esempio, di un nuovo programma e l'eliminazione di competenze proprie dell'ufficio – fino a quel momento riservate alle “risorse umane” del medesimo, con effetti diminutivi non solo del prestigio dell'ufficio medesimo – ma, soprattutto e direttamente, della persona fisica del dirigente o di colui che prima era addetto ad una determinata mansione o incombenza, la dignità dei medesimi potrà subire svariate aggressioni, lasciando il titolare in una condizione di incertezza giuridica.

Nel caso che ci occupa, del resto, pare registrabile perfino una certa alterazione del noto equilibrio del rapporto tra morale e diritto⁸¹.

Si è abituati, infatti, a considerare le regole morali come un primario strumento di regolazione dei rapporti intersoggettivi, privo della coercizione, mentre la regola giuridica entra in gioco nel momento in cui proprio la regola morale è insufficiente strutturalmente a mantenere l'ordine ed il senso di stabilità dei rapporti.

Il diritto, con le sue regole generali ed astratte, interviene per mantenere gli obiettivi di eguaglianza, pace, giustizia ed alimentare il senso di sovranità statualistica tra i membri del consorzio sociale.

Riferendoci al nostro tema, è implausibile garantire un adeguato tasso di efficacia ed effettività, senza una stringente regolamentazione giuridica precettiva e non programmatica.

La nostra contemporaneità, tristemente segnata da episodi gravissimi di abuso del mezzo digitale per il perseguimento di fini illeciti (hackeraggio, pedopornografia, traffico di organi, di armi, terrorismo reale e cibernetico, *deep internet* e via dicendo) dimostra che il ritmo del diritto non è sincronizzato con la velocità frenetica dell'espansione tecnologica, nonostante il suo indefettibile ruolo di custode del progresso sociale ed economico del Paese, da un lato, e della tutela dei diritti fondamentali ed inviolabili, dall'altro, che rappresentano la base costituzionale dei valori fondanti il nostro ordinamento⁸².

⁸¹ Altro tema di immenso respiro, qui solo accennabile. Sia consentito, in merito, il rinvio a F. SICILIANO, *Legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, spec. 19 ss.

⁸² Vi è la percezione che una parte dominante dei processi decisionali e delle modalità di comunicazione sia, a sua volta, condizionata dallo stesso mondo tecnologico ed informatico a cui si affaccia il mondo reale, con la differenza che, nel primo, è registrabile un basso tasso di effettività della regola giuridica. È impossibile non richiamare, ad esempio, la difficoltà di applicazione delle norme penali nel mondo cibernetico, così come è impossibile ignorare che, in tale mondo, vi è spazio per la creazione di monete fittizie aventi valore economico, di quadri fittizi aventi valore economico, di profili personali sui *social* aventi valore economico, secondo logiche particolari, proprie di un mondo sommerso, ove solo esperti informatici posso accedere, anche per svolgere attività illegali (come il traffico di armi o la pedopornografia), così come esistono modalità di acquisizione illecita (*phishing*) di dati supersensibili o sensibili, di accesso a *pin* di carte digitali o di conti correnti digitali, etc. *Una selva selvaggia aspra e forte che nel pensiero rinnova la paura*, scriverebbe qualcuno. Ed, a monte, vi è un'ulteriore constatazione sociologica, ossia la pervasione tecnologica della vita quotidiana attraverso *tablet*, *smatphone* etc. La spinta verso la diffusione della tecnologia atta alla profilazione dell'utente esalta gli aspetti positivi di tale controllo diffuso da parte di una sorta di “grande fratello”, per esempio attraverso le promesse di migliore assistenza medico-sanitaria (si pensi all'innesto di microchip sottocutanei). Ma, ormai, è evidente che gli aspetti positivi innegabili attraverso i quali la tecnologia invade la mente umana sono accompagnati da pesantissimi

La latitanza del diritto in questo ambito appare intollerabile e preoccupante allo stesso tempo, quasi come un'abdicazione di fronte ad un nuovo potere tecnologico assoluto (*legibus solutus*, verrebbe da dire con tristi evocazioni) e non si è convinti che una normazione per principi⁸³, pure in certi casi ragionevole, possa costituire la soluzione universale.

Esso sta, infatti, dimostrando di possedere un rilevantissimo peso economico (e dunque politico-strategico), concentrato su mastodontici gruppi privati, perfino influente sulle macro-linee di politica internazionale e nazionale.

8. (segue): c) l'“infiltrazione” tecnologica nei poteri e il possibile effetto “cuneo” della robotizzazione tra buon andamento della pubblica amministrazione e dignità umana/relazionale del pubblico dipendente

Alla luce di quanto detto, non sarebbe un azzardo affermare che il potere di cui si discorre, nei singoli ordinamenti contemporanei, sia addirittura immanentemente allineato con gli altri poteri dello Stato, rispetto ai quali, tuttavia, il principio montesquieiano di separazione non resiste a quello di “infiltrazione”.

Qualunque modalità di esplicazione di potere è, infatti, oggi accompagnata, strutturata, in un modo o nell'altro, in maggiore o minore misura, dalla tecnologia e dalla digitalizzazione che da strumento di comunicazione sta assumendo, in maniera sempre più evidente, la consistenza di elemento di politica economica.

Certo è che – mentre vengono agitate grandi tematiche – i margini della partecipazione del dipendente al progresso sociale del Paese, evocati dall'art. 4 della Costituzione rischiano, in molti ambiti, di ridursi drasticamente e, con essi, il peso sociale e, conseguentemente, la dignità personale di chi riveste un ruolo di dipendente pubblico⁸⁴.

A meno di non misurare il progresso sociale solo in relazione al potenziamento del sistema tecnologico, ne potrebbe fortemente risentire la gratificazione collegata alla mansione svolta, anche nell'immaginario collettivo di contribuzione dell'uomo al buon funzionamento del meccanismo burocratico.

Dalla prospettiva prescelta, i benefici apportati dalle macchine verso l'utenza/collettività amministrata – forse di maggiore intuitività nell'ambito prestazionale nell'erogazione di servizi massificati e seriali⁸⁵,

effetti collaterali che si stanno riflettendo, ad esempio, sull'equilibrio psico-fisico delle nuove generazioni che utilizzano gli *smartphones* come protesi, i *social* come vetrina, gli *influencers* come maestri di vita, gli *youtubers* come fratelli maggiori, i divani di casa con le *consoles*, invece che scorazzare nei cortili o per le strade, praticare sport, riunirsi, leggere.

⁸³ Come suggerito da T. E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2023, 377.

⁸⁴ P. DEL VECCHIO, V. BIGNOLI, *Le responsabilità amministrative da algoritmo e intelligenza artificiale. La responsabilità da provvedimento algoritmico sia ai fini del risarcimento del danno in sede civilistica che in sede contabile come responsabilità erariale*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, II, Il Mulino, Bologna, 2022. L. CASINI, *Il futuro dello Stato (digitale)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2024, 431 ss.

⁸⁵ Si pensi, ad esempio, al rilascio di certificati o alle casse automatiche per il pagamento del pedaggio autostradale, come antesignani, mentre, più recentemente, all'elaborazione di servizi sempre più articolati con progressivo aumento dell'apporto del robot, come la creazione digitale di un *contact center* virtuale a favore dei contribuenti soggetti alla riscossione tributaria, comprensivo della gestione delle email selezionate in base ad un filtro



senza, per questo, però, creare differenze qualitative rispetto al resto delle mansioni d'ufficio – non smorzano il tema della doverosa tutela della dignità del dipendente pubblico.

Non è difficile prevedere, anzi, un modello organizzativo, nel quale dignità del lavoratore e buon funzionamento dell'ufficio non procedano necessariamente nella stessa direzione.

Il citato studio degli anni '90 era finalizzato all'ampliamento della legittimazione ad agire del dipendente (in particolare, del dirigente) nei confronti di atti organizzativi, proprio sul presupposto della valorizzazione della parabola socio-esistenziale del medesimo, in maniera direttamente proporzionale alla tutela ed al buon funzionamento del ruolo dell'ufficio.

La prospettiva della progressiva interazione robotica, invece, consente di immaginare uno scenario in cui il miglior funzionamento possibile della macchina aumenta il livello prestazionale dell'ufficio o del servizio, ma può, con i dovuti distinguo caso per caso, ingenerare un effetto *rebound* di svilimento della personalità umana del dipendente.

Anche nell'opinione pubblica, potrebbe registrarsi la presunzione di considerare tanto più efficiente la pubblica amministrazione, quanto maggiore spazio il *robot* sottragga al dipendente che, come essere umano, ha un margine di errore o di inerzia significativamente più ampi.

In proposito, lo stato dell'arte del quadro normativo vigente non agevola sicuri pronostici sulla rapida emersione di contropunte favorevoli alla valorizzazione del dipendente pubblico nella dimensione burocratica artificiale.

Diventa, in proposito, quasi urgente interrogarsi sul rilievo che, in tal senso, potrebbe assumere l'attribuzione al medesimo di compiti di controllo sugli esiti delle elaborazioni robotiche.

E, ancora, nella medesima direzione, sull'importanza di elevare il generale livello di competenza informatica e digitale di tutto il personale, in modo da consentirgli una consapevole partecipazione "attiva" sul funzionamento dei meccanismi robotici ed algoritmici.

Non si crede, tuttavia, che il potenziamento delle competenze informatiche del dipendente o l'attribuzione di funzioni di supervisione delle macchine possano risultare efficaci rimedi sistematici di preservazione o riparazione della dignità umana e sociale del pubblico dipendente.

Con alta probabilità, saranno due temi oggetto di imminente sviluppo: ma essi paiono più congeniali alla promozione dell'efficienza della macchina amministrativa nel rispetto dei diritti umani degli amministrati, piuttosto che strumenti di riscatto della dignità umana del pubblico dipendente.

La formazione del personale ed il controllo umano garantiscono, infatti, alla collettività che la decisione non sia integralmente presa dalla macchina (almeno da un punto di vista sociale)⁸⁶, ma non si è affatto sicuri che tale tipo di garanzia abbia positive influenze sulla dignità umana del dipendente attraverso lo svolgimento delle proprie mansioni.

algoritmico e di servizi aggiuntivi (*chatbot, live chat, smart advisor, e-signing*), per migliorare la comunicazione con l'utenza (T.A.R. Torino, I, 16 luglio 2019, n. 811).

⁸⁶ In tal senso, G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023, spec. 41 ss., ove l'A. compie una ricognizione del quadro costituzionale per verificare al suo interno l'immanenza della «riserva di umanità», individuandola nell'art. 2 Cost., con riferimento al tema della conformità costituzionale della sottomissione del cittadino ad una decisione amministrativa integralmente automatizzata.

Del resto in tal senso i due suddetti profili sono congegnati nell'*AI Act*⁸⁷ ed, allo stato, non paiono rintracciabili margini di estensione analogica al nostro tema.

La ragione è semplice e sta nella caducità della risorsa umana nell'ambito dell'apparato organizzativo rispetto alla dichiarata fungibilità della risorsa tecnologica.

Il *favor* rispetto a quest'ultima si pone in antitesi al rafforzamento di strumenti di tutela della dignità umana del pubblico dipendente, almeno fino a che il suo contraltare sarà rappresentato dalla riduzione della risorsa umana.

Anzi, i due suddetti fattori (*human in the loop* e formazione informatica) più che fungere da rete di contenimento della dignità del pubblico dipendente, potrebbero finire per siglare la sudditanza della risorsa umana rispetto a quella tecnologica, nell'ambito dei pubblici uffici, in antitesi con la *ratio* della citata normativa di recente emersione che mira alla preservazione della primarietà dell'apporto (e, per esso, del valore) umano nel pubblico impiego.

Ma, anche a voler considerare, in ipotesi i suddetti strumenti (formazione del personale e competenza di controllo sull'AI) astrattamente idonei a preservare la dignità sociale ed umana del lavoratore pubblico, essi non potrebbero trovare generale applicazione.

È evidente, infatti, che il potere di controllo⁸⁸ sulla macchina deve corrispondere ad una competenza qualificata attribuibile solo ad alcuni componenti degli uffici (a meno di non voler considerare che l'unica competenza immaginabile nel futuro del pubblico impiego sia proprio quella di controllo) e che la migliore conoscenza degli strumenti digitali ed informatici non ha diretta attinenza con la dimensione umana della persona e con l'originalità del suo apporto sostanziale al processo decisionale, ma sviluppa solo una competenza procedimentale.

È, altresì, evidente che non potrà risultare indifferente l'approccio al tema a seconda che si tratti di attività discrezionale o vincolata.

Qui vuole segnalarsi il rischio che il pubblico dipendente diventi un ingranaggio di un *software*, e come certamente tale a servizio esclusivo della nazione, ma non altrettanto certamente impiegato in un'attività dignitosa, creativa e di ingegno, destinata a decrescere in proporzione al prevedibile ridimensionamento della risorsa umana rispetto a quella tecnologica in ambito organizzativo.

Allo stesso tempo, potrebbe pure prodursi un effetto di rassegnazione in capo alle future generazioni di pubblici dipendenti, una sorta di "normale" accettazione di una posizione servente rispetto all'algoritmo, cambiando totalmente e nuovamente la prospettiva di osservazione del concetto "elastico" di dignità, aggiornata all'avanzamento tecnologico.

Si pone, quindi, un problema di tutela della dignità del lavoratore rispetto alla macchina: può il robot offenderne la dignità umana?

Il suddetto interrogativo né solleva a cascata numerosi altri, in prospettiva.

Ad esempio, è configurabile una legittimazione ad agire contro l'atto introduttivo di un *software* "alienante"? È configurabile, ancora, l'estensione dello spettro di legittimazione ad impugnare un atto organizzativo oltre quella del dirigente, in favore del singolo addetto all'ufficio che subisca una sorta di

⁸⁷ A parte il tenore generale della fonte il riferimento alla dignità comparte nei considerando 27, 28, 31, 48, 58 ed 80, ma sempre nella prospettiva di inquadrare i sistemi di AI come non offensivi del suddetto valore e tramite il divieto di uso improprio in base alla catalogazione del livello di rischio connesso al sistema medesimo.

⁸⁸ Al netto delle considerazioni sulla sua effettività, per cui v. *infra*, par. 9.

demansionamento “digitale” in corso di rapporto? È impugnabile la scelta tecnica di introdurre un determinato programma di elaborazione dati, anche ove non sia contenuto in un espresso atto organizzatorio? Vi è uno specifico obbligo di motivazione relativo all’introduzione di un nuovo algoritmo o l’aspetto informatico esula dalle normali regole generali, ritenendo bastevole l’enunciazione di principio dell’art. 3-bis, l. n. 241/90?

Allo stato, non esistono sufficienti elementi per rispondere in maniera auspicabilmente positiva a tutti i suddetti quesiti, ma è certo che non può essere affidato alla sola giurisprudenza il compito di arginare, di volta in volta, caso per caso, le derive pratiche derivanti dall’“equivoco” che il profilo informatico possa risolversi semplicemente sotto il profilo metodologico e virtuale.

Per la semplice ragione che l’innovazione tecnologica non ha effetti virtuali, ma reali, con riverberi necessari anche nel mondo giuridico.

9. (segue): d) i riflessi sul tema della responsabilità

Il suddetto profilo tematico, già denso di problematicità, viene, se possibile, aggravato dal connesso tema della responsabilità.

Anche con riferimento ad esso, come sopra accennato, si ha traccia dell’emersione del problema nei confronti dei cittadini fruitori/destinatari, con la possibile configurazione dell’esposizione della garanzia patrimoniale (oltre che della Pubblica amministrazione competente) anche del programmatore negligente⁸⁹.

Ma non pare ancora correttamente focalizzata l’attenzione sulle dinamiche interne.

Sul punto, viene da pensare che il graduale passaggio di consegne dall’uomo alla macchina conduce sul crinale della progressiva alienazione della persona fisica del funzionario competente, rispetto al quale il modello dell’art. 28 Cost. rischia di trasformarsi in un *boomerang*.

Il titolare dell’ufficio o l’addetto competente, nel singolo caso di specie, di fronte ad un danno conseguente ad un malfunzionamento⁹⁰ del sistema di elaborazione decisionale della macchina (così come in realtà anche, ad esempio, di quello di trasmissione dei dati in violazione della *privacy*) rischia, quasi paradossalmente, di rimanere intrappolato tra le maglie di una sorta di “responsabilità di posizione”, per aver adempiuto al dovere di ufficio di seguire la procedura automatizzata, ove essa si manifesti come foriera di ingiusto pregiudizio.

O, al contrario, potrebbe prendere forma giuridica l’idea di una sorta piano di prevenzione del rischio informatico in *outsourcing* che esoneri l’amministrazione ed il funzionario da responsabilità, ove risultati adeguato al tipo di organizzazione o di settore di riferimento⁹¹.

⁸⁹ E. FAZIO, *Intelligenza artificiale*, cit., 181 ss.

⁹⁰ Già la giurisprudenza amministrativa più recente ha posto l’attenzione sul vizio da disfunzione della macchina nelle procedure comparative distinguendo tra: «le “disfunzioni” attribuibili ad una specifica e voluta impostazione del programma informatico (ossia il software) e quelle derivanti dal cattivo funzionamento della strumentazione informatica (hardware) messa a disposizione dei candidati» (Cons. St., 24 gennaio 2022, n.783; T.A.R Lazio Roma, III stralcio, 17 agosto 2023, n. 13355).

⁹¹ Tale prospettiva fa da contraltare ai vantaggi che le stazioni appaltanti conseguirebbero dall’utilizzo proattivo dello strumento digitale in un’ottica di buona fede collaborativa con gli operatori economici (cfr. G. RACCA, *Le*



A complicare il quadro, potrebbe aggiungersi, in prospettiva evolutiva, che non è così peregrina la soluzione della creazione e del potenziamento del sistema del *chatbot*, ossia di un impiegato digitale, il quale sostituisca in tutto e per tutto il dipendente persona fisica (con risparmio di risorse anche economiche per la copertura della risorsa umana).

Allo stato, l'utilizzo del *chatbot* può dirsi in una fase di avvio embrionale, circoscritta sostanzialmente alla comunicazione con l'utenza in relazione a determinati ambiti: oggi, anche per la giurisprudenza⁹² che se ne è occupata, è un *software*, ossia un programma informatico che si interfaccia automaticamente con gli utenti telematici, simulando una conversazione scritta con un operatore⁹³.

Anche con riferimento al problema della responsabilità e/o della deresponsabilizzazione giuridica, pare sempre più urgente la risposta a determinati interrogativi.

È configurabile, ad esempio, un'azione risarcitoria del dipendente nei confronti del proprio datore pubblico ed anche nei confronti del programmatore in caso di errore "tecnologico" a danno di terzi o in caso di eccessivo svilimento della dignità umana? In tal caso, sarebbe un'azione diretta o filtrata dall'interfaccia del datore di lavoro pubblico che risponderebbe, ad esempio, per il danno da cose in custodia o per attività pericolosa o semplicemente *ex art. 2043 c.c.*?

Ci sono i margini per un'azione risarcitoria da parte del dirigente dell'ufficio in caso di innovazione tecnologica forte e sostitutiva (se non altro in maniera preponderante) della forza lavoro umana?

Anche per verificare margini di esaustiva risposta a tali ulteriori quesiti, è necessario del tempo, purché esso vada utilizzato non solo nella direzione del potenziamento tecnologico.

Il punto diventa ancora più complesso se si pensa ad imminenti prospettive evolutive, agganciabili a quella corrente giuridica di recente emersione, favorevole all'idea del riconoscimento della soggettività giuridica della macchina, nell'ottica della configurazione di un più articolato quadro di responsabilità giuridica, inclusiva della medesima nel caso di danno nei confronti dei terzi.

Tale tesi, posta all'interno del rapporto di servizio, configurerebbe diversi problemi interpretativi.

Il primo sarebbe quello della compatibilità del soggetto-robot con lo schema dell'art. 28 Cost., ossia se esso sia perfettamente equiparabile al funzionario, dal cui agire in pregiudizio di terzo, scaturisce la responsabilità concorrente della pubblica amministrazione di appartenenza, anche attraverso una rivisitazione dell'art. 2049 c.c.⁹⁴.

Il secondo profilo di non poco momento riguarderebbe il versante interno, da noi prescelto in questa sede, poiché il riconoscimento del nuovo soggetto robot andrebbe probabilmente calibrato, rispetto alla stessa conformazione del giudizio di responsabilità amministrativa o, comunque, dell'azione di rivalsa dell'amministrazione evocata in giudizio per il danno cagionato dalla macchina.

responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede, in *Diritto amministrativo*, 3, 2022, 601 ss.).

⁹² Così, T.A.R. Firenze, 10 maggio 2019, n. 693.

⁹³ Anche il linguaggio giuridico muta, nel momento in cui deve inglobare la categorizzazione di basilari concetti informatici da esemplificare in maniera discorsiva e muteranno le stesse definizioni dei fenomeni informativi, con l'avvento di strumenti tecnologici sempre più prestanti.

⁹⁴ In effetti, nel diritto del lavoro, al di fuori del tema del pubblico impiego, l'applicazione dell'art. 2049 c.c., proprio in ragione di nuove forme di lavoro collegate all'evoluzione digitale, è oggetto di rinnovato dibattito. Cfr., sul punto, E. GUARDIGLI, *La responsabilità ex art. 2049 c.c. e i modelli di lavoro nella rivoluzione digitale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2023, 651 ss.

Infatti, il soggetto evocato in giudizio non sarebbe più il dipendente (o solo il dipendente), ma anche il programmatore o, comunque, colui che, in ipotesi, abbia un esplicito dovere di sorveglianza, all'interno della stessa pubblica amministrazione, sul corretto funzionamento dell'elaboratore digitale.

In un contesto così magmatico, gli interrogativi si moltiplicano esponenzialmente e si dipanano su vari scenari.

Pare, però, intercettabile un filo conduttore unificante, ossia l'idea del diritto al controllo umano⁹⁵, da un lato, e della perduranza, in ambito amministrativo, del potere di controllo dell'uomo sulla macchina⁹⁶, dall'altro, nel verificare, per il momento, il rispetto dei principi elaborati dall'uomo medesimo. Il punto è molto più complicato di quanto sembri, in quanto l'equazione controllo umano-funzionamento del sistema è piuttosto illusoria, soprattutto se la si proietta nell'ambito del rapporto di servizio. Già, infatti, dalla stessa conformazione tradizionale del potere disciplinare, emerge chiaramente che il controllo o la segnalazione non garantiscono la sistematica reazione di fronte a tutte le violazioni dei doveri di ufficio e, pertanto, il controllo è attività per antonomasia frammentaria ed episodica, per

⁹⁵ S. GIUBBONI, *Il lavoro attraverso piattaforma digitale nella disciplina nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 3, 2023, 295 ss., spec. 307, con riferimento ai sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, osserva che: «...rileva, in primo luogo, la disciplina unionale generale, di cui al regolamento (UE) 2016/679, e segnatamente – in relazione al funzionamento degli algoritmi – le previsioni di cui agli artt. 12, 13 e 15, che fissano i principi generali di prevenzione e trasparenza, imponendo, a favore della persona interessata, il rispetto degli obblighi di informazione e di spiegazione delle operazioni che si avvalgono della intelligenza artificiale. A tali previsioni si riconnette l'art. 22 del regolamento, il quale riconosce in via generale il diritto dell'interessato a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione». Questa previsione è pacificamente applicabile ai sistemi algoritmici di decisione automatizzata, impiegati dalle piattaforme digitali, «attraverso i quali un sistema informatico debitamente programmato può produrre una decisione rilevante per i soggetti coinvolti senza l'ausilio dell'intervento umano, basandosi esclusivamente sulla valutazione algoritmica dei dati personali dei soggetti/utenti profilati». Nell'esigere un livello minimo di interazione umana, l'art. 22 del regolamento contiene una prima essenziale tutela, stabilendo che nei casi in cui il trattamento automatizzato sia consentito, come nella specie, ai fini della conclusione e della esecuzione di un contratto tra la persona interessata che abbia espresso il proprio consenso e il titolare del trattamento medesimo, quest'ultimo assicuri in ogni caso il diritto a ottenere un intervento umano, consentendo sempre al soggetto sottoposto di esprimere la propria opinione e di contestare tale decisione». Cfr. T.A.R. Campania, sezione III, 14 novembre 2022, n. 7003, con nota di M. SFORNA, *Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo (c.d. human in the loop)*, in *giustiziainsieme.it*, 3, 2023.

⁹⁶ Un recente esempio negativo di mancanza di controllo umano in un sistema amministrativo è riportato da G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale e sistemi di scoring sociale. Tra distopia e realtà*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1, 2023, 1 ss., ove è riportato il caso del *Toeslagenaffaire*, in Olanda, ossia dello scandalo collegato al risarcimento milionario a cui è stato costretto lo Stato per aver illegittimamente proceduto ad una richiesta di rimborso retroattivo degli assegni di sussidio per l'assistenza all'infanzia percepiti da circa 35.000 genitori, in base ad un algoritmo basato su dati erronei. Da esso è ricavabile, secondo l'A., un'importante lezione (ivi, 7 ss.): «il necessario controllo da parte dell'operatore umano. L'adozione sistematica di strumenti di *machine-learning* coincide all'incirca con la crisi finanziaria globale del 2008-2011, in cui le misure di austerità hanno portato alla riduzione della forza lavoro delle amministrazioni fiscali nell'intera Unione europea. Ciò dovrebbe essere di per sé motivo di preoccupazione, poiché è probabile che una riduzione del personale incida sul numero dei funzionari addetti ai reclami *ex post* dei contribuenti, e quindi sulla loro capacità di riesame. Così facendo non si stanno creando le condizioni per un'IA antropocentrica, ma piuttosto un sistema decisionale incentrato sull'intelligenza artificiale incontrollata, del tutto antitetico rispetto agli obiettivi che si intende promuovere con i progetti di governance algoritmica di stampo comunitario».

quanto penetrante la si voglia configurare, a meno che non si arrivi a programmare in futuro un controllo sulla gestione algoritmica, con parametri, almeno allo scrivente, sconosciuti.

Non solo, ma forse sarà sempre più urgente interrogarsi sulla natura del controllore.

Se il controllo dovesse avere ad oggetto non più l'atto, ma il suo algoritmo, il controllore dovrebbe giocoforza individuarsi in unità di personale informatico (o, peggio, in un'intelligenza artificiale "pensante" di tipo "forte") idoneo a tradurre il problema tecnico in una violazione di uno dei principi di roboetica sopra richiamati, in sinergia con il responsabile dell'ufficio.

Si potrebbe, dunque, immaginare, in linea con la normativa recente, molto propensa alle nomenclature ed ai formalismi adempitivi, di creare accanto al Responsabile del procedimento, al Responsabile anticorruzione, al Responsabile della privacy e via dicendo, anche il Responsabile della programmazione roboetica o della prevenzione del rischio digitale, cui addossare responsabilità giuridiche.

10. Considerazioni conclusive: alla ricerca della cultura del dipendente pubblico

Si è convinti, però, che il punto non sia la nomenclatura, ma, in prospettiva evolutiva (semmai il controllore non fosse pure un robot), non si è così sicuri che la persona fisica del controllore possiederà le caratteristiche di autonomia e indipendenza di giudizio e valutazione del rispetto dei parametri.

E veniamo, per essere più espliciti, all'ultima conclusiva considerazione.

Il lavoro svolto rischia di essere anacronistico, nel momento stesso in cui lo si scrive.

Esso dovrebbe essere rivolto anche alle ultime generazioni ed alle generazioni future⁹⁷, la cui tutela è stata più volte presa in considerazione dalla Corte costituzionale (specialmente in ambito finanziario e sanitario).

Non può ignorarsi, oggi, che nei processi di autodeterminazione dell'individuo e soprattutto in quelli delle giovani e future generazioni incidono proprio quegli algoritmi che, in base ad elementi sempre più ossessivi e stringenti di profilazione, comunicano subliminalmente nella vita privata ciò che è bello, giusto, sbagliato, morale, immorale, di moda, fuori moda economico, antieconomico, conveniente, sconveniente e, perché no, giuridicamente tollerabile o intollerabile, mano a mano indirizzando l'opinione pubblica, attraverso i dispositivi in possesso di ciascuno di noi, accelerando ineluttabilmente la protesizzazione di questi ultimi rispetto al corpo umano.

Il tema sotto vari angoli visuali è oggetto di interesse sempre più stringente, col propagarsi della dominazione mondiale dei nuovi «mercanti dell'attenzione»⁹⁸: se, da un lato, vi è un evidente interesse

⁹⁷ A. D'ALOIA, *Generazioni future (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IX, Milano, 2016, 331 ss.; V. BERLINGÒ, *Cyberbullismo, "servizi educativo scolastici delle periferie" e "nativi digitali"*, in G. DE GIORGI CEZZI, M. IMMORDINO, M. BROCCA, N. GULLO (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020, 41 ss.

⁹⁸ T. WU, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, London, 2017. Cfr., sul punto, il collegamento tra i mercanti dell'attenzione (la cui attività ha fatto sì che già nel secolo scorso divenisse naturale lo sfruttamento sempre più intenso ed a fini commerciali dei dati relativi alle abitudini di vita di ciascun individuo) e le cc.dd *Big Tech*, operato da E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2023, 467 ss.: «Esse godono, e godranno sempre più di un potere "infrastrutturale", cioè abilitante, per l'accesso a moltissimi beni e servizi essenziali e non si può escludere che questo potere finisca con il diventare (quando già non lo è) "decidente", cioè condizionante la formazione stessa della volontà degli individui». Se si pensa alla varietà dei settori di impatto, soprattutto all'indomani della pandemia, è piuttosto evidente che i "signori" di questo tempo sono veri e propri



economico (o meglio, macroeconomico, vista la portata degli operatori e della diffusione dello strumento tecnologico) allo sfruttamento psichico-comportamentale dell'individuo, dall'altro, si registrano pesanti ripercussioni negative a livello neurologico, sociale e perfino giuridico di tale meccanismo⁹⁹.

Il singolare mercimonio appena indicato, infatti, finisce per rendere talmente permeabile la sfera privata e di autodeterminazione di ogni individuo (indotto/costretto a fornire continuamente dati sul proprio conto) che «[...] l'utente digitale sarà sempre più dipendente da queste tecnologie (*coactus, tamen voluit*) e sempre meno libero di scegliere se valersene o meno»¹⁰⁰, in quanto il rapporto uomo-macchina è sbilanciato verso la seconda in termini di informazioni, potere e linguaggio¹⁰¹.

L'attitudine globale dell'uomo a dipendere in maniera sempre più crescente dalle macchine fa sì che si rinforzino e legittimino, anche a livello governativo ed amministrativo, discutibili meccanismi ad ampio raggio di cd. "scoring sociale"¹⁰² dell'individuo in termini positivi o negativi in base ad algoritmi.

"poteri", privati, non più solo protagonisti della cosiddetta economia dell'attenzione, che caratterizza in particolare il settore dei social media, ma anche e sempre più in settori tradizionalmente appannaggio del potere pubblico: dall'istruzione, alla sanità, ai trasporti, al lavoro, all'informazione, tutto è ormai penetrato dall'intervento delle grandi imprese digitali, che finiscono – per usare una formula antica, ma quanto mai attuale – per imporsi con «forme di cogenza e di autorità avvicinabili sostanzialmente alle categorie amministrativistiche in senso lato che sono proprie dei poteri di diritto pubblico». I tempi più recenti svelano che essi sono, in effetti, le *public utilities* del XXI secolo e che occorre favorire quei processi regolatori che guardano alle piattaforme digitali come "infrastrutture sociali" e a certi loro servizi come "servizi di interesse generale".

⁹⁹ Cfr. P. CREPET, *Prendetevi la luna*, Mondadori, 2023, in un capitolo dedicato a *Chatgpt*, scrive (pp. 117-118): «L'obiettivo su cui è più che urgente aprire un complesso dibattito intergenerazionale non riguarda il "politicamente corretto" di una nuova applicazione o la sua supposta "obiettività" o le crepe che mostra nelle sue proposte, ma se e come l'intelligenza artificiale porterà al più importante cambiamento antropologico degli ultimi secoli, la qual cosa a me pare più che evidente. Un confronto che costringe a porsi quesiti forse imbarazzanti. Fino a dove e quando i cittadini del pianeta vorranno trattenere e non delegare le umane virtù, il talento di ognuno...Finché a parlarne sarà chi è coinvolto negli enormi interessi economici che sono in gioco, le risposte saranno contraddittorie e creeranno pericolosi equivoci». L'unico possibile rimedio può passare solo dalla «consapevolezza che si pagherà in termini di abbassamento qualitativo delle capacità cognitive e creative di chi sostituirà il proprio talento con quello artificiale».

¹⁰⁰ Così, E. CREMONA, *Le piattaforme cit.*, 472 ss., il quale auspica l'introduzione di un regime amministrativo delle piattaforme digitali, con una normazione per principi fondamentali sulla funzione (motivazione, trasparenza, responsabilità, imparzialità, etc.): «Il problema regolatorio deve cioè oggi porsi come 'funzionalizzazione' del potere privato al perseguimento di un fine non di (solo) lucro, ma di interesse pubblico. E un rodato modello normativo di riferimento può essere trovato nel regime del potere amministrativo, dal quale è possibile mutuare – con tutti i caveat del caso, e *mutatis mutandis* – alcuni principi generali. A questo proposito, è stato osservato che «se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale», in quanto il controllo sui poteri privati potrà essere validamente impostato solo procedimentalizzandone le funzioni, sottoponendolo cioè ad un regime "amministrativo". Il richiamo è a O. POLLICINO, in R. CONTI, F. DE STEFANO, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

¹⁰¹ E. CREMONA, *Le piattaforme cit.*, 479.

¹⁰² G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale e sistemi di scoring sociale, cit.*, 1 ss. Nel contributo, si cita, ad esempio di *scoring sociale*, il caso della Repubblica popolare cinese, la quale ha dal 2018 avviato e, nel tempo, potenziato il *Social Credit System (SCS)*, ossia un sistema, basato su algoritmi, di classificazione della reputazione sociale di ogni singolo cittadino rispetto a determinati parametri ai quali è collegato un punteggio (ad esempio, tempestività o morosità nell'adempimento delle obbligazioni e nel pagamento delle bollette relative ad utenze, livello di litigiosità in contenzioso, attitudine al gioco on line, etc.), il cui valore consente o meno di usufruire di servizi



Questi sono in grado, all'estremo, di generare perfino automatici effetti giuridici ampliativi o restrittivi delle libertà personali e dei diritti patrimoniali: dai quali, pur così ammantati di autorevolezza tecnologica, trapelano modalità autoritarie illiberali ed agghiaccianti di selezione della "specie amministrata". Non può, dunque, affatto escludersi che il processo "ecumenico" di formazione culturale attraverso le tecniche informatiche renda sempre più naturale lasciare spazio gestorio dominante a macchine sempre più sofisticate.

Non a caso, trova costante propulsione il movimento giuridico del cd. "costituzionalismo digitale"¹⁰³, teso a connettere il tema del rispetto dei diritti e libertà fondamentali, tra le quali campeggia in prima linea la dignità umana con la transizione digitale.

In proposito, si è iconicamente prospettato un prossimo passaggio da *Homo sapiens* a *Homo insapiens*, inoperoso ed ottuso, perché «[...] sempre chino sul dispositivo che ha tra le mani e che gli indica tutto quello che deve e che non deve fare, pensando e decidendo per lui»¹⁰⁴.

In questa prospettiva tutt'altro che irrealistica, la vera preoccupazione non è più solo quella dell'impatto dell'intelligenza artificiale sull'organizzazione del lavoro (pubblico e privato), ma è «[...] se l'intelligenza artificiale ci ruberà l'arte del pensiero, ovvero la nostra qualità principale»¹⁰⁵, come avviene nei regimi totalitari, i quali impediscono di raccogliersi in solitudine per riflettere e far attivare il cd. principio direttivo (pensiero)¹⁰⁶: «[...] laddove si ha una diminuzione qualitativa dell'attività mentale

basilari attinenti alla libertà di muoversi nel territorio statale (es. diritto/divieto di prenotare voli di linea interni, oppure diritto/divieto di beneficiare di un finanziamento bancario, oppure diritto/divieto di iscrizione dei propri figli presso determinati istituti scolastici o, perfino, diritto/divieto di esercitare determinate professioni o svolgere incarichi).

¹⁰³ Cfr. E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019; ID., *Digital constitutionalism. The role of Internet bills of rights*, London-New York, 2023, spec. 76 ss.: «There is no single constitutional framer... there are several contracting companies working at the same time, so... constitutionalisation simultaneously occurs at different societal levels... to achieve a common aim: translating the core principles of contemporary constitutionalism in the context of the digital society» (76)...The concept of constitutionalisation denotes a process...Conversely, constitutionalism is a 'theory', a 'movement of thought', a 'conceptual framework', a 'set of values' (77);... Today, existing constitutional principles cannot anymore solve all the challenges of contemporary society...Novel principles emerge to articulate the fundamental values of constitutionalism in light of the problematic issues of contemporary society, including, but not limited to, the challenges of the digital revolution" (81)...; In Suzor, 'digital constitutionalism' is a project seeking to articulate a set of limits on private powers that affect how individuals can enjoy their rights in the digital world... Redeker, Gill, and Gasser, lastly, employed the notion of digital constitutionalism to connect the emergence of a series of non-binding declarations of Internet rights which aim to set limits on both public and private power in the digital context (83). Si rinvia alla citata monografia per i richiami bibliografici, tra cui N. SUZOR, *Digital Constitutionalism and the Role of the Rule of Law in the Governance of Virtual Communities* (phd, Queensland University of Technology 2010), in <https://eprints.qut.edu.au/37636/>; V. KARAVAS, *Governance of Virtual Worlds and the Quest for a Digital Constitution*, in C. B. GRABER, M. BURRI-NENOVA, *Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity: Transdisciplinary Enquiries*, Cheltenham, 2010; D. REDEKER, L. GILL, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 2018, 302; cfr. pure sul tema, S. RODOTÀ, *Perché Internet ha bisogno di una Carta dei diritti*, in *La Repubblica*, 14 novembre 2006.

¹⁰⁴ V. MANCUSO, *Non ti manchi mai la gioia*, cit., 47.

¹⁰⁵ ID., *ibidem*.

¹⁰⁶ V. MANCUSO, *op. cit.*, 25-26, il quale col suddetto termine, per riferirlo al pensiero, traduce il concetto di *egemonikòn* di Marco Aurelio: «Ciò che io sono, qualunque cosa sia, altro non è se non un pò di carne, soffio vitale e il principio direttivo». Per l'A. il pensiero non è la semplice opinione, ma la direzione che si imprime alla propria



non può che diminuire anche la qualità di chi la esercita»¹⁰⁷, per cui «(...) il trionfo dell'intelligenza artificiale umanoide può coincidere con l'avvento planetario della stupidità naturale degli esseri umani»¹⁰⁸.

Impressionano, in proposito, i dati emersi da una ricerca parlamentare¹⁰⁹ sull'effetto degenerativo di tipo fisico e neuropsichico causato dall'uso continuativo ed indiscriminato dei dispositivi tecnologici sull'uomo e, in particolare, sulle giovani generazioni, il cui sviluppo cerebrale è ancora in atto e in riferimento alle quali è ancora più evidente l'effetto di dipendenza, analogo a quello della sostanza stupefacente.

Allo stesso modo, impressiona la timidezza legislativa nel disegnare e proteggere un interesse pubblico al mantenimento delle capacità cognitive dell'essere umano e, di conseguenza in ordine ai rimedi giuridici da predisporre, di fronte all'inesorabile avanzata della tecnologia, anche se il citato d.d.l. ha quantomeno avviato un percorso di tutela in favore di categorie fragili.

È stato osservato che l'evoluzione tecnologica rinverdisce il mito platonico della caverna (rivisitato in «mondo in uno schermo»¹¹⁰) e costituisce, allo stesso tempo, una trappola dalla quale non ci si può svincolare con il rifiuto e la chiusura (in ragione degli innegabili vantaggi apportati, come, ad esempio, in campo medico)¹¹¹.

esistenza, «la struttura in base a cui un essere umano si muove nel mondo e compie o non compie delle azioni», per cui «l'uomo è ciò che pensa». L'A. indica come riferimento bibliografico, M. CEVA (a cura di), *Marco Aurelio. Pensieri*, II, 2, Mondadori, 1995, 25.

¹⁰⁷ V. MANCUSO, *op. cit.*, 48.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Condotta per audizioni di alta specializzazione clinica e psicologica. Si rinvia al resoconto stenografico n. 10 della seduta del 9 giugno 2021 della 7° Commissione Permanente, in www.senato.it, avente ad oggetto una «Indagine conoscitiva sull'impatto del digitale sugli studenti, con particolare riferimento ai processi di apprendimento». Ad essa viene allegato un documento conclusivo dal contenuto impressionante sugli effetti fisici e psichici devastanti derivanti dall'abituale uso dello *smartphone*, come appendice, quasi un organo del corpo: «Ma a preoccupare di più è la progressiva perdita di facoltà mentali essenziali, le facoltà che per millenni hanno rappresentato quella che sommariamente chiamiamo intelligenza: la capacità di concentrazione, la memoria, lo spirito critico, l'adattabilità, la capacità dialettica(...)». Allo stato, il tema trova un possibile sviluppo giuridico nella limitazione dell'uso del telefonino da parte dei minori in determinati ambiti come quello scolastico. Nei paesi orientali, tecnologicamente avanzati (Cina, Corea, Giappone), il problema è stato già da tempo segnalato. Nel 2008, ad esempio, il governo giapponese ha avviato una campagna di sensibilizzazione, connessa all'adozione di misure e divieti, proprio in ragione agli effetti nocivi connessi all'uso indiscriminato dei dispositivi elettronici da parte dei minori, ed esempio incentivando l'utilizzo di quelli che consentissero esclusivamente la comunicazione telefonica e la geo-localizzazione. Cfr. Y. KAYEGAMA, *Japan fights children's cell phone addiction*, in www.nbcnews.com, 27 maggio 2008. Cfr. pure, T. SEKI, K. HAMAZAKI, T. NATORI, H. INADERA, *Relationship between internet addiction and depression among Japanese university students*, in *Journal of affective disorders*, 256, 2019, 668-672; K. TOKUDA, T. MIZUNO, *The Effect of ordinance for discouraging smartphone use during walking*, 15 settembre 2023, *Presentation at 87th Annual Convention of the Japanese Psychological Association*; S. MEI, Y. HU, X. WU, R. CAO, Y. KONG, L. ZANG, X. LIN, Q. LIU, Y. HU, L. LI, *Health risks of mobile phone addiction among college students in China*, in *International Journal of mental health and addiction*, 21, 2022, 2650-2665; S. PARK, S. YANG, C. SHIN, H. JANG, *Long-Term symptoms of mobile phone use on mobile phone addiction and depression among korean adolescents*, in *International Journal of environmental research and public health*, 2019, 16, 3584.

¹¹⁰ V. MANCUSO, *op. cit.*, 21.

¹¹¹ *Id.*, *op. cit.*, 49.



Può darsi, quindi, ricollegandoci ai precedenti passaggi argomentativi, che, fra qualche anno (o anche meno), venga meno perfino il tema del collegamento tra dignità personale e proiezione lavorativa nell'ambito del pubblico impiego – in base a cui, com'è noto, trovano oggi fondamento diverse fattispecie di riconoscimento di danno esistenziale del pubblico dipendente¹¹² – e che sarà normale per il medesimo avvalersi in maniera sempre più generalizzata delle macchine, servirsene e servirle, fino ad esserne sostituito.

Ne deriverebbe anche un collaterale processo di deresponsabilizzazione giuridica del funzionario (e, dunque, al possibile distacco del medesimo dalla tensione istituzionale), man mano che la macchina robotizzata si evolva e si espanda, e, tutt'al più, ci si potrà concentrare sulla garanzia di un minimo di tutela della dignità della sua natura umana.

La persona fisica del funzionario potrebbe essere disincentivata dal prendere iniziative (dall'usare, cioè, le sue autonome facoltà intellettive ed il proprio bagaglio culturale, emozionale e valoriale) e dal dare il proprio apporto umano, alla soluzione del caso concreto, appiattendosi sul ruolo servente rispetto alla macchina¹¹³.

Va ancora tenuto in considerazione un ulteriore fattore di possibile incidenza negativa sulla complessiva idea di dignità umano/relazionale del dipendente pubblico, ossia la progressiva smitizzazione (/stigmatizzazione) delle Istituzioni e dell'idea di bene/interesse pubblico superiore che esse simboleggiano ed all'interno delle quali il lavoratore dovrebbe mettere a fuoco la propria missione istituzionale¹¹⁴.

Non può, infatti, ignorarsi che su un piano filosofico/sociologico, sono stati tracciati i contorni di un emergente individualismo che riguarda sia il lavoratore¹¹⁵, sia l'essere umano, in quanto tale¹¹⁶.

¹¹² Si pensi al danno esistenziale da demansionamento o da illegittima sospensione dal servizio. Cfr., ad esempio, per una visione ricostruttiva generale ed ancora attuale, F. GARRI, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per danni arrecati ai propri dipendenti*, in *Foro amministrativo (TAR)*, 11, 2009, 3313 ss.

¹¹³ La percentuale realizzativa dell'infausta evenienza aumenta, inoltre, proporzionalmente alla possibile degenerazione dell'originaria idea di libertà informatica, intesa come libertà di acquisire informazioni attraverso l'accesso ad *internet*.

E ciò sia in ragione della circostanza che tale libertà non sarebbe misurabile nella sfera del dipendente pubblico, istituzionalmente obbligato all'utilizzo di procedure informatiche prestabilite; sia perché l'idea di libertà informatica è sempre meno associabile alla tradizionale struttura delle libertà costituzionali, a fronte dei crescenti indizi di eterodeterminismo dello stile di vita. Cfr., sulla nozione di libertà informatica, V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Bologna 1981, 37 ss.

¹¹⁴ Sempre più fiocamente riecheggiante dalla postazione del binomio artt. 4 e 98 Cost.

¹¹⁵ Così, R. DAL PUNTA, *Diritto del lavoro e valori*, cit., 164: «Il diritto del lavoro si è sempre fatto portatore di un universalismo etico, centrato sul valore del lavoratore come persona e non come merce, che, proprio per tali sue caratteristiche, non può pretendere coerentemente di considerare il lavoratore come un essere diverso dagli altri. Sempre di più, insomma, il valore che viene in risalto è quello che impone di garantire la cittadinanza sociale, e questo riguarda i lavoratori al pari di altre classi di soggetti deboli, al di là del fatto che, per i lavoratori, esso possa essere declinato in modo diverso. A questo si connettono ragioni di natura storica. Per menzionare il recente percorso intellettuale di Alain Touraine, culminato in *Noi, soggetti umani* (2017), il superamento della società industriale, nella quale il conflitto centrale era quello tra capitale e lavoro, costringe a individuare un nuovo e più ampio orizzonte di progresso, che Touraine scorge, allo stato, non già in nuovi movimenti sociali, ma in un nuovo e pur non egoistico individualismo, che egli definisce come processo di soggettivazione».

¹¹⁶ V. MANCUSO, *op. cit.*, 26 ss.



Esso si alimenta attraverso il misconoscimento dell'idea stessa di istituzione, di sovrastruttura, quasi attraverso un meccanismo iconoclasta rintracciabile, con progressiva evidenza, fino ai giorni nostri. Tale disaffezione spontanea (verrebbe da dire interiore) verso il bene/interesse pubblico trae forza da sfiducia e rassegnazione sul funzionamento del sistema organizzativo sovraindividuale, sprigionando, così, la sacralizzazione della dimensione egoistica, del desiderio e dei bisogni personali¹¹⁷.

Di tale clima è recente testimone, sul piano giuridico interno, la normativa volta alla moralizzazione del dipendente pubblico¹¹⁸, la quale ricerca e riconosce come causa del suddetto malfunzionamento l'operato del lavoratore.

All'aggravamento del livello di affezione alla sovranità contribuisce l'abbattimento della territorialità statale e dei suoi confini da parte della potenza tecno-economica¹¹⁹, propensa alla diffusione di una particolare modalità di esecuzione della prestazione *on-line* (cd. *crowdworking*)¹²⁰ che, già con l'emergenza sanitaria da Covid, ha attecchito anche nel pubblico impiego, rafforzando lo scollamento dello

¹¹⁷ V. MANCUSO, *ibidem*, riconduce l'eziologia del fenomeno, sinteticamente, alla necessità di un Dio, ossia di un ideale: «Come ho detto, la modernità, dopo aver superato il Dio trascendente della metafisica cristiana, prese ad individuare lo Stato come valore supremo ed adorarlo come un Dio: o lo Stato che c'era già e che si doveva conservare, o quello che si sarebbe costruito tramite la rivoluzione dopo aver abbattuto l'esistente. Molti degli uomini che durante la modernità si dicevano atei lo erano rispetto al Dio del cristianesimo e a qualunque altra divinità trascendente, ma non lo erano per nulla da punto di vista psichico, essendo tutti animati da un profondissimo senso di sacralità dello Stato che per loro rappresentava l'assoluto ed era molto più forte dell'interesse privato. Non credevano in un Dio trascendente, ma possedevano il senso della riverenza rispetto alla divinità, da essi collocata nello Stato. A prescindere dalla forma costituzionale, se monarchica o repubblicana, e dall'orientamento politico, se conservatore o progressista, per tutti loro lo Stato era sempre *Res publica*, bene comune, anzi Bene comune; e non vi era nulla di più sacro. In loro vibrava il medesimo sentimento religioso di Socrate rispetto alla *Polis*, e di Catone rispetto all'*Urbe*». Secondo l'A., saremmo si fronte all'ultima metamorfosi consistente nel «passaggio dal Dio della modernità al Dio della post-modernità, dal primato della dimensione sociale e comunitaria al trionfo del più radicale monoteismo dell'Io, per il quale la scienza regina è costituita dall'economia, rispetto a cui tutte le altre scienze sono servitrici». Il Dio lo professa, secondo l'A., la dogmatica della finanza, la liturgia dello shopping ed il narcisismo «inteso come riconduzione di tutto il proprio amore a se stessi», in tale prospettiva, pervenendo al nichilismo: «Credendo solo in se stessi, si crede in realtà solo nel proprio desiderio e nella propria forza, e si finisce necessariamente nel nulla [...]. Occorre ancora aggiungere che da tale privatissimo e piccolissimo Dio si genera pressochè necessariamente un permanente conflitto sociale, perché un insieme di individui che credono solo in se stessi produce automaticamente quella condizione detta "guerra di tutti contro tutti"».

¹¹⁸ Il riferimento va alle già citate riforma Brunetta del 2009 e legge anticorruzione del 2012, con la susseguente normazione attuativa.

¹¹⁹ Così, N. IRTI, *Il diritto e la crisi*, in *Rivista delle società*, 2022, 1067 ss.: «L'essenza della tecnica, come volontà di sfruttare e manipolare il mondo; e l'essenza dell'economia, come insoddisfatta e indefinita volontà di profitto; queste essenze, o forme della volontà, rifiutano la chiusura dei confini e la determinatezza dei luoghi. Esse sono radicalmente a-topiche, senza luogo, e perciò possono diffondersi e impiantarsi ovunque [...]. Si determina così un divario, una "sfasatura", di estensione: tecnica ed economia non sono co-estensive a politica e diritto: esse, aperte alla indefinita spazialità; questi, ristretti nella definita territorialità».

¹²⁰ Cfr., nel lavoro privato, S. GIUBBONI, *Il lavoro attraverso piattaforma digitale* cit., 295 ss., ove si distingue tra rapporto sulla piattaforma (cd. *crowdworking*) e lavoro attraverso le *app* (es. le ordinazioni di pasti a domicilio, consegnate dai *riders*). Sulla disciplina del primo, l'A. scrive (296): «La sua disciplina giuridica è oggi rimessa alla autoregolazione unilateralmente predisposta dai gestori delle piattaforme, sotto il cui velo di contrattualità apparente è tuttavia agevole scorgere la forza nuda e pressochè incontrastata dei grandi poteri privati, che governano in posizione d'oligopolio la rete nella veste di protagonisti del nuovo capitalismo estrattivo della "sorveglianza"».

stesso dipendente dall'ufficio di competenza e, nell'opinione pubblica, l'idea di normalità di tale distacco materiale tra componente soggettiva ed oggettiva dell'ufficio.

Né può escludersi, in un prossimo futuro, se la tecnologia imporrà definitivamente l'apolidia del lavoro¹²¹, l'apertura del settore del pubblico impiego alla globalizzazione e, dunque, lo svincolo totale dal requisito della cittadinanza italiana dell'accessibilità al pubblico concorso, ancora in parte riservato dall'art. 38, comma 1, T.U.P.I.

Non resta che chiudere il cerchio, richiamando il quesito posto dal richiamato saggio degli anni '90 che, come accennato, partendo dall'assunto della valorizzazione sociale dell'individuo, in collegamento con la qualifica di pubblico dipendente, si poneva una serie di interrogativi sulla legittimazione del dipendente ad insorgere contro atti organizzatori, potenzialmente minatori del prestigio dell'ufficio e, di immediato rimando, della propria dignità.

Il quesito può e, forse, deve essere aggiornato e sinteticamente considerato nei seguenti termini: se esistono margini di legittimazione attiva del pubblico dipendente ad agire nei confronti del modulo organizzatorio implementativo della intelligenza artificiale e diminutivo delle proprie mansioni e della propria dignità umana.

In astratto ed in prospettiva, abbiamo cercato di evidenziare che tale evenienza non possa escludersi assolutamente, ma va anche aggiunto che sarà molto complicato al dipendente dimostrare il profilo legittimante dell'inefficienza dell'ufficio, laddove la tecnologia, anche se alienante ed invasiva, produca innegabili ed evidenti vantaggi in termini di chiarezza, speditezza, economicità.

A meno che non si rivaluti proprio l'importanza dell'aspetto umano nel rivestire il ruolo di pubblico dipendente, che il diritto ha il dovere di preservare di fronte all'impennata di digitalizzazione.

Si è ancora convinti che solo l'uomo con la sua creatività e con il bagaglio delle proprie emozioni, del proprio vissuto, in un ambiente lavorativo virtuoso e stimolante sia in grado di fornire quella componente aggiuntiva che nessun processore o simulatore di emozioni o di empatia riuscirà veramente a determinare e che proprio della macchina pubblica rappresenta ottimo carburante (epurato dalle inevitabili scorie).

In questa logica, si condivide l'idea della esaltazione della cultura, come strumento di emancipazione dalla trappola tecnologica, ove intesa non come istruzione o erudizione, ma come coltivazione dell'interiorità e strumento di conoscenza di sé stessi e dei propri talenti e limiti, che una macchina non potrà mai genuinamente possedere ed alimentare, con la gioia autentica che da essa promana¹²².

Aggiungiamo, però, che la cultura del dipendente pubblico non può essere invocata in senso esclusivamente introspettivo e soggettivo, perché, se così fosse, lo si graverebbe di una responsabilità che non è sua: cosiccome la normativizzazione del doveroso percorso di sua moralizzazione, non può essere l'unica strada per evitare la dispersione di risorse pubbliche e l'aumento della pressione fiscale.

Si dovrebbe pensare, invece, anche ad una cultura collettiva e diffusa sul e del pubblico dipendente, che ne sensibilizzi, nell'opinione pubblica, la percezione in termini di risorsa e non di un inutile orpello, e, di rimbalzo, che possa avere adeguato sviluppo un movimento giuridico non anti-tecnologico, ma

¹²¹ Oggi settorializzata: cfr. R. SEMENZA, A. MORI, *Lavoro apolide. Freelance in cerca di riconoscimento*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2020.

¹²² Il *disce gaudere* di Seneca diventa punto di riferimento ancora una volta in V. MANCUSO, *op. cit.*, 120.

pro uomo, caratterizzato da un tasso di effettività ben più consistente di mere direttive e prevalente sugli interessi strettamente economici.

In tale embrionale, ma urgente, prospettiva, non andrebbe perso di vista che il diritto non dovrebbe essere situato in posizione servente all'economia tecnologica, ma configurarsi come strumento di equilibratura della medesima con i valori fondanti l'umanità ed il singolo ordinamento giuridico, per favorirne l'evoluzione *in primis* e la società immediatamente di seguito.

Si è convinti, infine, che il quadro organizzatorio della pubblica amministrazione potrebbe rappresentare terreno fertile, proprio perché il diritto amministrativo ha una tendenza strutturale al superamento dell'individualismo e delle derive che nella sua ultima versione esso sta manifestando, ma anche – e, forse, soprattutto – perché esso è funzionalmente chiamato a tenere in considerazione gli interessi pubblici ed i bisogni reali della collettività, soprattutto quelli collegati all'essere "umano", che lo obbligano a fissare limiti invalicabili anche all'avanzata indiscriminata alla tecnologia.

L'ambito tematico della dignità umana, personale e sociale del dipendente pubblico potrebbe così trasformarsi in promettente laboratorio di studio per la ponderazione di interesse alla dignità umana, libertà personale, buon andamento delle istituzioni, interessi economici e progresso sociale e tecnologico.

E così, ad esempio, si potrebbe sperimentare un meccanismo di *scoring* non della amministrazione nei confronti dei cittadini e nemmeno dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, ma, piuttosto, del cittadino nei confronti del singolo operatore pubblico, a prescindere dalla posizione rivestita.

E questo meccanismo dovrebbe essere basato sulla spontaneità dell'iniziativa dalla prospettiva del singolo utente favorevolmente o sfavorevolmente impressionato non dall'amministrazione in astratto, ma da un concreto episodio relazionale (che è tipico del rapporto con uno sportello, con un servizio e, persino, nell'ambito della vicenda procedimentale).

Purché ovviamente non si tratti dell'attribuzione di un punteggio *sic et simpliciter*, ma si proceda alla descrizione dell'episodio, motivando le ragioni umane di soddisfazione o insoddisfazione nel rapporto, con comuni strumenti di accertamento della veridicità del fatto e di esposizione di responsabilità in caso di mendacio.

Sarebbe un modo trasparente per tutelare ed anche valorizzare (con meccanismi premiali) le innumerevoli fattispecie, in cui l'ingegno, l'esperienza, la competenza, la laboriosità, la serietà, la comunicazione verbale e non verbale tra dipendente e cittadino (al di fuori della *fictio iuris* del rapporto organico e del mascheramento tecnologico) abbiano impresso la giusta svolta nella risoluzione di una pratica e nella gestione dell'interesse pubblico, con il minor sacrificio possibile di quelli privati.

Senza che nessuno posizioni il singolo fatto in preconfezionate caselle da barrare, per la semplice ragione che nessun algoritmo può misurare la reputazione, l'umanità, la sensibilità, in una parola la dignità personale e relazionale di un individuo, men che meno di un pubblico dipendente¹²³.

¹²³ Sulle «applicazioni o banche dati private che raccolgono ed archiviano indiscriminatamente dati personali al fine di assumere decisioni anche con effetti e conseguenze negative sulla vita privata, sociale ed economica degli individui», G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale cit.*, 13, osserva: «Si tratta di sistemi che puntano, in sostanza, a rendere misurabile la reputazione dei soggetti censiti, sollevando più di una preoccupazione in tema di protezione dei dati personali, nonostante le finalità dichiarate siano quasi sempre giustificate dal perseguimento di rilevanti obiettivi quali, ad esempio, la lotta alla corruzione, alle false identità, alle frodi, ecc. Ma l'idea stessa di affidare la "recensione" di una persona ad un algoritmo rischia di aprire davvero una deriva assai pericolosa.

Si tratta, prima o poi, di elaborare un principio di “equilibrio” tecnologico che, a parere di chi scrive, dopo quello di bilancio inserito nel 2012, dovrebbe essere riconosciuto o, comunque, preso in considerazione anche a livello costituzionale.

Si avrebbe, così, l’occasione di avvicinarsi ad un’idea di doverosità della normazione posta a tutela e limite della tecnologia, da sviluppare con urgenza e vivacità, proprio a partire dall’approccio alla risorsa umana nel pubblico impiego e tale persino da poter immaginare profili di incostituzionalità o di illegittimità per innovazioni tecnologiche nelle quali non sia dato spazio centrale e determinante non solo al controllo umano, ma anche alla valutazione umana, al di là, si ripete, dell’attribuzione di voti, punteggi, percentuali per singoli spicchi di realtà o attività.

Si vuol dire che la valutazione della moralità, della personalità e dell’umanità del dipendente pubblico, non può essere esclusivamente affidata a fattori oggettivi (come ad esempio, precedenti penali o mancata attivazione del soccorso istruttorio), ma deve essere necessariamente combinata con la valutazione del rispetto della componente esistenziale.

Essa potrebbe a sua volta fungere da rinnovato esempio per la collettività, anche – perché no? – in alternativa ai modelli tecnologici preconfezionati nella loro qualificazione assiologica connotata dalla profilazione e dallo *scoring*, e sviluppare nuovamente l’originalità e la libertà delle scelte.

W. J. J. J.

Sicché s’impone sin da subito una riflessione che vada oltre l’applicazione tecnicistica delle norme del GDPR (ed in particolare dall’art. 22, in materia di decisioni automatizzate comprendenti anche la profilazione e successive in tema di sicurezza), per soffermarsi piuttosto sui principi di carattere generale da questo sanciti».

