

ISSN 2724-3273



Milan Law Review

Fascicolo 2/2021

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CENTRO DI RICERCA
COORDINATO
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

EDITORE: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdiger, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trincherà, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un'iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell'opera. Non è consentito l'utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l'autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all'area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell'ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall'attribuzione dell'incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, anno, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Iscrizione al **Registro della Stampa** con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: febbraio 2022.

PUBLISHER: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdner, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

EDITORIAL STAFF: Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones. Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the Committee on Publication Ethics (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan law review*, year, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Registration in the **Public Press Register** by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan.

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy.

Date of Publication of this Issue: February 2022.



N. 2/2021

INDICE DEI CONTRIBUTI

SILVIA FERRERI, <i>Il metal detector: alleato o avversario della ricerca storica? Inghilterra e Italia a confronto nel diritto. Spunti di raffronto nelle politiche di cura di tracce del passato</i>	1
MARIA D'ARIENZO, <i>Vaccini anti-Covid e fattore religioso</i>	37
MARGHERITA RAMAJOLI, <i>Quale futuro per la regolazione alimentare?</i>	58
FRANCESCA GOTTARDI, <i>Down Syndrome Legislation in the U.S. and Italy: A Comparison</i>	74
ALEYDIS NISSEN, <i>Trade with the EU, Variable Geometry and Human Rights in the EAC</i>	103





**Il metal detector: alleato o avversario della ricerca storica? Inghilterra e Italia a confronto nel diritto
Spunti di raffronto nelle politiche di cura di tracce del passato**

Metal detector: support tool or antagonist of historical investigation? England and Italy compared in law
Elements of comparison concerning policies to protect traces of the past

SILVIA FERRERI

Professore Ordinario di Diritto comparato

Università degli Studi di Torino

silvia.ferreri@unito.it

ABSTRACT

Il confronto, provocato da circostanze contingenti, tra Regno Unito e Italia, mette in evidenza un maggiore linearità e accessibilità delle norme che regolano l'invenzione di oggetti storici o archeologici nella normazione di Westminster. Non si deve sottovalutare l'importanza di prescrizioni facilmente reperibili e chiare: impedire totalmente la ricerca di testimonianze del passato è irrealistico, conviene fissare in maniera realistica le condizioni in cui questo può avvenire, incentivando chi faccia un ritrovamento a renderlo pubblico, sapendo di poter contare su un compenso e su un riconoscimento. La normativa italiana è in continua revisione, le politiche che ispirano la tutela dei beni culturali subiscono



DOI: 10.54103/milanlawreview/17390

MILAN LAW REVIEW, Vol. 2, No. 2, 2021

ISSN 2724 - 3273

aggiornamenti e abbondano in misura e in dettagli. Orientarsi non è facile, le sanzioni per le infrazioni sono difficili da applicare, il commercio illegale finisce per essere redditizio.

Parole chiave: Scavi e ritrovamenti; beni storici; legislazione dei beni culturali; il privato inventore.

Comparing UK and Italian law concerning cultural goods – in a set of peculiar circumstances such as the lockdown caused by the epidemic – shows that English legislation is more readable, more accessible than the Italian counterpart. Legislators should not underestimate the importance of clear and easily retrievable provisions. Prohibiting completely excavations or searches for historic items is unrealistic. It is preferable to establish clear conditions on how this can be done, prompting people to declare their findings by offering them a reward and the public recognition of the discovery. Italian legislation is under frequent revision, policies carried out by successive administrations are often adjusted and are both over abundant and over detailed. It is not easy to have a good grasp of them, sanctions for violations are difficult to execute, illegal commerce may be rewarding.

Keywords: Excavations and findings; historical items; legislation on cultural goods; the private finder.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Il metal detector: alleato o avversario della ricerca storica? Inghilterra e Italia a confronto nel diritto

Spunti di raffronto nelle politiche di cura di tracce del passato

SOMMARIO: 1. Le cronache del lockdown nel Regno Unito. - 2. Il provvido legislatore. - 3. Una rete di referenti. La collaborazione del titolare della terra. - 4. Le precauzioni e la formazione dei cacciatori di antichità. - 5. Il compenso in denaro o in natura. - 6. L'esposizione lusinghiera: l'inventore menzionato con onore. - 7. I tombaroli: una florida professione. - 8. La prassi amministrativa in Italia. - 9. Quale premio?. - 10. L'esportazione clandestina. In che misura il diritto europeo favorisce o limita la circolazione dei beni illegalmente escavati? Il diritto mondiale e la convenzione UNIDROIT (contro i beni illegalmente esportati) - 11. Un successo, comunque (una "*win-win solution*"). Quale rischio corre chi trasgredisce alle norme italiane. La sanzione penale è un vero deterrente? - 12. Conclusioni.

1. Le cronache del lockdown nel Regno Unito.

Il periodo di chiusura forzata ha indotto tutti i reclusi ad inventare qualche forma di svago. Le cronache giornalistiche hanno riportato dati sconcertanti: ogni nazione ha adottato una strategia diversa per l'intrattenimento iniziale, quando ancora la tragicità della situazione era sottostimata. In Italia i giornali della primavera 2020 riferivano della scomparsa del lievito dai supermercati. Si sospetta che molte famiglie abbiano inizialmente goduto di un'inebriante euforia che induceva a impastare, infarinare, infornare. In Australia, viceversa, le prime segnalazioni indicavano come sintomo del disorientamento la scomparsa della carta igienica: provviste portentose avevano sbancato gli scaffali dei negozi, la merce era diventata introvabile. Negli Stati Uniti, ovviamente, i quotidiani parlavano di incremento nell'acquisto delle armi e del ghiaccio da conservare in frigorifero. La BBC, nel Regno Unito, ha invece raccontato dell'entusiasmo degli ornitologi, anche dilettanti: il programma radiofonico di giardinaggio, il venerdì (si noti: programma in cui i coltivatori "parlano" di giardini, senza vederli), ha ospitato racconti entusiasti dell'avvistamento di qualche raro esemplare di passerotto o cinciallegra. Ma i più sfortunati, quelli che non avevano siepi da potare o binocoli da puntare, hanno intrapreso forme più dinamiche di indagine: si sono armati dei propri metal detector e hanno percorso foreste e brughiere alla ricerca di oggetti metallici

seppelliti. I mass media intitolano: «Covid: Metal detecting 'an escape from pandemic stress'»¹.

L'informazione non è relegata alle pagine di colore delle riviste, ma ufficialmente registrata dal sito del governo: tempestivamente i funzionari hanno aggiornato le istruzioni per i cercatori di tesori². Qualche esito felice è anche assurto agli onori della cronaca: una fede matrimoniale è emersa quest'estate in un giardino dove era stata gettata decenni prima da un ladro in fuga³, un importante deposito di fossili è emerso in una cava dismessa, e si annuncia come ritrovamento storico⁴. In modo più clamoroso, è stato annunciato recentemente che una decorazione della corona di Enrico VIII è riemersa casualmente nel 2017, grazie alle ricerche con metal detector di Kevin Duckett a Little Oxendon (Northamptonshire)⁵. Le cronache riportano con una certa enfasi che si tratta probabilmente di una rappresentazione legata ad un pellegrinaggio ("pilgrim badge", nella terminologia degli esperti del British Museum), di un soggetto che impugna un bastone e regge un globo: ipoteticamente si potrebbe trattare di Enrico VI raffigurato nella corona indossata successivamente da Enrico VIII e rappresentata in dipinti dell'epoca. L'annuncio roboante è legato al fatto che gli

¹ <https://www.bbc.com/news/av/uk-wales-55506661> (la redazione BBC del Galles riferisce dell'esperienza di uno scrittore: «Owen Thomas says metal detecting has been his escape from the stresses of the pandemic. The writer from Tongwynlais, Cardiff started metal detecting after bumping into his long-time friend Bob Wiseman - an avid detectorist - during lockdown. Aside from his first outing, when he followed his metal toe cap boots thinking he had found treasure, he has discovered artefacts dating back to the 13th Century. Owen says he has fallen in love with his new-found hobby and it is "the link with a life that's gone" that appeals to him so much».

² <https://www.gov.uk/treasure>, [Report treasure, wreck material or archaeological finds](#), Changes to reporting treasure because of coronavirus (COVID-19): «Because of coronavirus, you must report treasure and archaeological finds in a different way».

³ Barr, Sabrina, *85 years old widow reunited with wedding ring after several years*, *The Independent*, Tuesday, 4 August 2020 («Alice Thomson, whose husband died in 2013, had her wedding ring stolen during a burglary several years ago. Debbie Davidson, a tour guide based in Edinburgh, recently decided to start gardening in order to pass the time during lockdown. While repotting a plant, she discovered a ring with the inscription: "Norman and Alice 5.8.61." Keen to find the rightful owners of the ring, Ms Davidson shared a post on Facebook stating that she was searching for either Alice or Norman, adding that they may be from Edinburgh or Inveresk. The appeal quickly gained traction on social media when Ms Davidson's schoolfriend, BBC Radio 4 presenter Martha Kearney, shared it on Twitter »)

⁴ Bryant M., 'Part-time adventurers': amateur fossil hunters get record haul in Cotswolds, in *The Guardian*, July 21, 2021, consultabile online: <https://www.theguardian.com/science/2021/jul/21/part-time-adventurers-amateur-fossil-hunters-get-record-haul-in-cotswolds> (ultimo accesso 21 settembre 2021).

⁵ <https://www.bbc.com/news/uk-england-leicestershire-55890488>: «Unearthed figurine 'could be from Henry VIII's crown'», February 1st, 2021.

accertamenti iniziali sembrano confermare la provenienza da una corona successivamente fusa durante il Protettorato di Cromwell: si tratterebbe dell'unico frammento sopravvissuto e reperito per caso da un "raddomante" che ha scovato il reperto probabilmente perso durante la fuga di Carlo I dopo la battaglia che si è svolta nei dintorni del luogo di ritrovamento. Nelle parole della storica Leanda de Lisle a commento della vicenda, sulla pagina web della BBC:

"near the site of the Battle of Naseby - where Charles and his followers were forced to flee - could also explain how part of the crown jewels ended up there. But she added: "We can't be certain it is a part of the Tudor crown, but that is possible - which makes it very important. Even if it's not, it is still just as interesting. Religious artwork was nearly all destroyed and now we have very little left so this gold figure is incredibly rare".

L'inventore, prodigo di informazioni sulla sua avventura, dichiara serenamente di avere svolto attività di ricerca di reperti per molti anni, ma che questo è il maggiore tra i ritrovamenti effettuati.

Una situazione analoga in Italia genererebbe immediatamente sospetti, apprensione per la perdita di testimonianze circostanti, scetticismo sull'autenticità dell'oggetto, ricorsi amministrativi, liti per l'assegnazione dell'oggetto e per la sede espositiva. Il tribunale di Cuneo, ad esempio, qualche tempo fa ha addirittura condannato uno sprovveduto che, con il metal detector, aveva trovato reperti bellici napoleonici piuttosto banali, ma aveva ommesso di farne denuncia alla Soprintendenza⁶. Le montagne piemontesi abbondano di relitti delle guerre e del passaggio di armate (Austriache, Francesi, Spagnole) che, volta a volta, selezionavano l'Italia come campo di battaglia.

Non è insignificante il fatto che in Inghilterra, patria di cultori delle tradizioni, un programma televisivo della BBC One (Antiques Roadshow), molto seguito, riguardi la valutazione di oggetti che i trepidanti proprietari sottopongono ad un istrionico esperto che, con suspense e stratagemmi abili, dichiara pregiati o di infimo valore. Il sorprendente non è ovviamente che ci siano persone interessate alla stima degli oggetti di pregio che fanno parte del proprio patrimonio familiare da generazioni (o che sono stati acquistati per caso ad un mercatino delle pulci), ma che esista un pubblico appassionato alle vicende altrui in materia di piccoli tesori casalinghi⁷.

⁶ <https://www.bbc.com/news/uk-england-leicestershire-55890488>: «Unearthed figurine 'could be from Henry VIII's crown'», February 1st, 2021.

⁷ La BBC ha dato molto risalto anche alla recente vendita all'asta (East Bristol Auctions) di uno specchio appartenuto alla Regina Maria Antonietta e per anni conservato a North Ferriby (Hull) appeso al muro di un gabinetto, in un sottoscala: <https://www.bbc.com/news/uk-england-bristol-54933034> (13 novembre 2020). L'arrivo in Inghilterra è stato ricostruito attraverso il catalogo della vendita all'asta nel 1889 dell'arredo di Napoleone III (l'imperatrice Eugenia aveva una venerazione per la Regina

A che cosa è dovuta la differenza di approccio tra la benevolenza con cui sono riportati i ritrovamenti inglesi e la diffidenza che circonda le scoperte di archeologi/scavatori dilettanti in Italia?



2. Il provvido legislatore.

La risposta istintiva alla domanda è legata ovviamente all'esperienza di quanti oggetti siano stati trafugati nei secoli dall'Italia per arricchire musei di tutto il mondo. È difficile resistere all'assimilazione tra scavatore dilettante e aspirante trafugatore. A questo punto però, la questione si sposta: perché in Italia esiste un incentivo a nascondere i ritrovamenti, a cercare di venderli in un mercato clandestino?

Intuitivamente, la prima reazione è di imputare la tentazione di clandestinità alle lentezze, alla farraginosità della burocrazia. Chi trova nel proprio terreno edificabile tracce del passato, sa - in Italia - che sta per iniziare una via crucis che bloccherà i lavori a tempo indeterminato, che gli scavi inizieranno, forse, ma difficilmente si concluderanno, che il valore della proprietà

e aveva portato con sé lo specchio nell'esilio inglese). Non si ha notizia di alcuna prelazione esercitata dallo Stato, né di ostacoli alla vendita all'asta.

subirà una discesa precipitosa, che non vedrà durante la sua vita la fine della scoperta, né potrà leggere il proprio nome nel museo in cui finalmente gli oggetti potranno forse arrivare.

Le cronache, talvolta anche in chiave umoristica/sardonica, raccontano di scavi per edificare che vengono prontamente ricoperti, prima che la notizia di una traccia promettente possa trapelare alla sovrintendenza competente. E' la ricchezza stessa del sottosuolo italiano che finisce per disincentivare la protezione delle testimonianze del passato: funzionari sovraccarichi, finanze insufficienti, musei poco protetti, congiurano a frustrare il funzionamento della macchina amministrativa.

Si possono trovare però anche ragioni più strettamente giuridiche che condizionano il regime dei ritrovamenti di oggetti storici o archeologici?

Proviamo a studiare la strategia messa in atto nel Regno Unito, a renderci conto delle pedine più importanti nel quadro delle indagini sul sottosuolo. Alle volte, non è la sofisticatezza delle cautele ad essere decisiva, ma la pragmaticità e sistematicità dei passi da compiere che favoriscono la trasparenza.

3. Una rete di referenti. La collaborazione del titolare della terra.

Le informazioni utili a chi voglia intraprendere ricerche di metalli sepolti sono facilmente reperibili sul sito del Governo nel Regno Unito. Per le invenzioni in Inghilterra e Galles (diversamente da Scozia, oltre che dall'Irlanda del Nord) la rubrica report treasure nel sito ufficiale del governo è facilmente accessibile: basta digitare su google l'espressione. In modo piuttosto scarno, senza lunghe premesse sulla legislazione e i regolamenti amministrativi, si trovano esposti i primi rudimenti delle operazioni da compiere nell'accingersi a ricerche con il metal detector.

In primo luogo si constata che il territorio è disseminato di consulenti (40) cui chiedere consiglio: si tratta di persone, qualificate Finds Liaison Officers, non necessariamente professionisti di alta formazione accademica, con una certa esperienza di indagini storiche: grazie alla presenza di molti gruppi di volontari che svolgono ricerche nel tempo libero, una basilare cultura della conservazione è abbastanza diffusa. Dai profili sociali pubblicati si nota che si tratta talvolta di dipendenti di musei locali, ma anche di animatori di gruppi amatoriali. ad esempio per la zona di Cambridge la persona incaricata dei primi contatti ha un recapito presso l'*Historic Environment Team, Growth & Economy*⁸. Questi contatti sono utili per valutare l'entità di un' eventuale scoperta, come assistenza iniziale per muoversi correttamente. Il ritrovamento dev'essere riferito entro 14 giorni dalla scoperta al magistrato (coroner) del distretto in cui è avvenuta l'invenzione; anche in questo caso il referente locale può essere d'aiuto.

⁸ Situato presso il "Cambridgeshire County Council", Shire Hall, Cambridge, Cambridgeshire.

Inoltre, il sito del governo contiene una serie di istruzioni⁹ sui passi da compiere. Inizialmente è necessario avere il permesso del proprietario o del soggetto che occupa il terreno che si intende sottoporre a scrutinio: nel caso delle ricerche – frequenti¹⁰ – nelle sponde del Tamigi il contatto è con un’ autorità apposita (The Port of London Authority).

In quest’ ultimo caso (nell’ attività di *mudlarking*)¹¹ è precisata la profondità massima alla quale si può scendere (7.5 cm.) con gli scavi, le zone consentite, le precauzioni da assumere, il costo del permesso, valido 3 anni¹². Alcuni ritrovamenti importanti sono effettivamente esposti a Londra, nel London Museum: come nel caso di una spada anglosassone, reperita nel 1897 davanti a quella che diventerà la Tate Gallery¹³.

4. Le precauzioni e la formazione dei cacciatori di antichità.

In secondo luogo, ogni candidato all’ esplorazione con metal detector deve seguire le indicazioni della guida denominata “Code of Practice for Responsible Metal Detecting in England and Wales” (2017)¹⁴: tra le raccomandazioni importanti si nota quella di non rimuovere gli oggetti, di ricoprire lo scavo in modo che non sia facilmente identificabile, adottando le precauzioni per ritrovarlo (una mappa, un rilevamento tramite GPS), oltre all’ esigenza di stipulare un’ assicurazione riservata ai cercatori di «tesori» per eventuali danni a

⁹<https://www.gov.uk/guidance/guidance-on-searching-for-archaeological-finds-in-england-during-covid-19#protecting-archaeology>.

¹⁰ <https://www.bbc.co.uk/programmes/m000s2r9> (Ramblings: Aneka Rice on the Thames Path in London: la protagonista è stata per anni l’ animatrice di un programma tv chiamato Treasure Hunt).

¹¹ Mudlarking, cur. da Lara Maiklem, programma sul BBC4 radio: <https://www.bbc.co.uk/programmes/m0007k5k>

¹² Non bisogna sottovalutare l’ uso dei droni nelle ricerche archeologiche o storiche: mano a mano che se ne diffonde l’ uso privato, le probabilità di ricerche tramite aerofotogrammetria da drone su terreni anche difesi da muri e siepi cresceranno. A titolo esemplificativo, in Italia: <https://www.archeodigital.it>. In Inghilterra: N. Miller, Britain's newly discovered ancient sites, www.bbc.com/travel/story/20200722-britains-newly-discovered-ancient-sites, 23 luglio 2020; Hoare, Callum, Stonehenge discovery: ‘Hidden features’ of ‘invisible’ site uncovered with drone flyover, www.express.co.uk › News › UK, 20 feb. 2021; Heritage use of drones, online: https://historicengland.org.uk/research/methods/airborne-remote-sensing/drones/

¹³ Dal sito del museo: “the sword was found in July 1897 on the Thames foreshore in front of the Tate Gallery (now Tate Britain) – during the building of ‘Vauxhall Temporary Bridge’: <https://www.museumoflondon.org.uk/discover/broken-saxon-sword-vanishing-vauxhall-bridge>

¹⁴ <https://finds.org.uk/getinvolved/guides/codeofpractice>

sé o ad altri¹⁵. Insomma, le informazioni di base sono facilmente raggiungibili e agevolmente comprensibili. Non si nota un tono enfatico sulla sacralità delle indagini, né un carattere intimidatorio delle raccomandazioni: prevale uno stile matter-of-fact. Preso atto della frequenza delle escursioni, si cerca almeno di rimediare al peggio, fornendo un'istruzione di base sulle precauzioni essenziali. Fino alla chiusura imposta dall'epidemia iniziata nel 2020, gli aspiranti archeologi/scopritori erano sollecitati a partecipare ad attività di formazione, pubblicizzate nel sito Portable Antiquities Scheme Website, sostenuto dal British Museum e il National Museum Wales (Amgueddfa Cymru)¹⁶: in particolare il gruppo Past explorers è suddiviso in équipes, distribuite in 10 aree di addestramento (per identificare e registrare ritrovamenti archeologici della propria area di indagine, in modo da alimentare una banca dati denominata PAS/Portable Antiquities Scheme).

Il passaggio successivo, per cogliere come funziona la questione delle indagini con metal detector in Inghilterra e Galles, consiste nel capire che cosa costituisca un oggetto storico, archeologico o comunque di valore: per farlo si deve consultare la legislazione e precisamente il *Treasure Act* 1996.

5. Il compenso in denaro o in natura.

La legislazione inglese aggiornata nel 1996 contiene, agli occhi dell'osservatore, due punti di forza che mirano ad incentivare la denuncia delle invenzioni e la consegna degli oggetti evitando la rete privata della vendita clandestina. Da un lato, è chiarito in modo efficace che l'inventore non sarà privato del bene e del suo valore¹⁷: se un museo sarà interessato all'acquisto, una commissione stabilirà il ragionevole prezzo da pagarsi per l'acquisizione. Altrimenti l'inventore potrà conservare l'oggetto (ed eventualmente venderlo). Questo aspetto è condiviso con la legislazione italiana che prevede a sua volta l'acquisizione dello Stato: la differenza sta nella tempistica e nell'assegnazione del prezzo.

Se la legislazione inglese sembra molto lata nel lasciare al Ministro la determinazione del prezzo e delle modalità di pagamento, il Codice di attuazione (*Treasure Act Code of Practice*), al paragrafo 65 indica l'esistenza di una commissione (*Treasure Valuation Committee*), indipendente, che deve mirare ad

¹⁵ Il rinvio è al *National Council for Metal-Detecting or the Federation of Independent Detectorists: ivi*

¹⁶ <https://finds.org.uk/>

¹⁷ *Treasure Trove Act* 1996, sect. 10 (3) (la competenza è data al "Secretary of State", il ministro competente per la cultura il quale decide "in whatever way he thinks fit" se un compenso sia dovuto, come debba esser determinato, a chi sia da corrispondere, come si debba dividere in caso di più destinatari, ecc.). La norma legislativa è integrata dal *Code of Practice* emanato in forza dell'art. 11 dello stesso provvedimento normativo: la versione più aggiornata, del 2017, è reperibile online: <https://finds.org.uk/treasure>.

un compenso quanto più possibile vicino al valore di mercato, tenendo conto delle circostanze. Naturalmente questo documento amministrativo contiene una ricca serie di dettagli, sulla possibilità di avere pareri esterni, sulle eventuali obiezioni o controdeduzioni e via discorrendo: si omettono qui le specificazioni che sono comunque agevolmente accessibili. Vale forse la pena di ricordare che il ministero avvisa che chi vendesse clandestinamente, non solo commetterebbe un reato, ma riceverebbe un prezzo probabilmente inferiore a quello valutato dai consulenti competenti. Interessa la tempistica: l'obiettivo segnalato nel Code of Practice (par. 87) è di 12 mesi tra il momento in cui il bene è consegnato al coroner locale (o a chi viene incaricato di ricevere l'oggetto) e il pagamento del premio "ex gratia": salvo che ci siano contestazioni, casi eccezionali. Altro aspetto importante: in tutto il processo di definizione dell'acquisto, l'inventore sarà periodicamente aggiornato.

Probabilmente, il lettore italiano avrà in mente le vicende del celebre caso *Beyeler c. Italia*, deciso dalla Corte Europea di diritti dell'Uomo nel 2000 e riguardante il quadro di Van Gogh¹⁸: nel 1988 lo Stato italiano – a fronte di un'offerta di acquisto di una fondazione veneziana (Peggy Guggenheim Collection) – esercitò la prelazione all'acquisto del quadro: al prezzo che il titolare aveva pagato nel 1977 (anziché al prezzo offerto dal potenziale acquirente veneziano nel 1983). La condanna dell'Italia da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione fu giustificato dai giudici internazionali per la lentezza e incertezza, contraria alla buona fede, con la quale le autorità italiane agirono nell'esercitare la prelazione tra il 1983 (anno in cui venne rivelata l'identità del proprietario) e il 1988 (quando lo Stato annunciò l'intenzione di acquisire il bene). Vale la pena di rileggere una sezione ("comportamento delle autorità") della sentenza¹⁹: «dopo essere state informate, nel 1983, dell'elemento mancante nella dichiarazione fatta nel 1977, cioè l'identità dell'acquirente finale, le autorità italiane hanno atteso fino al 1988 prima di interessarsi seriamente della questione della proprietà del quadro e di decidere di esercitare il diritto di prelazione. Durante questo lasso di tempo, le autorità hanno mantenuto un atteggiamento ora ambiguo, ora consenziente agli occhi del ricorrente ed esse l'hanno spesso trattato, de facto, come l'avente diritto legittimo

¹⁸ La vicenda ha le caratteristiche di un romanzo: il quadro "il Giardiniere" fu acquistato dal collezionista svizzero tramite un intermediario, fu rubato durante un'esposizione a Roma (nel 1998, presso la Galleria Nazionale d'Arte Moderna di Roma, insieme ad altre due opere "Le Cabanon de Jourdan" di Cézanne e "L' Arlesiana" dello stesso Van Gogh), per poi essere ritrovato poche settimane dopo, fu oggetto di una trattativa d'acquisto da parte della Guggenheim collection di Venezia, fu acquistato dal governo italiano nelle modalità ricordate (con conseguente condanna dell'Italia all'equo ristoro del proprietario), e infine esposto, tra l'altro, nel 2009 nel Complesso Museale di Santa Maria della Scala, a Siena.

¹⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63031> (tradotta in Italiano dal Ministero della Giustizia: le sole versioni francese e inglese sono considerate ufficiali dalla Corte EDU).

della vendita del 1977. Inoltre, il largo margine di manovra di cui le autorità hanno goduto nel quadro delle disposizioni applicabili, come interpretate dalle giurisdizioni interne, così come la mancanza di chiarezza della legge, sopra richiamata, hanno amplificato l'incertezza in pregiudizio del ricorrente».

Merita ricordare che la legislazione vigente all'epoca in materia di tutela dei beni culturali, legge n° 1089 del 1° giugno 1939, prevedeva un termine di due mesi (dalla denuncia dell'alienazione del bene) per le autorità amministrative per esercitare la prelazione a vantaggio dello stato (art. 32).

Insomma, chi si rapporta alle autorità amministrative italiane difficilmente vede il proprio caso rapidamente risolto: nel caso deciso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo è stato proprio il protrarsi dell'incertezza che ha generato una violazione del diritto di proprietà, riconosciuto dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. L'episodio non riguarda un ritrovamento accidentale o uno scavo (come i casi da cui ci si è mossi), ma è illustrativo della complessità dei meccanismi messi in atto in Italia, delle incertezze che il possessore di un bene artistico o storico affronta, delle vicende amministrative e processuali che possono insorgere (nel caso *Beyeler*, assurde a complessità leggendarie con interventi del Tar Lazio, del Consiglio di Stato, della Cassazione, della Corte Costituzionale – per aspetti della legislazione del 1939 in materia di prelazione -, della Commissione dei diritti dell'uomo e infine della Corte Europea dei diritti dell'uomo sia sulla violazione del diritto di proprietà sia – nel 2002 - sull'equo indennizzo dovuto dallo Stato al ricorrente per la violazione del suo diritto di proprietà).

Forse un fattore - fra gli altri - che gioca qualche ruolo nella liquidazione più rapida del compenso allo scopritore è l'assenza di una ripartizione di competenze tra giudici amministrativi ed ordinari in Inghilterra: la scansione introdotta sul continente da Napoleone non ha raggiunto la Gran Bretagna che sottopone alla stessa giurisdizione ordinaria anche lo Stato, attraverso il procedimento di *judicial review* della condotta amministrativa²⁰. E' vero che progressivamente, soprattutto a seguito dell'adesione alla Comunità Europea nel 1972, anche nel Regno Unito si sono sviluppate prassi amministrative che hanno creato un nucleo di diritto amministrativo, ma le corti di *common law* non hanno perso la propria giurisdizione sulle azioni dello Stato. Questa circostanza evita la duplicazione di procedimenti che si constata sovente in Italia, con conseguente rallentamento della definizione delle contese.

²⁰ Stein, Peter (1987), *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, Giuffrè, p. 147 ss. (“l'assenza nei sistemi di *common law* di un settore distinto di diritto pubblico ... può farsi risalire direttamente all'ampio uso dei prerogative writs da parte della corte del *King's Bench*”). Molte contestazioni con l'amministrazione pubblica sono gestite dai *Tribunals*: organi di composizione delle liti, estranei al potere giurisdizionale.

6. L'esposizione lusinghiera: l'inventore menzionato con onore

Inoltre, la legislazione inglese (applicabile anche in Galles) mette in evidenza la fama che sarà garantita all'inventore: il ritrovamento sarà attribuito allo scopritore con evidenza, tramite annotazioni apposte accanto al luogo in cui verrà esposto l'oggetto. Un esempio per tutti dovrebbe valere, data l'attualità della questione: il celebre tesoro anglosassone di Sutton Hoo, esposto al British Museum a Londra è reclamizzato con citazione visibile e adeguata del nome della proprietaria del terreno e dell'archeologo che eseguì i primi scavi. Consultando il sito del British Museum si legge: «Edith Pretty, a landowner at Sutton Hoo, Suffolk, asked archaeologist Basil Brown to investigate the largest of several Anglo-Saxon burial mounds on her property. Inside, he made one of the most spectacular archaeological discoveries of all time»²¹.

La vicenda è stata successivamente rappresentata, in maniera romanzata, nel film "The Dig", apparso nel 2021, diretto dal regista Simon Stone (attori: Carey Mulligan, Ralph Fiennes, Lily James). Non bisogna sottovalutare l'aspetto della reputazione, del richiamo alla celebrità che svolge un ruolo importante nell'attrarre allo scoperto l'inventore: nei casi più clamorosi, come quello citato, con prospettive non insignificanti di cessione della storia, interviste, apparizioni televisive e via di seguito.

Se riflettiamo sulla situazione dei musei italiani, ovviamente cediamo a qualche scoramento: la quantità di oggetti che giacciono nei depositi è di larga misura superiore a quella dei reperti esposti. Nel caso del museo di Archeologico di Napoli, le soffitte sotto i tetti conservano le ceramiche, la piccola statuaria e gli oggetti di bronzo ritrovati a Pompei ed Ercolano²². Al museo Egizio di Torino, fino all'acquisizione futura di un nuovo edificio adiacente all'Accademia delle Scienze (di cui parla da tempo), i depositi conservano una grande quantità di oggetti (circa 1/5 del totale risultava esposto, nel 2014), benché nel 2015 già 10.000 reperti siano emersi dalle cantine²³. Le probabilità che un ritrovamento riesca a trovare un'adeguata collocazione e una citazione solenne del nome dell'inventore sono in Italia drasticamente ridotte.

7. I tombaroli: una florida professione.

Gli exploits degli scavatori clandestini in Italia hanno ricevuto di recente una conferma a Pompei, luogo classico di esercizio della ricerca non ufficiale di cose sepolte, dal 1700 ad oggi. Nel dare notizia del ritrovamento di un carro cerimoniale, ricco di finiture e decorazioni in bronzo, l'amministrazione del Parco

²¹ <https://www.britishmuseum.org/collection/galleries/sutton-hoo-and-europe>

²² <https://www.youtube.com/watch?v=TSXgK65dE6M> (circa 1/3 del materiale complessivo riesce ad essere effettivamente esposto).

²³

https://torino.repubblica.it/cronaca/2015/12/24/foto/per_natale_il_museo_egizio_mette_in_vetrina_10mila_pezzi_nuovi_-130097377/1/

archeologico di Pompei è stata affiancata dalla Procura di Torre Annunziata²⁴: «Il Parco Archeologico di Pompei e la Procura della Repubblica di Torre Annunziata, annunciano il rinvenimento di un reperto straordinario, emerso integro dallo scavo della villa suburbana in località Civita Giuliana, a nord di Pompei, oltre le mura della città antica, nell'ambito dell'attività congiunta, avviata nel 2017 e alla luce del Protocollo d'Intesa sottoscritto nel 2019, finalizzati al contrasto delle attività illecite ad opera di clandestini nell'area».

L'aspetto interessante è che la recente scoperta è avvenuta in sostanza nel solco di una prima esplorazione clandestina, condotta dai proprietari della casa che insiste sul terreno ricoperto dal magma del Vesuvio. Secondo le ricostruzioni apparse sui quotidiani e ora soggette ad indagini della magistratura, dall'abitazione si diramavano cunicoli che erano arrivati in prossimità dell'oggetto ora identificato dagli archeologi come un esempio raro di mezzo di trasporto completo di corredo e di decorazioni. I responsabili degli scavi di Pompei sono arrivati alla scoperta nel tentativo di precedere i tombaroli: contro la politica generalmente adottata di sospendere gli scavi e gli sbancamenti, lasciando una sezione del parco ancora intatta per le generazioni future e concentrando gli sforzi sul restauro e manutenzione delle sezioni già scavate in passato. A seguito della notizia di interventi furtivi, il direttore ha deciso di promuovere una ricerca esplorativa, arrivando appunto all'identificazione di un oggetto di importante valore documentale: facilmente sottovalutato da eventuali scopritori clandestini, interessati a oggetti di valore intrinseco, di facile smercio sul mercato delle rarità archeologiche.

L'interazione fra polizia e archeologi è determinante, là dove riesce a realizzarsi: in zone ben sorvegliate e definite nel perimetro. La dispersione su tutto il territorio italiano di strati sommersi di testimonianze del passato rende però il controllo episodico e discontinuo. Proprio per questo motivo è interessante una prospettiva che incentivi al massimo eventuali scavatori a seguire procedimenti che non compromettano le testimonianze (ad esempio non alterando la disposizione degli oggetti prima che un archeologo abbia potuto fare dei rilievi), a venire allo scoperto sapendo di poter ricevere un congruo compenso e un riconoscimento ufficiale del merito dell'invenzione. Si tratta di un'utopia? Probabilmente in Italia le difficoltà sarebbero molte, legate in primo luogo alla scarsità delle risorse: ottenere un tempestivo intervento di soggetti qualificati a stimare l'importanza del ritrovamento è legato appunto alla disponibilità di finanziamenti adeguati. Anche l'esercizio della prelazione statale implica la disponibilità di risorse adeguate, come d'altronde la possibilità di un'esposizione documentata che riconosca il merito dell'inventore non può prescindere dalla presenza di spazi espositivi adeguatamente sorvegliati.

²⁴ Annuncio del 27 febbraio 2021: <http://pompeisites.org/comunicati/il-carro-da-parata-di-civita-giuliana-lultima-scoperta-di-pompei/>

8. La prassi amministrativa in Italia

Alcuni aspetti del diritto amministrativo italiano, chiamato in causa ogni volta che intervenga un diritto eminente dello Stato, ad esempio sul sottosuolo, sono stati aggiornati in modo efficace. Ripetutamente si è letto, in anni recenti, di sopralluoghi e misurazioni effettuate in relazione a scavi per metropolitane, fondamenta di edifici, reti fognarie, e altri intenti di interesse generale. I lavori più importanti del campo edilizio non sfuggono ad una sorveglianza che mette in avviso le sovrintendenze e genera attività di conservazione che possono anche limitarsi ai rilievi prima che lo scavo sia ricoperto o utilizzato per lo scopo inizialmente previsto.

Il problema riguarda piuttosto indagini minori: anche in aree periferiche dell'impero romano capita di inciampare in reperti di qualche significato storico. A mero titolo esemplificativo, nella Gallia cisalpina, nel territorio oggi del Piemonte, ai margini del centro nevralgico della dominazione romana, si ritrovano regolarmente lapidi funerarie di liberti, cippi stradali, anche importanti depositi di argenteria, nascosta forse nell'imminenza di invasioni o sovvertimenti politici. A titolo esemplificativo basta menzionare il grande "tesoro di Marengo" (Alessandria) conservato nel Museo di Antichità di Torino²⁵: "Il piano sotterraneo della Manica Nuova di Palazzo Reale è sede, dal 2013, del rinnovato allestimento del Tesoro di Marengo ... ritrovato nel 1928 e dal 1936 esposto al Museo di Antichità, raccoglie elementi di arredo e culturali, che lo fanno ritenere il frutto del saccheggio di un sacello privato o di un santuario: oltre al busto dell'imperatore Lucio Vero (161-169 d.C.), fasce decorative e con simboli del potere imperiale o allusivi ad attività militari. Gli argenti, ritrovati schiacciati e accartocciati per ridurre l'ingombro, sono stati occultati tra la metà del III e il principio del V secolo d.C., un periodo di scorrerie barbariche e di saccheggi".

I commenti ad illustrazione dei reperti ci ricordano che alcuni pezzi del corredo sembrano mancanti, andati perduti o sottratti durante gli scavi o il trasferimento per la salvaguardia.

Punti spinosi dal punto di vista giuridico riguardano, tra l'altro, le rispettive pretese dei proprietari del suolo e dell'inventore, la competenza delle rispettive sovrintendenze, le autorizzazioni amministrative agli scavi, gli aggiornamenti sugli spostamenti eventuali di beni 'notificati' secondo i procedimenti ministeriali.

La materia si trova alla confluenza del diritto privato e del diritto amministrativo: mentre i principi dell'acquisto originario per invenzione sono dettati dal codice civile, è il diritto amministrativo che governa il funzionamento degli enti interessati alla conservazione del patrimonio culturale. Sono i principi sui limiti pubblici dettati rispetto al sottosuolo e alla libertà di disposizione della proprietà che determinano il regime degli oggetti ritrovati: la letteratura di commento è quasi integralmente a cura di specialisti di diritto amministrativo.

²⁵ <https://www.museireali.beniculturali.it/museo-antichita/>

D'altronde il ricorso contro le classificazioni di oggetti come "culturali" e protetti si deve proporre presso il ministero ed eventualmente poi davanti agli organi giurisdizionali amministrativi.

Non è inutile ricordare che sul substrato della legislazione del 1089/1939 (c.d. legge Bottai) rimasta a lungo in vigore, si sono depositati successivamente:

- il T.U. beni culturali (D.lgs. 490/1999, Melandri-Veltroni), e il D.P.R. 283/2000 (relativo prevalentemente ai beni culturali in mano pubblica),

- il decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137", c.d. codice Urbani),

mentre per

- il D.P.R. 26 novembre 2007, n. 233 (Regolamento di riorganizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali) è la Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici che verifica la sussistenza dell'interesse culturale nei beni appartenenti a soggetti pubblici e a persone giuridiche private senza fine di lucro;

anche se, in materia immobiliare,

- il decreto legislativo 156/2006²⁶ è intervenuto a modificarne l'art. 12 (escludendo il silenzio assenso circa la verifica di interesse culturale al decorso del centovesimo giorno), nonché l'art. 22 (eliminando il silenzio assenso per la richiesta di autorizzazione all'esecuzione di interventi edilizi sui beni vincolati), e

- il decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 62, a sua volta, ha introdotto la menzione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti; ha istituito un archivio delle dichiarazioni (art. 13); ha modificato gli articoli 54 e seguenti, circa l'autorizzazione all'alienazione dei beni degli enti pubblici e degli enti senza scopo di lucro, aggiungendo la regola (art. 55-bis) secondo la quale le clausole contenute nell'autorizzazione devono essere riportate nell'atto di alienazione²⁷;

- il decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222, Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata ecc., modifica le richieste di autorizzazione all'esportazione;

²⁶ Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali

²⁷ Con la conseguenza che tali clausole assumono la portata di clausola risolutiva, ai sensi dell'art. 1456 c.c., espressamente richiamato, e devono essere trascritte nei registri immobiliari. Il nuovo art. 57-bis ha inoltre esteso gli articoli 54 e seguenti alla dismissione di beni pubblici, cui hanno fatto seguito specifiche regole di settore. Fusaro, Andrea (2010), La circolazione giuridica dei beni immobili culturali nella prassi notarile: un inventario di questioni, in «Quaderni della fondazione italiana del notariato», e-library, 12 Dicembre 2009 (N. 2/2010), <https://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=27&mn=3>

- la legge 4 agosto 2017, n. 124, Legge annuale per il mercato e la concorrenza (Bosetti e Gatti), all'art. 1, commi 175-176 modifica il codice dei beni culturali²⁸.

Dopo tale aggiornamento sono ancora entrati in vigore:

- il decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito con modificazioni dalla L. 18 novembre 2019, n. 132 (in G.U. 20/11/2019, n. 272) (ha disposto la modifica dell'art. 110, comma 3);

- la legge 18 novembre 2019, n. 132 (in G.U. 20/11/2019, n.272) ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la conversione, con modificazioni, del D.L. 21 settembre 2019, n. 104 (in G.U. 21/09/2019, n. 222);

- il decreto-legge 16 Luglio 2020 n. 76, convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020 n. 120, «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale».

I cambiamenti di politica sono frequenti, almeno sui dettagli, se non nell'impianto generale: ad esempio, il tempo rispetto al quale considerare se un'opera di un autore contemporaneo possa circolare con o senza approvazione preventiva è cambiato da 50 a 70 anni nel volgere di un breve periodo. La richiesta di autorizzazione deve, a seconda dei periodi, avvenire presentando l'oggetto o senza bisogno di farlo. Il cittadino comune farà fatica ad orientarsi in un intreccio così stretto di norme ed eccezioni: facilmente si sentirà sopraffatto dal cumulo di provvedimenti. L'intervento più incisivo sulla circolazione delle opere d'arte all'estero è legato all'entrata in vigore nel 2017 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza²⁹. Le novità sostanziali, espresse all'art. 1, commi 175 e 176 che modificano il Codice dei beni culturali e del paesaggio in materia di circolazione internazionale delle opere d'arte, riguardano:

- L'età dell'opera: innalzato da 50 a 70 anni il limite temporale per il riconoscimento di una rilevanza speciale, ai fini della tutela, per opere di proprietà di privati (in caso di artisti defunti)³⁰.

²⁸ Tomei, Susanna, Nuovo sistema di circolazione delle opere d'arte, in «Gazzetta ambiente» (s.d.),

http://www.gazzettaambiente.it/news.cfm?id=86&nuovo_sistema_di_circolazione_delle_opere_d_arte.

²⁹ Già il 3 maggio 2017 era stato approvato il c.d. "DDL Concorrenza", il quale, con l'introduzione degli articoli 176 e 177, aveva modificato l'articolo 68 del Codice dei Beni culturali (D.Lgs. n.42/2004), relativo alla circolazione internazionale delle opere d'arte. Il testo, dunque, è intervenuto anche nell'ambito del mercato dell'arte, introducendo importanti modifiche normative che attengono alla semplificazione della circolazione internazionale delle opere d'arte e degli oggetti d'antiquariato. Il DDL Concorrenza è divenuto Legge con l'entrata in vigore della Legge 4 agosto 2017, n. 124 – "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n.189 del 14 agosto 2017.

³⁰ Le opere realizzate entro i 70 anni potranno dunque circolare con maggiore facilità, senza bisogno di un esame fisico e di un'autorizzazione delle Soprintendenze. Il

- La soglia economica: è stata introdotto un tetto di valore al di sotto del quale il bene culturale può transitare liberamente fuori dai confini nazionali ed europei, dietro semplice autocertificazione³¹.

- I criteri di valutazione: la riforma chiede al Mibact di definire o aggiornare, tramite decreto, i criteri a cui gli uffici di esportazione devono attenersi per valutare il rilascio o il rifiuto dell'attestato di libera circolazione (nonché le condizioni) e dei certificati di avvenuta spedizione o importazione.

- Il passaporto: viene istituito – sul modello francese – un apposito “passaporto” per le opere, di durata quinquennale (non più triennale), utile ad agevolare l'uscita e il rientro delle stesse dal e nel territorio nazionale.

- Esportazione extra UE: si estende da 6 mesi a 12 la validità della licenza di esportazione dei beni culturali al di fuori del territorio dell'Unione europea e da 30 a 48 mesi il termine che può intercorrere fra il rilascio dell'attestato di libera circolazione e il rilascio della licenza.

- Registro informatico: il registro indicato, già dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 63, modificato nel 2016) relativo al commercio di “cose antiche o usate”, riemerge, diventa un “registro in formato elettronico”, che consente la consultazione istantanea al soprintendente. È diviso in due elenchi, che dividono le “cose” per cui occorre la presentazione effettiva all'ufficio di esportazione e quelle per cui non è richiesta (il soprintendente può però richiedere sempre la valutazione diretta di qualunque bene).

L'inconveniente evidente di questi procedimenti nel legiferare “a pezzi e bocconi” è la difficoltà di costruire un quadro comprensivo: ad esempio il lettore gradirebbe avere un unico testo con collegamenti ipertestuali che consentano di visualizzare le modifiche senza dovere aprire molti testi diversi da coordinare. Lo stile – per fare un caso concreto, tratto dall'art. 1 - della correzione apportata al ‘codice dei beni culturali’ dal decreto del 2006 è il seguente:

«1. Alla Parte prima del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio, di seguito denominato: «decreto legislativo n. 42 del 2004», sono apportate le seguenti modifiche:

a) all'articolo 5:

1) il comma 2 è sostituito dal seguente:

‘2. Le funzioni di tutela previste dal presente codice che abbiano ad oggetto manoscritti, autografi, carteggi, incunaboli, raccolte librerie, nonché libri, stampe e incisioni, non appartenenti allo Stato, sono esercitate dalle regioni. Qualora l'interesse culturale delle predette cose sia stato riconosciuto con

Ministero mantiene comunque la possibilità di riconoscere lo status di “rilievo eccezionale” per qualsiasi opera.

³¹ Ciò per adeguarsi alle soglie già previste dal Regolamento del Consiglio europeo n. 116/2009, ma il Ministero ha preferito fissare una soglia unica per le diverse categorie di beni, pari a 13.500 euro (forse la più bassa in Europa?). Dalla soglia sono esclusi reperti archeologici, archivi, incunaboli e manoscritti.

provvedimento ministeriale, l'esercizio delle potestà previste dall'articolo 128 compete al Ministero';

2) al comma 3, le parole: 'anche su raccolte librerie private, nonché' sono soppresse;

b) al comma 1 dell'articolo 6 dopo le parole: 'del patrimonio stesso' sono inserite le seguenti: ', al fine di promuovere lo sviluppo della cultura'».

Il sistema del rinvio e dell'interpolazione è molto faticoso per l'esperto giuridico, del tutto inaccessibile per il cittadino comune. L'arte dell'intarsio giuridico scoraggia chi non è fortemente determinato a raggiungere un significato³². Ovviamente questo dipende anche dalla giurisprudenza interpretativa che sarà prudente consultare: un ampio repertorio di possibilità si apre con il capitolo delle sentenze del Tar e del Consiglio di Stato. La decifrazione della portata di ogni decisione non è accessibile a chiunque: le implicazioni per la generalità e ulteriori rispetto alle dirette parti interessate non sono sempre evidenti fuori dalla cerchia degli specialisti.

Se visualizziamo la pagina equivalente del sito del governo inglese abbiamo questa impaginazione:

«Changes to legislation:

Treasure Act 1996 is up to date with all changes known to be in force on or before 08 March 2021. There are changes that may be brought into force at a future date. Help about Changes to Legislation

Introductory Text

Meaning of "treasure"

1. Meaning of "treasure"
2. Power to alter meaning
3. Supplementary

Ownership of treasure

4. Ownership of treasure which is found
5. Meaning of "franchisee"
6. Treasure vesting in the Crown

Coroners' jurisdiction

7. Jurisdiction of coroners
8. Duty of finder to notify coroner
 - 8A. Duty to notify coroner of acquisition of certain objects
 - 8B. Notice under section 8 or 8A to designated officer
 - 8C. Offences under section 8 or 8A: period for bringing proceedings
9. Procedure for inquests

³² In commercio esistono anche versioni consolidate del codice: incorporano periodicamente i provvedimenti di correzione: talvolta in forma elettronica per consentire aggiornamenti costanti (e.g. <https://www.certifico.com/categorie/115-ebook/5817-codice-del-beni-culturali-e-del-paesaggio-consolidato>).

9A. Procedure for inquests: Northern Ireland

Rewards, codes of practice and report

10. Rewards
11. Codes of practice
12. Report on operation of Act

Miscellaneous

13. Application of Act to Northern Ireland
14. Consequential amendments.»

Non solo, leggendo questo atto legislativo, siamo avvisati dell'ultima data in cui il testo è stato aggiornato, ma, ogni volta che un articolo ha subito una correzione, è possibile cliccare su un collegamento ipertestuale che mostra la struttura precedente della norma e ne facilita la lettura.

Da qualche anno (2013) è stato messo in moto nel Regno Unito il progetto 'Good Law' che incentiva la redazione lineare, semplice, accessibile della legislazione³³. Alcune delle raccomandazioni contenute nella guida ai redattori legislativi riguardano appunto la frammentazione delle regole in spezzoni da ricombinare (prassi scoraggiata), la possibilità di evidenziare gli elenchi di requisiti in modo leggibile (elenchi puntati, accorgimenti visivi, chiarezza se si tratti di elenchi cumulativi o alternativi), il collegamento tra provvedimenti che devono interagire³⁴. E' sottinteso che anche la casistica dei litigi sarà da consultare: ma l'indice di conflittualità sembra minore, le decisioni da considerare meno frammentate tra giurisdizioni diverse. Viceversa, per il momento, in Italia si possono reperire online, con gli estremi identificativi corretti, i testi normativi rilevanti, ma questi non sono consolidati in documenti elettronici che consentano una consultazione aggiornata e storica, a richiesta dell'utente. L'incastro delle regole dev'esser ancora fatto con pazienza confrontando tra loro il documento più vecchio e quello più recente, cancellando o inserendo le espressioni, a seconda di quanto è stato disposto nelle vicende succedutesi nel tempo. La ragnatela di regola generale e di eccezioni, con le deroghe alle eccezioni, avvolge il pratico in maniera defatigante.

Naturalmente la legislazione nazionale deve essere anche coordinata con quella di matrice europea che incide sulla circolazione dei beni culturali attraverso le frontiere: in particolare interessano il regolamento 116/2009 (relativo all'esportazione di beni culturali) e la direttiva 93/7 (relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro, rivista nel 2014). La prima in ordine temporale, la direttiva, ha stabilito il primo passo per indurre gli Stati membri (della CEE) ad approvare norme per la restituzione di

³³<https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-parliamentary-counsel/about>. Nel sito del governo è anche facile trovare la disciplina delle esportazioni di beni culturali: <https://www.gov.uk/guidance/export-art-antiques-and-cultural-goods-special-rules>

³⁴ <https://www.gov.uk/government/publications/guide-to-making-legislation>

beni illecitamente esportati. Il regolamento successivo disciplina l'esportazione dei beni culturali. In parte i provvedimenti si sovrappongono e devono essere considerati unitamente.

Insomma, il comune cittadino dovrà necessariamente ricorrere ad un notaio esperto per capire quello che può e non può fare, se possiede un oggetto non banale. Merita ricordare che per l'art. 10, comma 1, del codice dei beni culturali emerge la presunzione di interesse culturale in ordine a tutti i beni in mano ad enti pubblici la cui esecuzione risalga ad oltre cinquant'anni, fino a che non intervenga la verifica dell'inesistenza del suddetto requisito (art. 12)³⁵. Per le persone fisiche e le società l'art. 10 comma 3 subordina il riscontro del carattere culturale ad una specifica dichiarazione in tal senso (art. 13). Incide sull'esito degli atti di disposizione dei beni la discrezionalità riservata alla Pubblica Amministrazione. Alcune Soprintendenze, ad esempio, dichiarano di interesse culturale qualunque incunabolo venga presentato, mentre altre valutano effettivamente, con prudenza, la sussistenza dell'interesse culturale e l'eventuale presenza in biblioteche pubbliche. Quali beni ricadono nella categoria di «culturali»? Anche qui il legislatore italiano ha forse ecceduto. Dopo un primo elenco, già piuttosto comprensivo, all'art. 10 del 'codice' del 2004, suddiviso in due parti (tra ciò che appartiene ad enti pubblici e ciò che compete ai privati), con una specificazione più analitica ('sono altresì') che precisa i contorni della categoria³⁶, il legislatore aggiunge (art. 11) un ulteriore elenco (Beni oggetto di

³⁵ Si tratta di una regola innovativa rispetto alla disciplina precedente: in passato non era necessaria alcuna dichiarazione e si ritenevano sufficienti gli elenchi compilati dall'ente titolare del bene; d'altra parte, il cinquantennio rilevava, fino al 2002, "in negativo": per escludere il riconoscimento dell'interesse culturale al bene di origine più recente, mentre oggi esso gioca in positivo quale criterio per presumere l'esistenza del suddetto interesse.

³⁶ «Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13:

- a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1;
- b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante;
- c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale;
- d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose;
- e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, rivestono come complesso un eccezionale interesse artistico o storico.

4. Sono comprese tra le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettera a):

- a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà;
- b) le cose di interesse numismatico;

specifiche disposizioni di tutela): «sono beni culturali, in quanto oggetto di specifiche disposizioni del presente Titolo:

a) gli affreschi, gli stemmi, i graffiti, le lapidi, le iscrizioni, i tabernacoli e gli altri ornamenti di edifici, esposti o non alla pubblica vista, di cui all'articolo 50, comma 1;

b) gli studi d'artista, di cui all'articolo 51;

c) le aree pubbliche di cui all'articolo 52;

d) le opere di pittura, di scultura, di grafica e qualsiasi oggetto d'arte di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni, di cui agli articoli 64 e 65;

e) le opere dell'architettura contemporanea di particolare valore artistico, di cui all'articolo 37;

f) le fotografie, con relativi negativi e matrici, gli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, le documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali, comunque realizzate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni, di cui all'articolo 65;

g) i mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, di cui agli articoli 65 e 67, comma 2;

h) i beni e gli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni, di cui all'articolo 65;

i) le vestigia individuate dalla vigente normativa in materia di tutela del patrimonio storico della Prima guerra mondiale, di cui all'articolo 50, comma 2».

Il lettore comune, non esperto, o professionalmente impegnato nel commercio d'antiquariato e simili, avrà una certa difficoltà ad identificare la categoria cui appartengono i propri oggetti e sarà forse interdetto nello scoprire ad esempio che anche fotografie e negativi "la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni" sono suscettibili di tutela particolare, oltre che soggetti a limiti di circolazione e alienazione³⁷.

c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe e le incisioni, con relative matrici, aventi carattere di rarità e di pregio;

d) le carte geografiche e gli spartiti musicali aventi carattere di rarità e di pregio;

e) le fotografie, con relativi negativi e matrici, le pellicole cinematografiche ed i supporti audiovisivi in genere, aventi carattere di rarità e di pregio;

f) le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico;

g) le pubbliche piazze, vie, strade e altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico;

h) i siti minerari di interesse storico od etnoantropologico;

i) le navi e i galleggianti aventi interesse artistico, storico od etnoantropologico;

l) le tipologie di architettura rurale aventi interesse storico od etnoantropologico quali testimonianze dell'economia rurale tradizionale».

³⁷ L'art. 65 dello stesso testo normativo indica le restrizioni all'esportazione di questi beni, ove soggetti a dichiarazione di interesse da parte delle autorità amministrative.

La domanda istintiva che ci si pone è: un ventaglio così ambizioso di protezione, ha buone prospettive di successo? Quanti eredi di ricordi familiari, spesso ben più vecchi di 25 anni, vorranno iniziare la trafila di esame della rarità/pregio degli scatti fotografici, delle pellicole di film di eventi collettivi per sapere se possono lecitamente portarli nella seconda casa sulla Riviera francese, a Mentone o Nizza? Forse, estendendo in modo troppo ambizioso il cerchio della protezione si finisce per renderla irrealizzabile? Su questo punto si era aperto in passato un dibattito con riferimento ai libri “vecchi”, posto che la legge richiedeva l’autorizzazione all’esportazione (anche temporanea) per i volumi con più di 50 anni e che nel 2015 si era riformata la competenza delle Soprintendenze, rendendo estremamente complesso l’ottenimento di tale autorizzazione³⁸. Dopo la riforma Franceschini e l’introduzione della soglia di valore per l’esportazione, la situazione si è semplificata. La soglia-valore è comunque generalmente giudicata troppo bassa e i mercanti temono di portare all’estero il bene: per la contestazione della falsa autocertificazione ogni volta che essi esportano in vista di un’asta pubblica (e l’oggetto raggiunge poi un risultato superiore ai 13.500 euro).

9. Quale premio?

Una domanda di significativo interesse verte sul modo in cui in Italia viene stimato l’eventuale ristoro dovuto all’inventore. Il prezzo di mercato è un riferimento attendibile?

La norma rilevante per identificare i destinatari del premio, in Italia, è fissata dall’art. 92 del codice dei beni culturali che distingue tra proprietario dell’immobile, concessionario di un’autorizzazione di ricerca e scopritore fortuito (1/4 del valore), da un lato, e, dall’altro lato, scopritore “abusivo” (che ha ricercato senza permesso del proprietario o possessore)(nulla è dovuto) o, viceversa, all’estremo opposto: proprietario che abbia ricevuto concessione di ricerca (in forza dell’art. 89: 1/2 del valore). Come noto, “ Il premio può essere corrisposto in denaro o mediante rilascio di parte delle cose ritrovate³⁹.”

Quanto alla Determinazione del premio (Articolo 93) il legislatore prevede: «1. Il Ministero provvede [...] previa stima delle cose ritrovate. 2 [...] 3. Se gli aventi titolo non accettano la stima definitiva del Ministero, il valore delle cose ritrovate è determinato da un terzo, designato concordemente dalle parti. Se esse non si accordano per la nomina del terzo ovvero per la sua sostituzione,

³⁸ La Stampa, <https://www.lastampa.it/cultura/2015/10/27/news/all-estero-con-un-vecchio-libro-rischi-quattro-anni-di-galera-1.35218537>. Sul tema, Umberto Eco aveva pubblicato una Bustina di Minerva: Libri antichi bloccati, su L’Espresso, consultabile online all’indirizzo <http://espresso.repubblica.it/opinioni/la-bustina-di-minerva/2015/10/14/news/libri-antichi-bloccati-1.234289> e https://www.alai.it/dettaglio.php?lang_id=1&ev_id=1413 (accesso 24 marzo 2021).

³⁹ Inoltre: il premio può essere convertito in credito di imposta.

qualora il terzo nominato non voglia o non possa accettare l'incarico, la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal presidente del tribunale del luogo in cui le cose sono state ritrovate. Le spese della perizia sono anticipate dagli aventi titolo al premio. 4. La determinazione del terzo è impugnabile in caso di errore o di manifesta iniquità».

Può interessare il fatto che il comma 2 prevede un anticipo sulla liquidazione definitiva: «in corso di stima, a ciascuno degli aventi titolo è corrisposto un acconto del premio in misura non superiore ad un quinto del valore, determinato in via provvisoria, delle cose ritrovate. L'accettazione dell'acconto non comporta acquiescenza alla stima definitiva».

Ai fini di una approssimativa comprensione di come il ministero effettui le proprie stime si può consultare – se non si è specialisti – una presentazione svolta nel 2017 da una funzionaria, durante un workshop tenuto a vantaggio di discenti di Serbia e Montenegro⁴⁰: premesso che una «Commissione istituita per individuare “procedure snelle e rapide da applicare al procedimento di corresponsione del premio di rinvenimento e [...] stabilire, per quanto possibile, criteri omogenei di stima dei reperti [...] ha portato nel periodo 1991- 1994 alla emanazione da parte del Ministero di una serie di circolari che costituiscono ancora adesso il punto di riferimento delle Soprintendenze in caso di estimo dei beni mobili da scavo», si osserva che inizialmente «la Commissione ha analizzato cinque diverse classi di documenti: 1. cataloghi d'asta. 2. alcune pratiche di premio di rinvenimento del precedente decennio, cioè gli anni '80 del '900. 3. premi assicurativi per le mostre. 4. acquisti sul mercato da parte delle Soprintendenze nel precedente decennio, quindi gli anni 80 del '900. 5. alcune tabelle elaborate dalle Soprintendenze» arrivando a uno schema di base su tre fasi successive: «1. articolazione di una tipologia di massima all'interno delle diverse classi, alla quale si possa ricondurre ogni esemplare. 2. definizione di una valutazione relativa all'oggetto conservato per intero 3. definizione degli elementi di valore aggiuntivo, divisi in due categorie, peculiari della classe tipologica e fissi per ogni tipo di oggetto».

La valutazione effettuata nel caso di specie, a titolo illustrativo, riguardava immobili, ma interessa che si siano elaborate talune formule matematiche (inclusive del prezzo di mercato), con alcuni parametri correttivi che tendono ad una certa oggettività, rendendo anche più uniforme la valutazione delle diverse sovrintendenze.

⁴⁰ Seminario, *Fighting Against The Illicit Trafficking of Cultural Property*, Rome (23 novembre 2017), Training workshop for relevant authorities of the government of Serbia e Montenegro, Ministero dei Beni Culturali e del Turismo – MiBACT - The estimate of museum collections and archaeological finds (Simona Carosi), <https://www.slideshare.net/UNESCOVENICE/ministero-dei-beni-culturali-e-del-turismo-mibact-the-estimate-of-museum-collections-and-archaeological-finds>.

Resta una variabile importante: la tempistica? Su questo punto incide la litigiosità, l'incrocio delle competenze, la disponibilità di funzionari in grado di seguire con continuità il processo valutativo. Nel frequente passaggio di consegne tra un ministro e il successivo, questi dati possono molto variare.

10. L'esportazione clandestina. In che misura il diritto europeo favorisce o limita la circolazione dei beni illegalmente scavati? Il diritto mondiale e la convenzione UNIDROIT (contro i beni illegalmente esportati)

Il flagello della predazione dei paesi con un apparato culturale vasto si è protratto per secoli. Molti episodi hanno raggiunto l'onore della cronaca. L'Italia è spesso al centro di episodi clamorosi. Basta ricordare la vicenda dell'atleta di Fano', la statua di bronzo recuperata dal mare vicino a Pesaro che, nel 2018, la Cassazione ha dichiarato di proprietà dello Stato contro il Getty museum di Malibu.

Allo scopo di combattere l'esportazione illegale di oggetti storici o d'arte l'Unesco si è mossa abbastanza tempestivamente propugnando la ratifica della convenzione del 1970 sulle misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali⁴¹. L'impegno internazionale non ha ricevuto la firma di tutti gli Stati: in un episodio che opponeva Italia e Francia è emerso che proprio la Francia aveva ommesso di sottoscrivere il trattato.

Si tratta della nota vicenda degli arazzi di Riom: rubati presso il Tribunale della città dell'Alvernia-Rodano, sono riapparsi nelle mani di acquirenti italiani che vantavano un acquisto effettuato in Italia presso un antiquario e si difendevano dietro al principio "possesso vale titolo". La restituzione è stata in quel caso negata alla Francia, in assenza di una prova adeguata dell'imprudenza degli acquirenti⁴². L'applicazione della *lex loci rei sitae* ha portato all'art. 1153 del codice civile italiano e all'applicazione del principio "possesso vale titolo" anche se i beni sono di provenienza furtiva (contrariamente all'eccezione che in Francia – art. 2279 del Code nella versione del 1804⁴³ -, e in diversi Stati che hanno importato il modello del Code Napoléon, sottrae i beni furtivi all'acquisto di buona fede, almeno per un determinato periodo di tempo dalla perdita o dal furto). Anche nei paesi che seguono il modello del BGB tedesco i beni rubati sono

⁴¹ <https://www.unesco.beniculturali.it/convenzione-sulla-circolazione-dei-beni/>

⁴² Trib. Roma 26 giugno 1987, *Dir. comm. int.*, 1988, p. 611 ss. [commento M. Frigo], *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 620 ss. [commento, Lo Monaco]; Prott, Lyndell V. (1989), *The Protection of Cultural Heritage*, *Acad. de La Haye dr. int. priv.*, *Rec. cours*, 217, 1989, Amsterdam, 1990, p. 265 ss.

⁴³ Oggi art. 2276, dopo la riforma del 2016 («En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient»).

esclusi dalla tutela in caso di acquisto a non domino: il § 935 BGB contiene una regola sovrapponibile a quella francese⁴⁴. La tutela offerta in Italia dall'art. 1153 c.c. è particolarmente estesa in comparazione con gli altri ordinamenti europei (non esiste un tempo di sospensione, la trasmissione del possesso produce immediatamente l'acquisto dell'avente causa in buona fede, la vendita all'asta non garantisce maggiore protezione) e questo rende il mercato italiano particolarmente interessante quando si hanno dipinti, arazzi, o oggetti d'arte dei quali si vuole sanare la provenienza illecita. Il caso *Winkworth v. Christie's*⁴⁵ è una buona dimostrazione di questo meccanismo e dei suoi paradossi: il giudice inglese, chiamato a giudicare se il diritto italiano avesse consentito l'acquisto degli oggetti giapponesi rubati a Londra, sospese il giudizio sulla contrarietà all'ordine pubblico internazionale del diritto italiano, ipotizzandola in termini astratti (comunque una certa perplessità sul nostro sistema emerge nelle argomentazioni degli avvocati).

L'impegno del 1970 che riguardava solo gli Stati è stato perfezionato a cura dell'UNIDROIT. Questa istituzione internazionale, dopo anni di trattative, è riuscita a promuovere la Convenzione del 1995 sui beni culturali rubati o illecitamente esportati⁴⁶: in questo caso lo Stato di provenienza dei beni può pretendere la restituzione, anche nei confronti di chi li abbia acquistati, contro un equo indennizzo (sempre che l'acquirente non fosse a conoscenza dell'origine furtiva o illecita dei beni, art. 4)⁴⁷. La convenzione UNIDROIT è interessante perché distingue i beni rubati da quelli illecitamente esportati e, nel primo caso, data la genericità della sua formulazione, si ritiene che consenta anche al

⁴⁴ «der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war».

⁴⁵ *Winkworth v. Christie Manson and Woods Ltd. and Another*, [1980] Ch 496: il grande collezionista (cui è dedicato un settore del British Museum per l'arte orientale) agiva contro la casa d'aste che aveva accettato di vendere preziosi oggetti giapponesi rubati a Londra, esportati in Italia, venduti al "Marchese d'Annone" (Paolo Dal Pozzo d'Annone) e reimportati a Londra per la vendita all'asta. La domanda sottoposta alla Chancery division della High Court verteva sul diritto applicabile: inglese (incompatibile con vendita di cose rubate) o italiano (che conferisce titolo valido all'acquirente in buona fede)? In sede interlocutoria il giudice Slade indicò il diritto italiano come *lex loci rei sitae* e competente a governare il caso (ipotizzando però che «it is theoretically possible that the trial judge ..., could form the view that the particular content of the relevant Italian law was such that the public policy of this country required him to disregard any rights asserted by the second defendant by reference to such law»).

⁴⁶ Ufficio Studi MiBAC, ufficiostudi.beniculturali.it > UfficioStudi > documents

⁴⁷ L'articolo 4 della convenzione richiede, quale condizione per il pagamento dell'equo indennizzo, la prova che il possessore del bene culturale rubato "non abbia saputo o non avrebbe dovuto ragionevolmente sapere che il bene era stato rubato e che possa provare che ha agito con la dovuta diligenza in occasione dell'acquisto".

proprietario di agire per la restituzione⁴⁸. Mentre per i beni illecitamente esportati la richiesta può essere avanzata solo dallo Stato⁴⁹. Presupposto per tutte queste tutele è che il bene sia in qualche modo inventariato o identificato (comprendendo nella dizione “rubato o illecitamente esportato” anche gli oggetti di scavi non autorizzati). L’elenco dei beni protetti è inserito in un allegato aggiunto alla convenzione.

Come accennato, all’interno dell’UE, nel bilanciamento tra libertà di circolazione dei beni e tutela della cultura si è giunti al compromesso di una direttiva (93/7/CEE)⁵⁰ e del Regolamento 116/2009 (aggiornato con il Regolamento UE 2019/880 in materia di importazione di beni culturali provenienti da Paesi extra UE)⁵¹.

Il complesso di norme europee, via via aggiornate e integrate, costituisce una rete di protezione contro la dispersione degli oggetti che varcano i confini: l’esigenza di continuo adeguamento, di correzione dei valori e delle epoche dei beni protetti, delle prassi amministrative di collaborazione degli apparati statali di diversi Stati membri confermano l’intreccio difficile di prescrizioni.

Può tradire qualche delusione la consultazione del sito del Mibact gestito dal Ministero della cultura, in particolare della rubrica dedicata alla normativa: vi si trova il codice dei beni culturali del 2004⁵², ma le norme europee collegate alla circolazione dei beni culturali non sembrano in prima evidenza.

Sorge spontanea la domanda dell’efficacia complessiva delle disposizioni legislative: su ciò getta qualche luce un episodio che ha coinvolto personaggi non privi di notorietà.

11. Un successo, comunque (una “win-win solution”). Quale rischio corre chi trasgredisce alle norme italiane. La sanzione penale è un vero deterrente?

Ricordiamo un episodio che nel 2012 ha conosciuto gli onori della cronaca e che riguarda la madre della (già) première dame francese, Carla Bruni, e della

⁴⁸ art. 3.3: «Ogni richiesta di restituzione deve essere presentata entro il termine di tre anni a decorrere dal momento in cui il richiedente abbia conosciuto il luogo dove si trovava il bene culturale e l’identità del suo possessore e, in tutti i casi, entro il termine di cinquant’anni dalla data del furto». (Corsivo aggiunto).

⁴⁹ art. 5.1: «Uno Stato contraente può richiedere al giudice o ad ogni altra autorità competente di un altro Stato contraente che sia ordinato il ritorno di un bene culturale illecitamente esportato dal territorio dello Stato richiedente».

⁵⁰ Modificata dalle direttive 96/100/Ce e 2001/38/Ce, consolidata in una nuova versione del 2014 (2014/60): <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32014L0060:IT:HTML>

⁵¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0880&from=EN>

⁵² <https://dgsptatrimonioculturale.beniculturali.it/atti-e-normativa/>

regista cinematografica Valeria Bruni. Una cronaca giornalistica ricorda così gli eventi: “Esportò clandestinamente un’opera d’arte: la madre di Carla Bruni patteggia la pena”⁵³. Nel castello di famiglia di Castagneto Po, messo in vendita nel 2009, di opere preziose ce ne erano tante al punto da finire in una tornata d’aste.

Ora però Marisa Borini Bruni Tedeschi, ottantaduenne, vedova dell’industriale e compositore piemontese Alberto Bruni Tedeschi e mamma di Carla Bruni, l’ex modella e moglie di Nicolas Sarkozy, è incappata in una controversia giudiziaria che di artistico ha ben poco.

Marisa Bruni Tedeschi, secondo l’accusa, avrebbe portato all’estero, senza autorizzazione, un altare in terracotta del 1500, della scuola dello scultore e ceramista fiorentino Andrea della Robbia. Un’opera tutelata dal ministero dei Beni culturali e dichiarata di interesse storico e artistico, che, sebbene nelle disposizioni della storica famiglia piemontese, non avrebbe dovuto oltrepassare il confine senza l’autorizzazione della Sovrintendenza. Una mossa incauta che l’ha portata davanti al giudice del Tribunale penale di Roma, il gup Alessandra Boffi, dove ha patteggiato il minimo della pena. Il pubblico ministero Pierluigi Cipolla le aveva contestato il reato di esportazione illecita, punito al minimo con un anno di reclusione o con una multa fino a 5000 euro. La sentenza del giudice dell’udienza preliminare ha aggiunto i benefici del rito alternativo, che comporta uno sconto fino a un terzo della pena.

Per quanto riguarda l’oggetto del procedimento, la terracotta del XVI secolo, un grande altare di ceramica a contenuto religioso di proprietà della famiglia, l’autorità giudiziaria non ha potuto confiscarla. L’opera della scuola di della Robbia, artista rinascimentale specializzato nella tecnica della ceramica invetriata, una volta fuori dai confini dello Stato è stata venduta.

Lo sconfinamento però è stato intercettato dai carabinieri del Reparto tutela patrimonio culturale, che, indagando su un traffico di opere d’arte di cui la Bruni Tedeschi è risultata totalmente estranea, hanno scoperto il passaggio fra migliaia di intercettazioni. Da qui l’intervento dell’autorità giudiziaria e l’avvio del processo concluso qualche settimana fa davanti al giudice, in un’ aula di tribunale così lontana dal mondo dell’arte”.

Che cosa ci dice questo episodio?

Da un lato, ci suggerisce che il mercato clandestino è florido e resiliente: con l’apertura dei confini all’interno dell’area Schengen le probabilità di essere intercettati alla frontiera sono fortemente diminuite. I beni esportati illegalmente raramente sono recuperabili: in molti casi se ne perde la traccia.

Dall’altro lato, ciò che può colpire l’attenzione degli osservatori è la totale assenza di mortificazione o rammarico di chi viene colto sul fatto. Nel caso

⁵³ Salvatore, Francesco (2012), L’altare in terracotta del ‘500 di Andrea della Robbia portato all’estero e venduto, 11 novembre 2012, La Repubblica, online: <http://www.patrimoniosos.it/rsol.php?op=getarticle&id=100145> (consultato 19 marzo 2021).

ricordato, la sig.ra Marisa Borini Bruni Tedeschi ha continuato a figurare nelle cronache mondane, a partecipare in veste di attrice nei film diretti dalla figlia, a svolgere una vita a cavallo delle frontiere, senza apparenti sanzioni di carattere sociale o giuridico. Potrebbe trattarsi di un fatto legato all'età avanzata dell'imputata o al prestigio sociale di cui gode l'entourage nel quale si muove l'anziana pianista/artista, il rischio è però che il messaggio prevalente sia nel senso che non c'è nulla di male nell'aggirare le restrizioni (irragionevoli?) imposte dalla legislazione italiana. Quali argomenti potrebbe avanzare l'avvocato del diavolo in un contesto del genere? Per quali aspetti è difficile ottemperare alla normativa italiana?

A prescindere dalle particolarità del caso Bruni Tedeschi, una difficoltà ardua da superare riguarda la prova della titolarità dei beni da parte di chi per esempio eredita oggetti archeologici o di pregio storico.

Il legislatore prevede all'art. 91 del codice Urbani: "Le cose indicate nell'articolo 10, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini, appartengono allo Stato e, a seconda che siano immobili o mobili, fanno parte del demanio o del patrimonio indisponibile [...]"

Da questa premessa la giurisprudenza deduce che essi si presumono di proprietà pubblica, «salva prova contraria gravante sul privato che ne rivendichi la proprietà»⁵⁴.

La questione pone evidentemente non pochi dubbi per gli eredi i quali avranno scarse opportunità di provare un acquisto dei propri antenati all'estero, o il legittimo possesso da parte del de cuius in sostituzione dell'indennità di occupazione del terreno di scavo o come premio per il ritrovamento. Teoricamente, anche l'ingresso nel patrimonio familiare prima del 1909⁵⁵ giustifica la continuazione del possesso: con le difficoltà ovvie di reperire documentazione sopravvissuta nel tempo attraverso le generazioni. Ipoteticamente fotografie che documentino la presenza tra i beni familiari di oggetti da collezioni potrebbero valere se databili appunto ai primi del '900. La giurisprudenza ha discrezione di accertare quali elementi probatori o indiziari siano sufficienti a superare la presunzione.

Per il privato si apre l'alternativa tra auto-denunciare l'eredità (circostanza che almeno evita il procedimento penale per impossessamento di beni culturali) e abbandonare la proprietà (se non si hanno documentazioni sufficienti a rovesciare la presunzione di appartenenza allo Stato), oppure ricorrere al mercato clandestino: la tentazione potrebbe essere forte, se non si hanno eccessivi timori – come nel caso della sig.ra Borini Bruni Tedeschi – di

⁵⁴ Da ultimo: Cassazione civ. 26 aprile 2017, n. 10303, secondo la quale, in relazione alle cose d'interesse archeologico rinvenute in Italia, il privato che agisce in rivendicazione deve fornire la prova del loro ritrovamento avvenuto all'estero o comunque dimostrare l'esercizio sulle stesse di legittime cause di possesso.

⁵⁵ L. 20 giugno 1909, n. 364 sull'inalienabilità delle antichità e delle belle arti

conseguenze penali, alquanto improbabili per soggetti di età avanzata (il patteggiamento non elide la condanna, ma ne evita l'esecuzione in una persona oltre i limiti dell'incarcerazione).

Le proposte di incremento delle sanzioni penali per condotte che pregiudicano beni culturali si ripetono nelle legislature: nel 2018 pendeva davanti alla camera una "proposta Orlando" per Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale per riorganizzare il quadro penale⁵⁶. Se ne è persa traccia nei meandri parlamentari.

Il tracciamento dei beni è stato negli anni migliorato attraverso registri elettronici dei beni smarriti o furtivi, l'obbligo di documentazione della cessione da parte di commercianti, la maggiore prudenza delle case d'aste nel verificare l'origine dei lotti immessi sul mercato. Tuttavia capita tuttora di leggere qualche caso clamoroso di vendita all'asta di beni di incerta provenienza.

12. Conclusioni

La sensibilità alla conservazione delle testimonianze del passato è certamente cresciuta negli anni. La tesi fatta valere in precedenza da J. H. Merryman (professore e collezionista d'arte statunitense)⁵⁷ secondo cui l'esportazione a partire dai paesi più ricchi di tradizioni del passato non avrebbe dovuto essere scoraggiata (perché verosimilmente i paesi importatori avrebbero avuto mezzi e interessi maggiori nella conservazione)⁵⁸ ha nel tempo perso smalto, anche negli USA. Una presa di posizione di qualche interesse si trova nel caso deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti: *Goldberg v. Autocephalous Greek Orthodox Church* (502 U.S. 1050, 1992). Le parole del giudice d'appello (la cui decisione risulta confermata dalla Corte Suprema), il Chief Judge Bauer

⁵⁶ A.C. 893, documenti.camera.it, leg18, dossier. "Il 18 ottobre 2018 la Camera – riprendendo il testo del Disegno di Legge Franceschini/Orlando (XVII legislatura) – ha approvato una proposta di legge che si propone di riformare le disposizioni penali a tutela del patrimonio culturale. Il testo inserisce nel codice penale le norme che si trovano oggi contenute prevalentemente nel Codice dei Beni Culturali e introduce nel Codice Penale un nuovo titolo, dedicato ai delitti contro il patrimonio culturale". (<https://www.lamiafinanza.it/2020/02/il-traffico-illecito-delle-opere-darte/>). Non consta tuttavia che il provvedimento sia entrato in vigore.

⁵⁷ Il necrologio dedicato all'ex professore di Stanford ricorda la insolita abbinata di un docente di diritto che era anche assiduo collezionista: <https://law.stanford.edu/press/john-henry-merryman-art-law-pioneer-and-much-loved-colleague/>. Un commento meno benevolo ricordava che la moglie Nancy era interessata al commercio di oggetti d'arte e ciò influenzava l'opinione liberale del marito nella circolazione dei beni culturali. Già nel 1970 Merryman aveva proposto presso la sua università in California un corso in "Law, Ethics and the Visual Arts".

⁵⁸ Merryman J. H. (1986), *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, in «AM. J. INT'L L.», 80, p. 831 ss.

dicono: «Focusing on a relatively short segment of what might otherwise be considered its 'history', the United States chooses sometimes to ignore the ancient cultural heritage of the land which it now occupies. But a short cultural memory is not an adequate justification for participating in the plunder of the cherished antiquities that play important roles in the histories of foreign lands». La percezione che anche gli USA devono contribuire a preservare i patrimoni di altri Stati è ben espressa in questa decisione.

Tra i molti effetti della Brexit si collocherà anche la questione del rimpatrio di oggetti illegalmente esportati in Inghilterra. Un grande lavoro di conversione degli impegni assunti in ambito UE ricade sulle spalle del Parlamento nel Regno Unito: resta da vedere in che misura si sceglierà di seguire le politiche contro l'esportazione illegale messe in vigore nei decenni passati all'interno del mercato comune, tenendo conto che importanti case d'aste hanno sede a Londra. Non è detto che l'attenzione verso un'attività remunerativa in Inghilterra sia sottostimata nel Parlamento di Westminster⁵⁹. La casistica delle restituzioni dal Regno Unito non è costante nel tempo: a restituzioni clamorose si alternano rifiuti sonori⁶⁰. Un sito patrocinato dalla sezione specializzata delle Nazioni Unite, UNODC (Office on drugs and crime), offre una visione estesa dei casi combattuti attraverso le frontiere⁶¹. Un episodio recente riguarda l'Italia: per una coincidenza inattesa, un operaio di Torino acquistò, dall'ufficio cose smarrite delle ferrovie dello Stato, due quadri che, anni dopo, sono stati identificati come Paul Gauguin *Fruits sur une table ou nature morte au petit chien* e Pierre Bonnard *La femme aux deux fauteuils*⁶². L'acquisto per il diritto italiano si qualifica come acquisto in buona fede e genera un titolo valido di proprietà. Tuttavia, gli eredi inglesi dei proprietari (discendenti dei fondatori dei supermercati Marks & Spencer), che erano stati derubati a Londra negli anni '70, contestano ora la legislazione italiana che viene accusata di violare obblighi legati alla normativa europea: anche perché, secondo il diritto inglese, il bene furtivo

⁵⁹ La reputazione delle case d'aste non è sempre al di sopra di ogni critica: Mason, Christopher, *The Art of the Steal: Inside the Sotheby's-Christie's Auction House Scandal*. Putnam Pub Group, 2004.

⁶⁰ Le Corti inglesi hanno dimostrato sensibilità all'argomento dell'immunità degli Stati (il diritto penale straniero non trovò applicazione): *Attorney-General of New Zealand v Ortiz*, (1982) Queen's Bench Division 349; [1983] 2 All ER 93; [1983] 2 Lloyd's Rep 265; [1984] AC 1; [1984] 2 WLR 809 (House of Lords). Roodt Christa, (2002) *Cultural heritage jurisprudence (and strategies for retention and recovery)*, «The Comparative and International Law Journal of Southern Africa», 35, 2, pp. 157-181.

⁶¹https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/traffickingculturalpropertycrimetype/gbr/1983/attorneygeneral_of_new_zealand_v_ortiz_et_al_.html

⁶²http://www.repubblica.it/cultura/2014/04/02/news/ritrovate_da_carabinieri_tele_di_gauguin_e_bonnard_rubate_a_londra-82524614, 2 aprile 2014

non è suscettibile di valido acquisto⁶³. L'azione civile di conversion si estingue dopo 6 anni dall'insorgere del fondamento dell'azione (il rifiuto del possessore di restituire il bene che si trova nelle proprie mani)(“after the expiration of six years from the accrual of the cause of action in respect of the original conversion or detention», Limitation of Actions Act 1958, sect. 6, par. 1)⁶⁴. Nella vicenda pare coinvolto, come consulente, Richard Ellis, «ex-head of Scotland Yard's Art and Antiques Squad».

Non è privo di significato il fatto che in Svizzera abbia sede un grande studio legale che porta il cognome di un noto esperto di tutela dei beni culturali: Pierre Lalive⁶⁵. La specializzazione vantata dagli eredi è proprio nel campo del commercio di opere d'arte e di pregio, segno che i clienti bisognosi di assistenza legale non mancano.

Ginevra è considerata la piazza più appetibile per operazioni «delicate»: il celebre caso *Autocephalous Greeek Orthodox Church of Cyprus v. Goledman, Feldman Fine arts & others* (917 F.2d 278, 1992) vedeva al centro della scena la consegna dei mosaici bizantini nell'area franca dell'aeroporto di Ginevra. La frequenza dei passaggi “oscuri” in Svizzera ha indotto all'approvazione delle linee guida per un mercato dell'arte responsabile (<http://responsibleartmarket.org/>). Le contese milionarie anche attraverso l'Oceano tra eredi delle spogliazioni dell'Olocausto e gallerie o collezionisti d'arte

⁶³ Georgina Adam, *The art market: Paintings lost, found and fought over*, Claimant for pensioner's treasures, *Financial times*, January 30, 2015: <https://www.ft.com/content/63998b6c-a7a5-11e4-be63-00144feab7de>

⁶⁴ Anche negli Stati Uniti l'interpretazione prevalente per il rimedio di recupero degli oggetti illegittimamente posseduti – talvolta denominato negli USA *replevin* (un antico rimedio delle forms of action inglesi contro l'errato pignoramento dei beni per debiti) - vede nel rifiuto della consegna il momento dal quale decorre il termine per agire in giudizio: il celebre caso *Martin Grosz and Lilian Grosz v. The Museum of Modern Art* (New York), United States Court of Appeals, Second Circuit, Dec. 16, 2010 verte appunto sul decorso del termine dell'azione. Molte vertenze davanti alle corti statunitensi vertono proprio sul momento dal quale fare decorrere il termine di prescrizione dell'azione (dalla perdita?, dal ritrovamento?, dal momento in cui la richiesta di restituzione è respinta dal possessore?).

⁶⁵ Pierre Lalive, *La vente internationale d'œuvres d'art*, Directeur scientifique: Pierre Lalive, *Colloque de Genève* (11-13 aprile 1985), pubblicato nel 1988, Parigi, ICC Publishing, publication no. 436, pp. 703. Esperto di conflitti di leggi, l'A. aveva già discusso la tesi di dottorato nel 1955 su *The transfer of chattels in the conflict of laws, A comparative study* (Oxford). In veste professionale: Lalive, studio legale basato in Svizzera, Ginevra/Zurigo (con sede sussidiaria a Londra): «Nos avocats spécialisés en droit de l'art négocient, plaident et conseillent nos clients sur toutes les questions juridiques liées aux beaux-arts et au monde de l'art». <https://www.lalive.law/fr/areas-of-focus/art-et-biens-culturels/>

continuano, tra alterni successi, tuttora⁶⁶ e gli avvocati che intervengono nelle controversie possono contare su un cospicuo reddito. Le vertenze possono protrarsi per anni, con complicazioni imprevedibili. Basta ricordare il paradossale episodio di un quadro di Klimt restituito dall’Austria, per errore, agli eredi di una vittima dell’Olocausto, confondendolo con un altro quadro dello stesso autore che ora la Francia ha deciso di restituire agli eredi della stessa persona. Si tratta dell’eredità di Nora Stiasny, la quale, durante l’occupazione nazista dell’Austria, vendette ad un ex fidanzato, entrato nelle fila dell’esercito tedesco, il famoso quadro *Rosiers sous les Arbres* per una cifra sostanzialmente inferiore al valore effettivo, nella speranza – pare – di riuscire a fuggire dall’Austria. Sopraggiunta la morte della venditrice imprigionata in Polonia, nel 1942, il quadro finì all’asta e fu acquistato dalla Francia che lo espose al Musée d’Orsay. La richiesta degli eredi della proprietaria sembra in procinto di essere accolta, secondo un annuncio della direttrice del Museo, Roselyne Bachelot⁶⁷. Nel frattempo, però, nel 2017, un diverso dipinto “Apple Tree II” fu restituito dall’Austria ad uno degli eredi Stiasny: «that restitution was deemed a mistake and experts led research into identifying ‘Rosebushes Under the Trees’ as the Stiasny family’s painting»⁶⁸. Nelle parole del responsabile del settore ‘restituzioni’ della casa d’Aste Sotheby’s, questi procedimenti occupano molto tempo e generalmente si concludono con un accordo extragiudiziale, sovente promosso dalle case d’aste stesse che apportano il proprio patrimonio di conoscenze del mercato⁶⁹. L’interesse delle case d’aste sta nella ricca percentuale

⁶⁶ Il famoso caso Altmann, riguardante il ritratto ad opera di Klimt di Adele Bloch-Bauer si è chiuso nel 2006 con una transazione extragiudiziale (“In 2004, the U.S. Supreme Court ruled that Altmann’s suit could proceed. In 2006, an Austrian mediation panel awarded the five paintings to Altmann and four other heirs, ending the nearly eight-year legal battle. The ‘Portrait of Adele Bloch-Bauer’ was purchased for \$135 million that year – a record price for a painting at the time – and is now in the Neue Galerie in New York”). Viceversa, più recentemente, la Corte Suprema USA ha respinto una pretesa di restituzione dei dipinti venduti durante l’occupazione nazista a commercianti “sotto la pressione delle circostanze”: Sam P. Israel, *The US Supreme Court’s silence on Nazi art theft fails Holocaust survivors*, 11th March 2020, «The Art Newspaper», online: <https://www.theartnewspaper.com/comment/the-us-supreme-court-s-silence-on-nazi-art-theft-fails-holocaust-survivors>.

⁶⁷ <https://www.bbc.com/news/world-europe-56410619> (16 marzo 2021); Benjamin Sutton, *Austria restituted the wrong Klimt painting to the wrong family*, «The Art Newspaper», nov 14, 2018: <https://www.artsy.net/news/artsy-editorial-austria-restituted-wrong-klimt-painting-wrong-family>.

⁶⁸ *France’s Only Klimt Painting Will Be Returned to Nazi-Persecuted Owner’s Heirs*, https://www.artfixdaily.com/news_feed/2021/03/16/1156-frances-only-klimt-painting-will-be-returned-to-nazi-persecuted-o, March 16, 2021

⁶⁹ Lucian Simmons, Vice Chairman and Worldwide Head of Sotheby’s Restitution Department, in un’intervista riguardante un quadro di Klimt ‘(Litzberg am Attersee’) reso agli eredi dopo 8 anni di contese: “It has not been quick”. “Most restored works are

che viene intercettata: il responsabile di Sotheby's per la sezione "restituzioni", Lucian Simmons (barrister e solicitor), ha confidato, in un'intervista, che nel 2009 la casa d'aste aveva introitato 90 Milioni di euro dalle vendite di beni recuperati, presso musei o collezionisti, da discendenti di spoliazioni e furti. Le prospettive sono interessanti se si conferma nei fatti l'informazione sottoposta alla House of Commons per cui i nazisti avrebbero nascosto in miniere, castelli e fortezze circa 5 milioni di oggetti, sottratti in varia maniera ai legittimi proprietari.

sold by their new owners, making restitution a lucrative business for the auction houses: it accounted for \$90m of sales at Sotheby's alone last year": Peter Aspden, Profit and loss, intervista per il Financial Times, January 8, 2010; Melikian, Assadullah Souren, Klimt Painting Sells for \$40.4 Million, «The New York Times», 3 novembre 2011. Di L. Simmons si può leggere: Just and fair solutions in the commercial art market, www.commartrecovery.org, conferenza a Praga, (June 28, 2009). Sull'episodio, clamoroso, si può consultare un commento editoriale sul Daily Mail: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-1379660/Grandson-Holocaust-survivor-given-26m-Klimt-painting-stolen-Nazis.html>.

Bibliografia

- AA.VV., (2015), *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale : un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, Giuffrè
- AAVV. (2020), *Cura e tutela dei beni culturali*, Esposito, Gianluca Maria, Fasolino, Francesco (cur.), Padova, Cedam (atti del Convegno sul tema "La cura del patrimonio culturale: radici storico-giuridiche e prospettive", tenutosi presso l'Università degli studi di Salerno il 28 ottobre 2019) [ivi: Gianpiero Cirillo, La circolazione; Aversano Gabriele: La prelazione artistica]
- Barbati Carla, Cammelli Marco, Casini Lorenzo, Piperata Giuseppe, Scullo Girolamo (2017), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino
- Bauer, Alexander (2007), *New Ways of Thinking About Cultural Property: A Critical Appraisal of the Antiquities Trade Debates*, *Fordham international law journal*, 31, 3, p. 690 ss. (online nel sito <https://www.researchgate.net>)
- Casini, Lorenzo (2011), *Italian Hours, The globalization of cultural property law*, *International Journal of Constitutional Law*, 9, 2, pp. 369–393, online: <https://academic.oup.com/icon/article/9/2/369/649612>
- Ciampi, Annalisa (2014), *La protezione del patrimonio culturale : strumenti internazionali e legislazione italiana*, Torino, Giappichelli,
- Crosetti, Alessandro, Vaiano, Diego (2011), *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, Giappichelli
- Eisen, Leah E. (1991), *The Missing Piece: A Discussion of Theft, Statutes of Limitation and Title Disputes in the Art World*, in «*Journal of Criminal Law And Criminology*», 81, pp. 1067-1101, pdf online: nel sito core.ac.uk
- Ferreri, Silvia (1994), *The Status of Cultural Property in Private International Law, From an Italian Point of View*, in *Italian National Reports to the XIV Int.l Congress of Comparative Law*, Atene, 1994, Milano, 1994, pp. 133-176.
- Frijo, Manlio (2007), *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè.
- Gill David, Chippendale Christopher (2007), *From Malibu to Rome Reflections on Returning Antiquities*, «*INT'L J. Cultural Prop.*», 14, pp. 205
- Hauser-Schaeublin Brigitta, Prott, Lyndel V. (2016). *Negotiating conditions of return. Cultural property and contested ownership: the trafficking of artefacts and the quest for restitution.* (pp. 131-132) edited by Brigitta Hauser-Schaeublin and Lyndel V. Prott. New York NY, United States: Routledge.
- Hauser-Schaeublin, Brigitta, Prott, Lyndel V. (2016). *Plunder, trafficking and return. Cultural property and contested ownership: the trafficking of artefacts*

and the quest for restitution. (pp. 21-22) edited by Brigitta Hauser-Schaeublin and Lyndel V. Prott. New York NY, United States: Routledge.

Hellwege, Phillip (2016), Precluding the Statute of Limitations? How To Deal with Nazi Looted Art after Cornelius Gurlitt, «Southwestern Journal of International Law », 22, pp. 105-161 (pdf online nel sito: www.swlaw)

Jakubowski, Andrzej, Hausler, Kristin, Fiorentini, Francesca (eds.) (2019) Cultural Heritage in the European Union: A Critical Inquiry Into Law and Policy, Nijhoff, Leiden, Brill.

Lalive, Pierre (1988) La vente internationale d'œuvres d'art, Directeur scientifique, Colloque de Genève (11-13 aprile 1985), Parigi, ICC Publishing, n. 436.

Maccari, Anna Luisa, Piergigli, Valeria (2006), Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi, Milano, Giuffrè.

Magri, Geo (2015), Alcune considerazioni sul mercato del libro antico dopo la legge 6 agosto 2015, n. 125, in «Aedon, rivista di arti e diritto online», n. 3, online: <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2015/3/magri.htm>

Magri, Geo (2011), La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo. Limiti e obblighi di restituzione, Quaderni Dip. di Scienze Giuridiche Torino. ESI, Napoli

Mason, Christopher (2004), The Art of the Steal: Inside the Sotheby's-Christie's Auction House Scandal, Putnam Pub Group, New York, N.Y.

Melikian Assadullah, Souren (2011), Klimt Painting Sells for \$40.4 Million, The New York Times (3 novembre 2011)

Merryman, J. H. (1986), Two Ways of Thinking about Cultural Property, «Am. J. Int'l L.», 80, p. 831 ss.

Merryman, John Henry (2009), Art Systems and Cultural Policy, «Stanford Public Law Working Paper» No. 1489612 39 (online)

O'Keefe, Patrick J., Prott, Lyndel V. (2011). Cultural heritage conventions and other instruments: A compendium with commentaries, Crickadarn, UK., Institute of Art and Law.

Prott, Lyndel V., O'Keefe Patrick (1984). Law and the Cultural Heritage, Vol. 1 , Discovery and Excavation. 1st ed., Abingdon, Professional Books.

Prott, Lyndel V., O'Keefe Patrick J. (1990), Law and the Cultural Heritage, Vol. 3, Movement, London, Butterworths.

Roodt, Christa (2002) Cultural heritage jurisprudence (and strategies for retention and recovery), in «The Comparative and International Law Journal of Southern Africa», 35, 2, pp. 157-181.

Sandulli, Maria Alessandra (2012), Codice dei Beni Culturali, Milano, Giuffrè.

Siehr, Kurt (2008), *Legal Aspects of the Protection of Cultural Property*, *International Journal of Cultural Property*, 15, 4 (intervento nel convegno Rogues, Robbers and Researchers: Robbery of Antiquities and Archaeology under the Present Legal Situation, Institute for Archaeological Studies of the Johann Wolfgang Goethe-University of Frankfurt am Main, May 5, 2007).

Siehr, K. (1997). *The Protection of Cultural Heritage and International Commerce*. «*International Journal of Cultural Property*», 6, 2, 304-326. doi:10.1017/S0940739197000362

Timo, Matteo (2017), *La disciplina dei beni culturali. Tendenze attuali ed aspetti problematici*. Pisa, Pacini.

Tyler, Barbara J. (1999), *The Stolen Museum: Have United States Art Museums Become Inadvertent Fences for Stolen Art Works Looted by the Nazis in World War II?*, in *Rutgers Law Journal*, 30, pp. 441-471

Urice, Stephen (2011), *Elizabeth Taylor's Van Gogh: An Alternative Route to Restitution of Holocaust Art?*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1907282

Vaiano, Diego (2011), *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, Giappichelli.

Visconti, Arianna (2013), *Manacorda Stefano (cur.), Beni culturali e sistema penale: atti del convegno Prevenzione e contrasto dei reati contro il patrimonio culturale* (Milano, 2013), Milano, Vita e Pensiero.



Vaccini anti-Covid e fattore religioso

Covid vaccines and the religious factor

MARIA D'ARIENZO

Professoressa ordinaria di Diritto ecclesiastico e canonico

Università degli Studi di Napoli Federico II

maria.darienzo2@unina.it

ABSTRACT

Il lavoro esamina i possibili conflitti tra i convincimenti etico-religiosi dei singoli e l'osservanza delle misure imposte per il contenimento della crisi pandemica da Covid-19, a partire dai dibattiti intraconfessionali in merito alla composizione dei sieri vaccinali e alle modalità di sperimentazione dei nuovi vaccini anti-covid. Il contributo si concentra, inoltre, sulle nuove forme di collaborazione tra autorità governative e autorità religiose emerse anche nella seconda fase di gestione della pandemia con l'avvio della campagna vaccinale.

Parole chiave: Vaccino anti-covid; Fattore religioso; Obiezione di coscienza; Principio di collaborazione.

The paper examines the possible conflicts between the ethical-religious beliefs of individuals and the observance of the measures imposed to contain the pandemic



DOI: 10.54103/milanlawreview/17391

MILAN LAW REVIEW, Vol. 2, No. 2, 2021
ISSN 2724 - 3273

crisis by Covid-19, starting from the intra-confessional debates on the composition of vaccine sera and the methods of experimentation of new anti-covid vaccines. The contribution also focuses on the new forms of collaboration between governmental authorities and religious authorities that also emerged in the second phase of pandemic management with the start of the vaccination campaign.

Keywords: Anti-covid vaccine; Religious factor; Conscientious objections; Principle of collaboration.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Vaccini anti-Covid e fattore religioso

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Vaccini anti-Covid e conformità alle regole alimentari religiose. – 3. Le obiezioni morali sollevate rispetto alla sperimentazione dei vaccini a vettore virale. – 4. La somministrazione dei vaccini ai fedeli islamici durante il Ramadan. – 5. Le vaccinazioni obbligatorie e il diritto all'obiezione di coscienza per motivi religiosi nell'ordinamento italiano. – 6. La collaborazione tra autorità civili e confessioni religiose nella concreta attuazione delle campagne vaccinali.

1. Premessa

Il contrasto alla pandemia da Covid-19 ha rappresentato un significativo campo di indagine in rapporto al bilanciamento tra la tutela del diritto di libertà religiosa e la tutela del diritto alla salute pubblica.

L'indagine ha investito diversi profili con riferimento alle varie fasi di gestione della pandemia.

Nella "prima fase" dell'emergenza sanitaria, l'attenzione della dottrina soprattutto ecclesiasticistica si è concentrata sull'impatto delle misure di contenimento del contagio riguardo all'esercizio del diritto di libertà religiosa e al principio di autonomia confessionale, in considerazione della generalizzata e prolungata restrizione della libertà di culto ⁽¹⁾. Accanto a questo profilo, sempre

(1) Sulle restrizioni all'esercizio della libertà di culto durante la prima fase della pandemia sia consentito il rinvio a M. D'ARIENZO, *Emergenza coronavirus, autorità ecclesiastica e bene comune*, in *Il Regno*, 10, 2020, 260 ss.; EAD., *Libertà religiosa e autonomia confessionale ai tempi dell'emergenza coronavirus*, in AA. VV., *La giustizia al tempo del coronavirus*, a cura di M. Caterini, S. Muleo, Pisa 2020, 209 ss. Sul tema vedasi, inoltre, P. CONSORTI, *Emergenza e libertà religiosa in Italia davanti alla paura della Covid-19*, in *Revista General de Derecho Canónico Y Derecho Eclesiástico del Estado*, 54, 2020, 1 ss.; ID., *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta On Line*, 14 aprile 2020; N. COLAIANNI, *La libertà di culto ai tempi del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (<https://www.statoechurchiese.it>), n. 7 del 2020; V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *www.olir.it*; R. SANTORO, *La libertà di religione nel contesto pandemico*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2020, 157 ss.; S. MONTESANO, *L'esercizio della libertà di culto ai tempi del Coronavirus*, in *www.olir.it*; A. GIANFREDA, *Libertà religiosa e culto dei defunti nell'epoca del Coronavirus*, in *www.olir.it*; A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet, Intercultural Law and Humanities Review*, 10, 2020, 87 ss.; T. DI IORIO, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2020, 36 ss.; G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove*

nella c.d. “prima ondata” della pandemia, sono state evidenziate anche le possibili conflittualità rispetto alle opzioni valoriali dell’individuo che potevano derivare dall’applicazione di diverse disposizioni, protocolli di *triage* o *Linee guida* prodotte in vari ordinamenti per fronteggiare il rischio di una possibile saturazione delle strutture sanitarie. Nelle loro prime formulazioni, allo scopo di regolamentare l’accesso alle cure in situazioni di emergenza e scarsità di risorse sanitarie - quali, ad esempio, la mancanza di posti in terapia intensiva o nei reparti di rianimazione - tali documenti apparivano ispirati a criteri di selezione dei pazienti di impronta utilitaristica ⁽²⁾. In particolare, nelle *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili* del 6 marzo 2020, diffuse dalla *Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva* (SIAARTI), venivano espressamente indicati come criteri prioritari di selezione dei pazienti quello anagrafico - che avrebbe potuto rendere oggettivamente difficoltoso l’ingresso dei pazienti di età più avanzata nei reparti di rianimazione e terapia intensiva ⁽³⁾ - e il complementare criterio di “*resource consuming*” del servizio sanitario, che ancorava l’accesso ai suddetti reparti alla maggiore probabilità di successo terapeutico del trattamento, con la conseguenza di estromettere dalle cure quei pazienti per cui poteva prevedersi una minore speranza di vita o una presumibile maggior durata della loro degenza rispetto a soggetti clinicamente più sani ⁽⁴⁾.

opportunità pratiche di socialità, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 9 del 2020, 24 ss.; P. CONSORTI, *Religions and virus*, in *www.diresom.net*, 9 marzo 2020; M.L. LO GIACCO, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in *www.diresom.net*, 12 marzo 2020; D. TARANTINO, “Non in pane solo vivet homo”. *I cattolici di fronte al Covid-19*, in *www.diresom.net*, 21 marzo 2021; M. D’ARIENZO, *Is the suspension of Catholic public Mass legitimate?*, in *www.diresom.net*, 5 maggio 2020: tutti pubblicati in AA. VV., *Law, religion and Covid-19 emergency*, a cura di P. Consorti, Pisa 2020.

Per le ricadute della crisi pandemica sul principio di autonomia confessionale e sulle relazioni istituzionali tra Stato e confessioni religiose si rinvia a G. D’ANGELO, J. PASQUALI CERIOLO, *L’emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettici) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 19, 2021, 26 ss.; F. BALSAMO, *La leale collaborazione tra Stato e confessioni religiose alla prova della pandemia da Covid-19. Una prospettiva dall’Italia*, in *www.diresom.net*, 27 marzo 2020.

⁽²⁾ Sul punto, cfr. L. PALAZZANI, *La pandemia Covid 19 e il dilemma per l’etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, Special Issue, 1-2020, 359 ss., in particolare 364.

⁽³⁾ Le *Raccomandazioni di etica clinica* per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili della SIAARTI, del 6 marzo 2020, sono consultabili al seguente url: <https://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20%20Covid19%20%20Raccomandazion%20di%20etica%20clinica.pdf>.

⁽⁴⁾ Cfr. SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica*, cit., n. 4.

Rispetto al potenziale conflitto tra tali criteri di selezione dei pazienti da ammettere alle terapie intensive e i valori etici e le convinzioni religiose del personale medico e infermieristico, la dottrina ha individuato una possibile forma di tutela delle opzioni valoriali del personale sanitario nella invocabilità della "clausola di coscienza" ⁽⁵⁾, prevista dal *Codice di deontologia medica* e dal *Codice deontologico delle professioni infermieristiche* ⁽⁶⁾, nelle ipotesi anche non espressamente riconosciute dal legislatore di obiezione di coscienza ⁽⁷⁾. In più

⁽⁵⁾ Per una disamina dei protocolli sanitari diffusi in Italia e in altri ordinamenti (Stati Uniti, Canada, Svizzera) e per i possibili profili di tutela delle specifiche opzioni etico-religiose del personale sanitario rispetto all'applicazione di siffatti protocolli di *triage* mi sia permesso un rinvio a M. D'ARIENZO, *Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 22 del 2020, 12 ss; EAD., *La rilevanza dei valori etico-religiosi nella gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in AA. VV., *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, II, a cura di L. Chieffi, Milano 2021, 267 ss. Vedasi, inoltre, *inter aliis*, F. BOTTI, *Svizzera e Italia: soluzioni di triage e medicina intensiva a confronto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3 del 2021, 21 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *Il problema della vulnerabilità nelle Raccomandazioni SIAARTI e nelle linee guida SIAARTI-SIMLA*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 9 del 2021, 1 ss.

⁽⁶⁾ La *clausola di coscienza* è prevista all'art. 22 del *Codice di deontologia medica* del 2014, aggiornato al 2020 e all'art. 6 del *Codice deontologico delle professioni infermieristiche* del 2019. In quest'ultimo, all'art. 34 si prevede il dovere per il personale infermieristico di segnalazione agli organi competenti e l'attivazione di proposte di soluzioni alternative in caso di contrasto delle attività clinico assistenziali, gestionali e formative con principi e valori, nonché le norme professionali. Cfr. M. D'ARIENZO, *Scienza e coscienza*, cit., 12 ss.; EAD., *La rilevanza*, cit., 261-277, specificamente 263 e 274 ss. Seppure in riferimento alla possibilità di obiezione dei farmacisti alla vendita di farmaci abortivi, il ruolo supplente delle clausole di coscienza attribuibile al *Codice di deontologia medica* è sostenuto in dottrina da D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Bagno a Ripoli (Firenze) 2011, 287.

⁽⁷⁾ Come noto, la possibilità per il personale sanitario di dare rilievo alle opzioni di valore etico o religioso nell'esercizio della propria professione in deroga agli obblighi normativi con esse confliggenti è espressamente garantita dalle disposizioni legislative per le ipotesi riconosciute di obiezione di coscienza. Sul tema dell'obiezione di coscienza, tra i diversi studi ecclesiasticistici, si rinvia a P. CONSORTI, *Obiezione, opzione di coscienza e motivi religiosi*, in AA. VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, a cura di R. Botta, Milano 1991, 251-265; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli 1992; G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993; R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino 1994; V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli 2009; M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino 2010, 174-185; L. MUSSELLI, C.B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino 2017; F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano 2000. Sull'obiezione di coscienza e il biodiritto, cfr. P. CONSORTI, *Diritto e Religioni. Basi e*

punti, difatti, i protocolli di *triage* si ponevano in evidente antitesi con i valori di sacralità, indisponibilità e dignità della vita in ogni sua fase e condizione⁽⁸⁾ propri delle diverse tradizioni religiose⁽⁹⁾. Non a caso, anche sulla base di queste sollecitazioni, sono intervenute importanti modifiche rispetto alle originarie versioni dei documenti in grado di attenuare il potenziale conflitto con i valori etico-religiosi del personale sanitario⁽¹⁰⁾.

Anche l'avvio della campagna di vaccinazione, che ha segnato quella che può essere definita la "seconda fase" della gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ha evidenziato nondimeno ulteriori aspetti problematici in ordine al contemperamento tra la tutela delle convinzioni religiose e la tutela della salute pubblica.

Di seguito, attraverso il richiamo a significativi documenti ufficiali e dichiarazioni pubbliche, ci si soffermerà proprio su alcuni degli aspetti di maggiore interesse che vanno attualmente caratterizzando il dibattito intraconfessionale sia in merito alla composizione dei sieri vaccinali, sia rispetto

prospettive, Bari-Roma 2020, 394-392. Sull'obiezione di coscienza nell'ambito delle prestazioni sanitarie cfr. G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in AA. VV., *La libertà di coscienza*, a cura di G. Di Cosimo, A. Pugiotto, S. Sicardi, Napoli, 2015, 26 ss.; F. CEMBRANI, G. CEMBRANI, *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, Torino 2016; S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in AA. VV., *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità: esperienze a confronto. Atti del Convegno Internazionale, Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza 5 e 6 aprile 2017*, a cura di C. Colapietro, M. Atripaldi, G. Fares, A. Iannuzzi, Napoli 2018, 403-424; C.B. CEFFA, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Osservatorio AIC*, n. 1 del 2017; C. GAGLIARDI, *Eguaglianza delle libertà e obiezione di coscienza*, in *Diritto e Religioni*, n. 1 del 2018, 187-198. La possibilità di un riconoscimento giurisprudenziale dell'obiezione di coscienza, pur in mancanza di una previsione espressa della legge, è sostenuta da D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., 263 ss.; M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milano 2014, 122 ss.

⁽⁸⁾ Particolarmente problematici dal punto di vista etico sono stati i criteri indicati dall'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche e, soprattutto, i protocolli adottati inizialmente in Quebec (Canada) e in Alabama (USA) per fronteggiare la possibile carenza di posti disponibili nei reparti di rianimazione e terapia intensiva, che, di fatto, escludevano determinate categorie di pazienti, dall'accesso ai reparti. Per approfondimenti vedasi M. D'ARIENZO, *Scienza e coscienza*, cit., 18 ss.

⁽⁹⁾ Sul tema della sacralità della vita sin dal suo inizio nelle tre grandi religioni monoteiste si rinvia ad AA. VV., *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, a cura di D. Milani, D. Atichetghi, Torino 2016. Per le posizioni delle diverse confessioni religiose rispetto ai temi bioetici si rinvia a Cfr. M. F. MATERNINI, L. SCOPEL, *La bioetica e le confessioni religiose*, Trieste 2013.

⁽¹⁰⁾ Così M. D'ARIENZO, *Scienza e coscienza*, cit., specialmente 24 ss.; EAD., *La rilevanza*, cit., 275 ss.

alle concrete modalità di sperimentazione dei nuovi vaccini anti-covid, nonché sui rapporti di collaborazione tra autorità governative e autorità religiose nell'azione di contrasto alla crisi pandemica.

2. Vaccini anti-Covid e conformità alle regole alimentari religiose.

Con riguardo alla somministrazione dei vaccini, una delle problematiche inerenti al fattore religioso ha riguardato innanzitutto la discussione relativa alla loro composizione ⁽¹¹⁾.

Così come di frequente avviene nella preparazione farmacologica, anche i vaccini possono contenere, difatti, derivati di origine animale quali, in particolare, il sangue bovino oppure la gelatina di maiale, utilizzata come stabilizzante al fine di assicurarne l'efficacia durante lo stoccaggio e il trasporto. In conseguenza del possibile utilizzo di simili elementi, si è posta la necessità di verificare la conformità dei sieri vaccinali a quelle prescrizioni alimentari religiose, specificamente islamiche ⁽¹²⁾ ed ebraiche ⁽¹³⁾, che vietano l'assunzione di carne suina e dei suoi derivati ⁽¹⁴⁾ o come quelle proprie della tradizione religiosa induista, che vietano l'assunzione di derivati bovini ⁽¹⁵⁾. L'eventuale constatazione della presenza di simili sostanze all'interno dei vaccini avrebbe potuto infatti rappresentare un grosso ostacolo al completamento delle operazioni di vaccinazione di massa, che si sono rivelate, sinora, l'unica effettiva arma di

⁽¹¹⁾ Oltre alla contrarietà degli elementi contenuti nei vaccini con i precetti alimentari religiosi, per alcune comunità di fede è la vaccinazione stessa ad essere rifiutata in quanto alterazione dell'ordine naturale voluto per ognuno da un disegno trascendente. Sul punto, cfr. M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 7 del 2020, 44 ss. e bibliografia *ivi* citata.

⁽¹²⁾ Sul tema si rinvia a L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, in AA. VV., *Cibo e religione: diritto e diritti*, a cura di A. G. Chizzoniti, M. Tallacchini, Tricase 2010, 63 ss.; A. FUCCILLO, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Torino 2015.

⁽¹³⁾ Sulle prescrizioni alimentari di carattere religioso nell'ebraismo, cfr. S. DAZZETTI, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, in AA. VV., *Cibo e religioni. Diritto e diritti*, cit., 87 ss.; C. MILANI, *Il cibo nell'ebraismo*, in P. BRANCA, C. MILANI, C. PARAVATI, *Buono e giusto. Il cibo secondo Ebraismo, Cristianesimo e Islam*, Milano, 2015.

⁽¹⁴⁾ Per una sintetica rassegna delle posizioni assunte da alcune confessioni religiose nei confronti dei rimedi vaccinali si rinvia a M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie*, cit., 41 ss. e specialmente 44-49, in cui, peraltro, si sottolinea la tendenziale contrarietà ad ogni tipologia di vaccino dei gruppi più conservatori *Amish*, che rifiutano ogni forma di modernità, compreso l'impiego di vaccini e farmaci, pur non essendo la pratica vaccinale esplicitamente vietata dalla confessione di appartenenza, e soprattutto della religione giainista, in ottemperanza al dovere, previsto per ogni adepto, di non nuocere ad alcun essere vivente, compresi batteri e virus.

⁽¹⁵⁾ In merito, cfr. A. PELISSERO, *Assiologia dell'alimentazione nell'hinduismo*, in *Daimon. Annuario di Diritto comparato delle religioni, Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, Numero Speciale 2014, 67-80.

contenimento del contagio del *virus* e delle sue successive varianti. Proprio allo scopo di scongiurare una scarsa partecipazione per motivi religiosi dei fedeli islamici o ebraici alle campagne vaccinali le case farmaceutiche produttrici dei vaccini, *Pfizer*, *Moderna* e *Astrazeneca*, nonché *Sinovac Biotech*, hanno in più occasioni sottolineato l'assenza di sostanze di derivazione suina per la produzione dei loro vaccini ⁽¹⁶⁾.

In ordine alla conformità o meno dei sieri vaccinali alle prescrizioni fideistiche, la posizione delle autorità religiose islamiche ed ebraiche si è rivelata diversificata. L'interpretazione maggiormente condivisa tra i diversi rabbinati, infatti, afferma che il vaccino, pur contenendo derivati non *kosher*, possa essere comunque somministrato nel rispetto della precettistica *halachica* che gli ebrei sono tenuti ad osservare, sia perché l'assunzione avviene con inoculazione per via cutanea e non per via orale ⁽¹⁷⁾, sia per l'assenza di valide alternative ai rimedi vaccinali al fine di contrastare l'emergenza pandemica e il rischio di notevoli perdite di vite umane.

Più controversa è stata la posizione delle diverse autorità religiose islamiche, soprattutto con riguardo al possibile impiego del siero vaccinale cinese prodotto dalla *Sinovac Biotech*, che è stato ritenuto *haram*, ovvero non conforme alle norme *sharaitiche*, dall'organizzazione islamica indiana *Raza Academy*.

Al fine di fugare ogni dubbio sulla possibile presenza di derivati suini nei sieri vaccinali, la *Raza Academy* aveva, in precedenza, richiesto all'*Organizzazione Mondiale per la Sanità* l'elenco degli ingredienti contenuti nei vaccini sviluppati in tutto il mondo, senza tuttavia ricevere adeguato riscontro ⁽¹⁸⁾. A seguito della convocazione a Mumbai di un apposito *Consiglio degli Ulema*, la stessa organizzazione islamica ha emanato una *fatwa* il 24 dicembre 2020 con cui ha affermato la non conformità alle prescrizioni islamiche del siero *Sinovac* ⁽¹⁹⁾.

Analoghe difficoltà nell'accertamento della conformità del siero prodotto dalla *Sinovac Biotech* alle prescrizioni *sharaitiche* si sono registrate nella gestione della campagna vaccinale in Indonesia. Per fronteggiare il notevole incremento dei contagi, difatti, il governo indonesiano aveva pianificato la possibilità di ricorrere

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. BULTRINI, *Covid, il vaccino haram che divide il mondo musulmano*, in *Repubblica*, 7 gennaio 2021.

⁽¹⁷⁾ Sull'approccio *halachico* al vaccino anti-Covid 19, cfr. D. GOLINKIN, *Does halakhah require vaccination against dangerous diseases such as measles, rubella, polio and Covid-19?*, consultabile all'indirizzo: <https://www.rabbinicalassembly.org>; S. GALPER GROSSMAN, S. GROSSMAN, *Halakha Approaches the COVID-19 Vaccine*, in *Tradition*, Ottobre 2020, consultabile all'indirizzo: <https://traditiononline.org>.

⁽¹⁸⁾ Cfr. R. BULTRINI, *Covid, il vaccino haram che divide il mondo musulmano*, cit.

⁽¹⁹⁾ La *fatwa*, infatti, sottolineava la possibile presenza di derivati di origine suina all'interno dei vaccini prodotti dalla *Sinovac Biotech*, concludendo per la non conformità del farmaco ai precetti islamici. Per approfondimenti si rinvia a M. SHAIKH, *Mumbai ulemas say no to Chinese vaccine with pork gelatin*, consultabile al link <https://www.indiatoday.in/coronavirus-outbreak/story/mumbai-ulemas-say-no-to-chinese-vaccine-with-pork-gelatin-1752593-2020-12-24>.

ai diversi vaccini anti-covid in commercio, con l'obiettivo di addivenire ad una rapida immunizzazione della propria popolazione, che si compone di oltre duecento milioni di fedeli musulmani. Il piano di vaccinazione prevedeva anche il ricorso a tre milioni di dosi fornite dalla azienda cinese *Sinovac Biotech*, peraltro disponibile sul mercato in notevoli quantità già prima della definitiva approvazione dei vaccini occidentali, rispetto al quale, anche nel contesto indonesiano, forti erano le perplessità sulla conformità alle regole *sharaitiche* della sua composizione. Le autorità indonesiane hanno ritenuto opportuno, in vista di una più convinta e massiccia adesione alle vaccinazioni da parte dei fedeli islamici⁽²⁰⁾, che si facesse precedere l'approvazione definitiva del farmaco dal rilascio di un ulteriore parere del *Consiglio degli Ulema indonesiani*, al fine di poter verificare la conformità del prodotto ai precetti religiosi islamici. Chiamati a pronunciarsi in merito, gli *Ulema* indonesiani, pur ribadendo la competenza dell'*Agenzia del Farmaco Indonesiana (Bpom)* per la definitiva approvazione del prodotto, ammettevano l'utilizzo del vaccino cinese *Sinovac*, definendolo «sacro e *halal*»⁽²¹⁾.

Meno problematica si è rivelata la posizione delle autorità religiose degli Emirati Arabi Uniti. Difatti, con una apposita *fatwa* del 22 dicembre 2020 il *Fatwa Council of the United Arab Emirates*, pur non escludendo la possibile presenza di gelatina di maiale come stabilizzante, ammetteva la somministrazione del vaccino *Sinovac* in considerazione della mancanza di cure alternative e della gravità della minaccia pandemica⁽²²⁾.

Nel mondo islamico, pertanto, si è assistito ad un procedimento di autorizzazione dei sieri vaccinali che si è sviluppato su due piani, sanitario ed etico-religioso, anche attraverso la collaborazione tra autorità religiose e autorità sanitarie. Grazie a questo reciproco impegno il processo di immunizzazione nei Paesi a maggioranza islamica non ha conosciuto battute d'arresto, al punto che gli

⁽²⁰⁾ Basti pensare che nel 2018 gli *Ulema* indonesiani, in un'altra *fatwa*, affermavano la presenza di tracce di sostanze di derivazione suina all'interno dei vaccini contro il morbillo, sebbene ne autorizzassero l'uso per mancanza di alternative. Questa pronuncia determinò un sensibile rallentamento delle relative vaccinazioni. In merito vedasi R. BULTRINI, *Indonesia, le autorità religiose: "Il vaccino anti-morbillo è contro l'Islam. Ma non c'è altra scelta"*, in *Repubblica*, 21 agosto 2018.

⁽²¹⁾ La posizione degli *Ulema* indonesiani è riportata da diversi organi di informazione. Tra gli altri vedasi il seguente url: <https://corrierequotidiano.it/esteri/covid-indonesia-vaccino-cinese-e-compatibile-con-lislam/>.

⁽²²⁾ In questa pronuncia, pur non escludendosi la possibile presenza di gelatina di maiale all'interno del vaccino, se ne giustificava l'uso sottolineandosi la mancanza di alternative esistenti e la gravità della minaccia pandemica. Per approfondimenti vedasi <https://diresom.net/2021/01/15/uae-fatwa-council-covid-vaccine-use-allowed-according-to-islamic-laws-2/>

Emirati Arabi e il Bahrein figurano, insieme ad Israele, ad oggi tra i Paesi a più alto tasso di vaccinazione ⁽²³⁾.

La possibile presenza di derivati animali di origine bovina all'interno dei sieri vaccinali ha rappresentato uno specifico argomento di riflessione altresì nel mondo induista. Anche a fronte delle incertezze sulla composizione dei vaccini, non sono mancati, da parte di alcune comunità monastiche induiste, tentativi di addivenire alla formulazione di cure anti-covid alternative ai rimedi vaccinali e sviluppate proprio attraverso l'impiego di escrementi bovini, animali ritenuti sacri e pertanto con proprietà altamente curative e protettive ⁽²⁴⁾. Per analoghe motivazioni l'organizzazione *no profit* indiana PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals*) ha di recente chiesto alle autorità sanitarie indiane di bloccare l'impiego di siero bovino per la produzione del vaccino *Covaxin* contro il Covid-19 ⁽²⁵⁾. Con specifico riferimento alla situazione indiana va altresì sottolineata la forte azione di contrasto alla campagna di vaccinazione opposta dal partito nazionalista indù ⁽²⁶⁾ che, anche strumentalizzando le credenze religiose induiste, ha scoraggiato l'adesione ai processi di immunizzazione in larghe fasce della popolazione. Tale approccio ha costituito senz'altro una delle maggiori cause dell'attuale grave quadro epidemiologico dell'India, caratterizzato anche da uno scarso avanzamento del piano vaccinale.

Anche nel mondo cristiano si sono registrate posizioni fortemente critiche nei confronti dei vaccini anti-Covid. Si registra, ad esempio, la dura presa di posizione del vescovo Porfirij, vicario del patriarca ortodosso di Mosca Kirill, il quale ha sottolineato il rischio di alterazione del genoma umano creato ad "immagine di Dio" ⁽²⁷⁾ derivante dai vaccini a tecnologia mRNA, rimettendo alla coscienza del singolo fedele l'opportunità o meno di sottoporsi alla vaccinazione. Simili resistenze sono state reiterate anche da alcuni esponenti del clero ortodosso greco ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Anche l'Arabia Saudita ha avviato con decisione una estesa campagna vaccinale, imponendo l'obbligo di vaccinazione a tutti i lavoratori del settore sia pubblico che privato. Cfr. <https://tg24.sky.it/mondo/2021/09/03/paesi-con-obbligo-vaccinale-covid#11>.

⁽²⁴⁾ A. DAVIE, *Indian doctors warn against cow dung as COVID cure*, consultabile all'indirizzo web: <https://www.reuters.com/world/india/indian-doctors-warn-against-cow-dung-covid-cure-2021-05-11>.

⁽²⁵⁾ La notizia è riportata al seguente url: <https://www.nelcuore.org/?p=54502>.

⁽²⁶⁾ In argomento cfr. C. LAPI, *The Hindu Nationalists and the CoViD-19 Emergency*, in AA. VV., *Law, Religion and Covid-19 emergency*, a cura di P. Consorti, Pisa 2020, 137 ss.

⁽²⁷⁾ Il Discorso tenuto dal Patriarca Kirill al Monastero della Trasfigurazione del Salvatore è stato riportato dal portale di informazione Rai News: <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Prelato-ortodosso-vicario-del-patriarca-Kirill-vaccini-danneggiano-immagine-di-Dio-5f3337e7-0812-4184-8120-7bc6e686ae41.html>.

⁽²⁸⁾ In merito si rinvia alle notizie riportate all'indirizzo web: <https://www.ilpost.it/2021/07/27/grecia-preti-no-vax/>. Per una disamina delle soluzioni elaborate dalle Chiese ortodosse per il contrasto alla pandemia nell'Est Europa si rinvia a

Più compatto a favore del ricorso allo strumento vaccinale si è invece dimostrato il mondo protestante ⁽²⁹⁾, che ha partecipato alla sottoscrizione di un documento condiviso tra centoquarantacinque *leaders* religiosi per favorire una equilibrata distribuzione dei vaccini in tutto il mondo. Tale iniziativa, oltre che dal mondo cattolico, è stata sostenuta, tra gli altri, anche dal Dalai Lama ⁽³⁰⁾.

3. Le obiezioni morali sollevate rispetto alla sperimentazione dei vaccini a vettore virale.

A differenza dei vaccini che utilizzano la tecnologia mRNA, dimostratisi anche più facilmente adattabili alle successive varianti del *virus*, i vaccini che utilizzano il vettore virale hanno sollevato ulteriori obiezioni di carattere etico-religioso, in considerazione delle specifiche modalità di realizzazione e sperimentazione cui sono sottoposti.

Come espressamente sottolineato anche dalla *Équipe di Esperti di Bioetica* della *Conferenza Episcopale Polacca* in un apposito documento del 23 dicembre 2020, difatti, i vaccini a vettore virale sono realizzati sulla base di tecniche approntate su linee cellulari derivate da feti umani abortiti volontariamente ⁽³¹⁾. Da qui l'invito della *Conferenza Episcopale Polacca* a non utilizzare, laddove possibile, queste tipologie di vaccini, che senza l'utilizzo dei feti non potrebbero essere prodotti. Analoghe perplessità sono state sollevate dall'arcivescovo di New Orleans, il quale ha invitato la comunità affidata alla sua guida pastorale a preferire la vaccinazione attraverso i sieri elaborati dalle case farmaceutiche a tecnologia mRNA in luogo dei vaccini a vettore virale, come quello prodotto dalla *Johnson & Johnson* ⁽³²⁾. Le

G. CIMBALO, *Ortodossia, pandemia e legislazione degli Stati dell'Est Europa a tutela della salute, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 15, 2021, 19 ss.

⁽²⁹⁾ Emblematica, nel contesto italiano, è la chiara posizione assunta, in favore dei vaccini, dalla *Commissione Bioetica delle Chiese battiste, metodiste e valdesi in Italia*, dal titolo "*La vaccinazione: una scelta responsabile e di cura*", consultabile all'indirizzo *web*: https://www.chiesavaldese.org/documents/vaccini_doc19.pdf.

⁽³⁰⁾ Per approfondimenti cfr. <https://www.voceevangelica.ch/voceevangelica/home/2021/04/Mondo-leader-religiosi-vaccinobene-comune-Covid-19.html>.

⁽³¹⁾ Queste cellule vengono utilizzate nel processo di moltiplicazione del cosiddetto principio attivo del vaccino, ovvero privo di virulenza dell'adenovirus. Il testo del Documento è consultabile al seguente indirizzo *web*: <https://www.acistampa.com/story/i-vescovi-polacchi-mettono-in-luce-le-obiezioni-morali-su-alcuni-vaccini-per-covid-19-16800>

⁽³²⁾ Sul tema, anche per le diverse posizioni della Chiesa statunitense, si rinvia al seguente indirizzo *web*: https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/03/02/cattolici-non-fate-il-vaccino-johnsonjohnson-e-immorale-larcidiocesi-di-new-orleans-avverte-i-fedeli/6119054/?fbclid=IwAR2cdgUiagEi2jjSlkF36jMgItXcWp6NC3ckZh9WgoTdwHSnGtah_FBdp14.

Va inoltre segnalata la posizione decisamente più dura del Vescovo di Tyler (Texas) che ha in più occasioni invitato i fedeli a non assumere alcun vaccino, pubblicando su Twitter uno

medesime riflessioni sono state condivise anche dal vescovo Kevin C. Rhoades di Fort Wayne-South Bend, presidente del Comitato sulla dottrina della Conferenza Episcopale statunitense (USCCB), e dall'arcivescovo Joseph F. Naumann di Kansas City, presidente dell'USCCB *Committee on Pro-Life Activities*, che in un'apposita dichiarazione sottolineavano gli aspetti di dubbia ammissibilità morale del vaccino a vettore virale della *Johnson & Johnson* ⁽³³⁾. In ogni caso, sul punto, la Conferenza Episcopale degli Stati Uniti (USCCB) ha ritenuto, in considerazione dell'emergenza pandemica e della mancanza di alternative ai vaccini per contrastarla, moralmente giustificabile l'inoculazione dei sieri vaccinali anti-covid a vettore virale, in quanto, pur contenendo linee cellulari procedenti da feti abortivi, «la connessione tra un aborto avvenuto decenni fa e un vaccino prodotto oggi è remota» ⁽³⁴⁾.

Al tema, ancor prima dello studio commissionato dai vescovi polacchi, è stata dedicata la *Nota della Congregazione per la Dottrina della Fede sulla moralità dell'uso di alcuni vaccini anti-Covid-19* del 21 dicembre 2020 ⁽³⁵⁾. In particolare, il Documento, con riguardo alla utilizzazione di cellule derivate da feti abortiti non spontaneamente per creare linee cellulari da usare nella ricerca scientifica, rinvia a quanto già segnalato nel 2008 dalla stessa Congregazione nella Istruzione *Dignitas Personae su alcune questioni di bioetica* ⁽³⁶⁾, in cui si individuavano, al n. 35, diversi livelli di responsabilità di “cooperazione al male” nelle condotte di chi

stato in cui affermava che: «Resta il fatto che qualsiasi vaccino disponibile oggi comporta l'utilizzo di bambini uccisi prima ancora che possano nascere». In tema cfr. <https://www.agensir.it/quotidiano/2021/3/3/coronavirus-covid-19-vescovi-statunitensi-dubbi-su-ammissibilita-morale-uso-vaccini-sviluppati-testati-o-prodotti-con-linee-cellulari-derivate-da-aborto/>

⁽³³⁾ La dichiarazione è reperibile on line al seguente indirizzo web: <https://www.usccb.org/news/2021/us-bishop-chairmen-doctrine-and-pro-life-address-use-johnson-johnson-covid-19-vaccine>.

⁽³⁴⁾ Cfr. UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS (USCCB), *Moral Considerations Regarding the New Covid-19 Vaccines*, consultabile all'indirizzo: <https://www.usccb.org/resources/moral-considerations-regarding-new-covid-19-vaccines-1>.

⁽³⁵⁾ La *Nota della Congregazione per la dottrina della Fede* è consultabile al seguente url: https://www.vatican.va/roman_curial/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20201221_nota-vaccini-anticovid_it.html.

⁽³⁶⁾ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istruzione *Dignitas Personae* (8 dicembre 2008), consultabile all'indirizzo web: https://www.vatican.va/roman_curial/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_it.html.

Sul tema, in passato, si è già espressa la PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA, con una *Nota dal titolo “Riflessioni morali circa i vaccini preparati a partire da cellule provenienti da feti umani abortiti”* del 5 giugno 2005 (consultabile all'indirizzo: https://mednat.news/vaccini/produzione_vaccini-da-cellule_feti_umani_abortiti.pdf) e con una *Nota circa l'uso dei vaccini* del 31 luglio 2017 (consultabile all'indirizzo: <http://www.academyforlife.va>).

concretamente contribuiva alle attività di ricerca, a seconda della possibilità di un suo intervento o meno nelle scelte di produzione e sperimentazione ⁽³⁷⁾. Nella *Nota* del dicembre 2020, anche allo scopo di non compromettere l'avvio delle prime campagne vaccinali, la *Congregazione per la Dottrina della Fede* ha sostenuto che l'assunzione di vaccini a vettore virale non può mai tradursi in una cooperazione formale del soggetto alle pratiche abortive, soprattutto laddove l'ordinamento giuridico statale, oltre a non disporre di vaccini a tecnologia mRNA, sottragga alla disponibilità del singolo la scelta del vaccino concretamente somministrabile. Qualora il vaccino somministrabile al soggetto sia proprio uno dei due vaccini a vettore virale, tuttavia, la *Nota*, pur sottolineando l'importanza della vaccinazione nell'ottica del «perseguimento del bene comune» ⁽³⁸⁾, non esclude la legittimità di un rifiuto alla vaccinazione motivato dalle suddette ragioni etiche. A tal fine, la *Nota* aggiunge che nell'ipotesi in cui si intenda esercitare un giustificabile rifiuto alle vaccinazioni, occorre «evitare ogni rischio per la salute di coloro che non possono essere vaccinati per motivi clinici, o di altra natura, e che sono le persone più vulnerabili» ⁽³⁹⁾.

All'intervento della *Congregazione per la Dottrina della Fede* ha fatto seguito la *Nota della Commissione vaticana Covid 19 in collaborazione con la Pontificia Accademia per la Vita "Vaccino per tutti. 20 punti per un mondo più giusto e più sano"* ⁽⁴⁰⁾ che, nel ribadire quanto già affermato nella precedente *Nota* della *Congregazione*, ha rimarcato l'opportunità di un'ampia diffusione dei vaccini anche attraverso una riduzione del loro costo, allo scopo di renderli accessibili ai Paesi sottosviluppati. La definizione del vaccino come prodotto dell'ingegno umano suscettibile di essere considerato un «bene comune» ⁽⁴¹⁾, oltre a giustificare deroghe alle ordinarie forme di tutela della proprietà intellettuale in vista di una

⁽³⁷⁾ In argomento si rinvia al contributo di D. NERI, *Obiezione di coscienza, cooperazione al male e vaccini anti-Covid*, in *The future of Science and Ethics*, 5, 2020, 11 ss.

⁽³⁸⁾ Il passo così recita: «[...] appare evidente alla ragione pratica che la vaccinazione non è, di norma, un obbligo morale e che, perciò, deve essere volontaria. In ogni caso, dal punto di vista etico, la moralità della vaccinazione dipende non soltanto dal dovere di tutela della propria salute, ma anche da quello del perseguimento del bene comune. Bene che, in assenza di altri mezzi per arrestare o anche solo per prevenire l'epidemia, può raccomandare la vaccinazione, specialmente a tutela dei più deboli ed esposti». Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota sulla moralità dell'uso di alcuni vaccini anti-Covid-19*, n. 5, consultabile all'url <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2020/12/21/0681/01591.html>.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ Il testo del 29 dicembre 2020 è consultabile all'indirizzo: <https://press.vatican.va>.

⁽⁴¹⁾ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota della Commissione vaticana Covid 19 in collaborazione con la Pontificia Accademia per la Vita "Vaccino per tutti. 20 punti per un mondo più giusto e più sano"*, cit., n. 7, secondo cui: «Data la sua funzione è, però, molto opportuno interpretare il vaccino come un bene a cui tutti abbiano accesso, senza discriminazioni, secondo il principio della destinazione universale dei beni».

sua più ampia diffusione e distribuzione, costituisce una definitiva presa di posizione a favore di tale strumento, ritenuto l'unica arma in grado di contrastare il dilagare della pandemia da Covid-19.

4. La somministrazione dei vaccini ai fedeli islamici durante il Ramadan.

La fase di maggiore accelerazione delle campagne vaccinali, nella primavera del 2021, è coincisa con il *Ramadan* che, come noto, costituisce per i fedeli islamici un mese sacro di preghiera e, soprattutto, di digiuno, che deve protrarsi ininterrottamente dall'alba al tramonto. Nell'arco della giornata, salvo alcune eccezioni, il fedele musulmano deve infatti astenersi da qualsiasi assunzione di alimenti, sia solidi che liquidi.

Qualora la somministrazione dei vaccini fosse stata ritenuta una forma di alimentazione essa avrebbe comportato un arresto della campagna vaccinale nei Paesi a maggioranza musulmana, ovvero, con riguardo agli ordinamenti europei, un'alta percentuale di rinuncia alle vaccinazioni da parte dei fedeli islamici.

A differenza della diversità di posizioni registrate in ambito confessionale in relazione alla conformità dei vaccini alle regole alimentari religiose e alla loro moralità rispetto alle specifiche modalità di sperimentazione, la risposta concernente la compatibilità della somministrazione dei vaccini durante il *Ramadan* è stata invece pressoché unanime. Difatti, sulla scia delle scelte adottate dalle autorità governative di dare seguito ai programmi di vaccinazione anche durante il mese sacro, le autorità religiose islamiche hanno negato che la somministrazione del siero potesse rappresentare una forma di alimentazione suscettibile di interrompere il digiuno.

Pertanto, ad esempio, sebbene il governo britannico avesse dato la propria disponibilità a garantire le vaccinazioni dei fedeli musulmani nel periodo di Ramadan durante gli orari notturni ⁽⁴²⁾, con un messaggio congiunto i principali *leaders* delle comunità islamiche del Regno Unito confermavano la possibilità di vaccinarsi, anche di giorno, durante il periodo di digiuno ⁽⁴³⁾. In merito, sullo specifico tema, è intervenuta anche l'autorevole dichiarazione della Commissione delle *fatāwa* dell'Università di Al-Azhar del Cairo, che ha ammesso le vaccinazioni durante il mese sacro, affermando che «i vaccini agiscono iniettando parte del codice genetico del virus nel corpo per stimolare il sistema immunitario e non sono né cibo né bevanda» ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. l'indirizzo: <https://www.agensir.it/quotidiano/2021/3/1/regno-unito-durante-il-ramadan-possibilita-per-i-musulmani-di-vaccinarsi-di-notte-campagna-informativa-in-13-lingue/>

⁽⁴³⁾ La notizia è riportata da diverse testate giornalistiche internazionali e italiane, tra cui S. VERRAZZO, *Coronavirus. Al-Azhar: «Vaccinarsi non è violare il Ramadan»*, in *Avvenire*, 14 aprile 2021.

⁽⁴⁴⁾ *Ivi*. Vedasi inoltre anche il seguente url: <https://egyptindependent.com/coronavirus-vaccine-will-not-break-ramadan-fast-al-azhar>.

Alla dichiarazione della Commissione delle *fatāwa* dell'Università di Al-Azhar del Cairo, ha fatto seguito anche la scelta delle autorità saudite di consentire il Pellegrinaggio alla Mecca soltanto ai pellegrini immunizzati o in possesso di certificato vaccinale ⁽⁴⁵⁾. La decisione dell'Arabia Saudita ha senz'altro rappresentato un importante incentivo per il completamento dei cicli di vaccinazione, anche durante il periodo di Ramadan.

Anche in questa occasione le autorità religiose hanno dimostrato una notevole elasticità nella valutazione degli aspetti di potenziale conflitto tra precetti confessionali e strumenti di contrasto alla diffusione del virus. In tal modo, hanno offerto un contributo efficace non solo ai fini dell'osservanza delle misure di contenimento del contagio - che spesso hanno richiesto l'adozione, anche nel mondo musulmano, di generalizzate misure di chiusura dei luoghi di culto e di sospensione dei riti ⁽⁴⁶⁾ - ma anche all'avvio di una massiccia campagna di vaccinazione.

5. Le vaccinazioni obbligatorie e il diritto all'obiezione di coscienza per motivi religiosi nell'ordinamento italiano.

La collaborazione tra autorità civili e autorità religiose islamiche e la valutazione della conformità dei vaccini alle regole *sharaitiche* sono stati alcuni dei principali fattori che hanno portato alla previsione - in alcuni Paesi a maggioranza musulmana, su tutti l'Indonesia - di un precipuo obbligo di vaccinazione anti-covid, con il raggiungimento di significativi tassi di immunizzazione della popolazione.

A differenza di altre esperienze, nell'ordinamento italiano la politica vaccinale contro il virus SARS-CoV-2 è stata invece improntata ad un sistema misto che, accanto alla vaccinazione raccomandata e volontaria, ha imposto la vaccinazione obbligatoria soltanto per alcune categorie di lavoratori ⁽⁴⁷⁾. Infatti, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, l'art. 4, comma 1, D. L. n. 44 del 1 aprile 2021, convertito in L. n. 76 del 2021 ha difatti imposto l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 al personale che opera nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private,

⁽⁴⁵⁾ La notizia è riportata in: https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/mediooriente/2021/06/12/si-arabia-saudita-a-pellegrinaggio-mecca-cittadini-vaccinati_3186d9e0-9a66-4b3f-9eb7-361677f44b40.html.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. C. GAGLIARDI, *The Covid-19 pandemic in Muslim countries*, in AA. VV., *Law, religion and the spread of Covid-19 pandemic*, cit., Pisa 2020, 81 ss. (<https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/11/law-religion-and-the-spread-of-covid-19-pandemic.pdf>).

⁽⁴⁷⁾ In merito, cfr. S. SCALA, *Le vaccinazioni nell'Unione Europea tra la tutela del diritto alla salute e libertà di coscienza*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2015, 299 ss.

nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali medici ⁽⁴⁸⁾. Tale obbligo vaccinale ha riproposto alcuni aspetti di possibile conflittualità con i valori della coscienza che erano già stati evidenziati in precedenza ⁽⁴⁹⁾, sebbene la giurisprudenza costituzionale italiana ⁽⁵⁰⁾ e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ⁽⁵¹⁾ abbiano mostrato particolare cautela nel riconoscere la legittimità di un rifiuto per motivi di coscienza all'obbligo vaccinale ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ L'art. 4 della L. 28 maggio 2021, n. 76, di conversione, con modificazioni, del D. L. 1° aprile 2021, n. 44, *recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici* (GU Serie Generale n.128 del 31-05-2021), impone l'obbligo vaccinale per «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2». Difatti, per tali categorie «la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati». La portata della disposizione, tuttavia, non prevede dettagliatamente le categorie riguardate dall'obbligo vaccinale. In merito si considerino anche le problematiche poste dall'estensione dell'obbligo vaccinale agli studenti tirocinanti dei Corsi di Laurea infermieristica, che, in caso di rifiuto, sono sospesi dal tirocinio.

⁽⁴⁹⁾ Così D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, cit., 135.

⁽⁵⁰⁾ Vedasi da ultimo la sentenza della Corte Costituzionale italiana del 18 gennaio 2018, n. 5, consultabile al seguente url: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=5>

⁽⁵¹⁾ Da una disamina delle più recenti pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo può constatarsi una decisa cautela nel riconoscere nuove forme di obiezione di coscienza, soprattutto in ambito vaccinale a differenza delle aperture registrate negli anni precedenti in materia di obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio (vedasi, ad esempio, la sentenza della Grand Chambre, *Bayatyan et al. v. Armenia* del 7 luglio 2011). Tra le pronunce in ambito vaccinale assume notevole interesse la sentenza della CEDU sul caso *Solomaikhin v. Ukraine* del 15 marzo 2012, che ha disconosciuto la configurabilità di un diritto all'obiezione di coscienza rispetto alle vaccinazioni obbligatorie. Sul punto cfr. Cfr. S. SCALA, *Le vaccinazioni nell'Unione Europea tra la tutela del diritto alla salute e libertà di coscienza*, cit., 308-312. Anche la recente decisione dell'8 aprile 2021 sul caso *Vavricka et al. c. The Czech Republic* conferma il precedente orientamento. La pronuncia è consultabile al seguente indirizzo web: http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/CASE_OF_VAVRICKA_AND_OTHERS_v._THE_CZECH_REPUBLIC.pdf.

⁽⁵²⁾ Cfr. M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, cit., 65, secondo cui: «[...] l'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie appare oggi poco giustificabile in generale e in particolare nell'ordinamento italiano».

Sul punto, nondimeno, vanno sottolineati alcuni profili relativi all'incidenza del rispetto dei precetti fideistici o valori di natura religiosa sulla programmazione del piano vaccinale.

Una prima ipotesi può essere individuata nell'eventuale coincidenza della somministrazione del vaccino al personale sanitario di fede ebraica nel giorno del sabato. In tal caso, sarà sufficiente richiedere un rinvio della convocazione per motivi religiosi, al fine di consentire il rispetto del precetto di osservare lo *Shabbat*.

In relazione, invece, al possibile rifiuto di ricevere dosi di vaccino a vettore virale - anche in considerazione dei dubbi etici sollevati, rispetto a questa tipologia di sieri, dalla Nota della *Congregazione della Dottrina per la Fede* del dicembre 2020 - va segnalato che per il personale medico-sanitario, almeno in Italia, è stata prevista la somministrazione di vaccini a tecnologia mRNA, che, come già anticipato, non presentano problematiche di carattere etico relativamente all'utilizzo di linee cellulari derivanti da feti abortiti non spontaneamente.

Allo stato, pertanto, non appaiono contemplabili fattispecie idonee a giustificare un rifiuto alle vaccinazioni obbligatorie per motivi religiosi.

6. La collaborazione tra autorità civili e confessioni religiose nella concreta attuazione delle campagne vaccinali.

Oltre che nell'osservanza delle misure governative di contenimento del contagio e all'adozione di iniziative dirette ad alleviare le conseguenze economiche della crisi pandemica ⁽⁵³⁾, le confessioni religiose hanno offerto un concreto contributo anche nelle fasi iniziali delle campagne di vaccinazione, che ha conosciuto momenti di notevoli difficoltà organizzative, sia per il difficoltoso approvvigionamento delle dosi, sia per l'individuazione di appropriati *hub* vaccinali.

Anche la "seconda fase" di gestione della pandemia ha rappresentato, pertanto, un terreno su cui si è dispiegato lo sforzo condiviso tra autorità istituzionali e comunità religiose per la tutela della salute pubblica.

Con specifico riferimento all'Italia, il ritardo organizzativo nella programmazione delle operazioni di vaccinazione avrebbe potuto compromettere il buon andamento delle procedure di immunizzazione senza un supporto delle confessioni religiose. In particolare, per quanto riguarda la Chiesa cattolica, si segnala la disponibilità all'uso di oratori e spazi parrocchiali per la somministrazione vaccinale dichiarata dalla *Conferenza Episcopale Italiana* ⁽⁵⁴⁾, a cui

⁽⁵³⁾ In argomento cfr. AA. VV., *Law, Religion and Covid-19 emergency*, cit.

⁽⁵⁴⁾ Il contenuto del *Comunicato* della Conferenza Episcopale Italiana è riportato da <https://www.avvenire.it/attualita/pagine/bassetti-un-nuovo-contributo-di-carit>. Per una panoramica delle esperienze registrate su tutto il territorio nazionale si rinvia a GELSOMINO DEL GUERCIO, *Da Torino alla Sicilia: parrocchie e oratori sono diventati centri per i vaccini*, in *Aleteia.it*, 9 aprile 2021, consultabile all'url: <https://it.aleteia.org/2021/04/09/viaggio-tra-le-parrocchie-che-sono-diventate-centri-per-i-vaccini/amp/>.

ha fatto seguito il ricorso, sempre più frequente, a strumenti di bilateralità diffusa⁽⁵⁵⁾, tra cui si segnala il protocollo d'intesa stipulato tra la Regione Siciliana e la Conferenza episcopale siciliana, con cui è stata prevista la somministrazione di vaccini in oltre cinquecento parrocchie dell'isola ⁽⁵⁶⁾.

Anche rispetto alla necessità di dare impulso e continuità alla campagna vaccinale il contributo della Chiesa cattolica si è posto come una immediata esplicazione del principio di collaborazione con le autorità politiche e sanitarie ed è risultato particolarmente utile per superare le comprensibili difficoltà, anche di carattere pratico-organizzativo, generate da una emergenza sanitaria senza precedenti. Di tal guisa, le iniziative adottate in concreto dalla Chiesa cattolica a sostegno delle operazioni di immunizzazione hanno rappresentato una ulteriore rilevante esplicazione dell'impegno concordatario alla reciproca collaborazione con lo Stato per il bene del Paese, di cui all'art. 1 degli Accordi di Villa Madama.

Con la netta presa di posizione da parte del Magistero cattolico a favore dei vaccini come principale arma contro la pandemia, la Chiesa cattolica ha altresì offerto un ulteriore apporto per impedire che ogni possibile ambiguità nei confronti dei rimedi vaccinali - come sostenuta dal mondo *no vax*, talvolta radicato anche negli ambienti cattolici più conservatori - potesse compromettere il processo di graduale immunizzazione di gran parte della popolazione. In tal modo, l'adesione alla campagna vaccinale ha potuto assumere il valore di una delle possibili forme attraverso cui il singolo fedele ha la possibilità di contribuire alla costruzione del bene comune di fronte alla minaccia pandemica.

Il supporto alle campagne di vaccinazione, oltre ad una costruttiva occasione di dialogo tra autorità istituzionali e confessioni religiose, ha rappresentato anche un importante momento di confronto tra le diverse religioni, tradottosi, in alcuni casi, anche nell'adozione di concrete iniziative a sostegno delle immunizzazioni. Significativa in tal senso è stata la lettera pubblicata in Francia sul quotidiano *Le Figaro* del 22 luglio 2021 a firma del pastore François Clavairoly, presidente della Federazione protestante di Francia, di Haïm Korsia, rabbino capo di Francia, e di Mohamed Moussaoui, presidente del Consiglio francese del culto

⁽⁵⁵⁾ Con specifico riguardo ai nuovi strumenti di concertazione amministrativa adottati durante la crisi pandemica tra Stato, Regioni e confessioni religiose si rinvia a G. CASUSCELLI, *Gli effetti "secondari" (ma non troppo) della pandemia sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoechiase.it>), 8, 2021, 1 ss., specialmente 9 ss. In merito alle forme attraverso cui si esplica il principio di bilateralità diffusa nell'ordinamento italiano vedasi inoltre F. FRENI, *I "nuovi accordi" Stato-confessioni in Italia tra bilateralità necessaria e diffusa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoechiase.it>), 15, 2020, 19 ss., M. D'ARIENZO, *L'Intesa. Verso il concorso*, in *Il Regno-Attualità*, 2, 2021, 21 ss.

⁽⁵⁶⁾ La stipula del protocollo d'Intesa tra l'Assessorato alla Sanità della Regione Siciliana e la Conferenza Episcopale Siciliana è riportata anche sul sito della Conferenza Episcopale Siciliana, al seguente url: <https://www.chiesedisicilia.org/2021/03/30/giornata-straordinaria-di-vaccinazioni-anticovid-nelle-parrocchie>.

musulmano, con cui i *leaders* religiosi, invocando l'applicazione del concetto di fraternità, hanno invitato i rispettivi fedeli a sottoporsi responsabilmente alle vaccinazioni per proteggere i fratelli più deboli ⁽⁵⁷⁾.

La minaccia pandemica, proprio in nome dei valori condivisi di responsabilità e fraternità, in ultima analisi ha rappresentato un ulteriore stimolo per addivenire alla costruzione di un dialogo interreligioso, ma soprattutto ha reso evidente il ruolo delle religioni nella costruzione di un tessuto sociale improntato alla solidarietà, quale declinazione concreta del principio di collaborazione con i poteri pubblici e di partecipazione attiva alla realizzazione del bene comune collettivo.

BIBLIOGRAFIA

BALSAMO F., TARANTINO D. (eds.), *Law, religion and the spread of Covid-19 pandemic*, Pisa 2020.

BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino 1994.

BOTTI F., *Svizzera e Italia: soluzioni di triage e medicina intensiva a confronto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 3 del 2021, 21 ss.

P. BRANCA, MILANI C., PARAVATI C., *Buono e giusto. Il cibo secondo Ebraismo, Cristianesimo e Islam*, Milano 2015.

CATERINI M, MULEO S., *La giustizia al tempo del coronavirus*, Pisa 2020.

CEMBRANI F., CEMBRANI G., *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, SEEd, Torino 2016.

CHIEFFI L. (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, II, Milano 2021.

CHIZZONITI A.G., TALLACCHINI M. (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Tricase 2010, p. 63 ss.

CONSORTI P. (ed.), *Law, Religion and Covid-19 emergency*, Pisa 2020.

⁽⁵⁷⁾ In argomento cfr. <https://riforma.it/it/articolo/2021/07/26/i-leader-protestanti-ebrei-e-musulmani-francesi-invitano-alla-vaccinazione>.

Anche Papa Francesco, in un videomessaggio alle popolazioni dell'America Latina del 18 agosto 2021, ha sottolineato che la vaccinazione costituisca un «atto d'amore». In merito cfr. RICCARDO MACCIONI, *Coronavirus. Responsabilità, amore, fraternità: sui vaccini le parole chiare del Papa*, in *Avvenire*, 4 settembre 2021.

- CONSORTI P., *Religions and virus*, in *www.diresom.net*, 9 marzo 2020.
- CONSORTI P., *Emergenza e libertà religiosa in Italia davanti alla paura della Covid-19*, in *Revista General de Derecho Canónico Y Derecho Eclesiástico del Estado*, 54, 2020, p. 1 ss.
- DALLA TORRE G., *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993.
- D'ANGELO G., PASQUALI CERIOI J., *L'emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettivi) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 19, 2021, p. 26 ss.
- D'ARIENZO M., *La rilevanza dei valori etico-religiosi nella gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, II, a cura di L. Chieffi, Milano 2021, 261 ss.
- D'ARIENZO M., *Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 22 del 2020, 12 ss.
- DAZZETTI S., *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, in *Cibo e religioni. Diritto e diritti*, a cura di A.G. Chizzoniti, M. Tallacchini, Tricase 2010, 87 ss.
- DELLA GIUSTINA C., *Il problema della vulnerabilità nelle Raccomandazioni SIAARTI e nelle linee guida SIAARTI-SIMLA*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 9 del 2021, 1 ss.
- DI COSIMO G., *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in *La libertà di coscienza*, a cura di G. Di Cosimo, A. Pugiotto, S. Sicardi, Napoli 2015, 26 ss.
- FRENI F., *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano 2000.
- FUCCILLO A., *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Torino 2015
- GALPER GROSSMAN S., GROSSMAN S., *Halakha Approaches the COVID-19 Vaccine*, in *Tradition*, Ottobre 2020, consultabile all'indirizzo: <https://traditiononline.org>.
- LAPI C., *The Hindu Nationalists and the CoViD-19 Emergency*, in P. CONSORTI (ed.), *Law, Religion and Covid-19 emergency*, Pisa 2020, 137 ss.
- LO GIACCO M.L., *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 7, 2020, 44 ss.
- MATERNINI M.F., SCOPEL L., *La bioetica e le confessioni religiose*, Trieste, 2013.
- MILANI D., ATICHETGHI D. (a cura di), *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino 2016.
- NERI D., *Obiezione di coscienza, cooperazione al male e vaccini anti-Covid*, in *The future of Science and Ethics*, 5, 2020, 11 ss.

PALAZZANI L., *La pandemia Covid 19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, Special Issue, 1-2020, 359 ss.

PELISSERO A., *Assiologia dell'alimentazione nell'hinduismo*, in *Daimon. Annuario di Diritto comparato delle religioni, Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, Numero Speciale 2014, pp. 67-80.

SCALA S., *Le vaccinazioni nell'Unione Europea tra la tutela del diritto alla salute e libertà di coscienza*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2015, p. 299 ss.

TURCHI V., *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli 2009



Quale futuro per la regolazione alimentare?

What Future for Food Regulation?

MARGHERITA RAMAJOLI

Professore Ordinario di Diritto amministrativo

Università degli studi di Milano

margherita.ramajoli@unimi.it

ABSTRACT

Il saggio si propone di esaminare le nuove sfide della regolazione alimentare intrattenendosi sulla necessità, che un “sistema alimentare sostenibile” richiede, di superare la prospettiva di *food safety*, orientata a garantire la sicurezza igienico sanitaria degli alimenti, e di abbracciare anche quella di *food security*, tesa ad assicurare a tutti una quantità di cibo sufficiente e a prezzi ragionevoli. Dopo aver illustrato i caratteri della regolazione alimentare, l’Autrice mette in luce il contributo fornito dalla giurisprudenza nell’elaborare il fondamentale “principio di precauzione” e la rilevanza del *Green Deal* proposto dalla Commissione europea al fine di conseguire il fondamentale obiettivo della sostenibilità alimentare.

Parole chiave: Regolazione alimentare; principio di precauzione; *governance*; *green deal*.



DOI: 10.54103/milanlawreview/17392

MILAN LAW REVIEW, Vol. 2, No. 2, 2021
ISSN 2724 - 3273

The essay aims to examine the new challenges of food regulation, focusing on the need to move beyond the food safety perspective, which aims to ensure the safety of food hygiene, and to adopt the food security perspective, which aims to ensure that everyone has enough food at reasonable prices. After outlining the characteristics of food regulation, the author highlights the contribution of case law to the development of the fundamental "precautionary principle" and the importance of the Green Deal proposed by the European Commission to achieve the fundamental objective of food sustainability.

Keywords: Food regulation; Precautionary principle; Governance, Green Deal.

Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Quale futuro per la regolazione alimentare?

SOMMARIO: 1. I caratteri della regolazione alimentare – 2. L’approccio giudiziario al principio di precauzione in materia alimentare – 3. *Green Deal* e sostenibilità alimentare.

1. I caratteri della regolazione alimentare.

Nel 1905 Federico Cammeo sottolineava come il diritto da sempre si sia interessato a cibi e bevande, ricordando che nelle Repubbliche dell’antica Grecia ad alcuni magistrati venne affidato il compito di curare la sicurezza alimentare ¹.

Ora però non siamo più né ai tempi dell’antica Grecia e neppure ai tempi in cui scriveva Cammeo. Molto è cambiato, specie in tempi recenti, per quanto riguarda sia le finalità, sia l’oggetto, sia le fonti della regolazione alimentare, e ancor più cambierà in ragione della crisi pandemica.

Per l’essere umano il cibo assume un importante significato antropologico, culturale, sociale ed emotivo. Tante sono le aspettative rivolte al diritto: si reclamano norme per fermare o per lo meno per controllare l’importazione di alimenti non ritenuti sicuri; si chiedono disposizioni per mantenere l’equilibrio ecologico; si domandano misure a garanzia delle produzioni locali, anche per salvaguardare comunità rurali a rischio di marginalizzazione; si invocano regole per informare i consumatori sulle qualità e sulle caratteristiche dei prodotti alimentari, grazie all’emergere di una cultura attenta alla tutela degli interessi consumeristici.

Per rispondere a tutte queste richieste si è passati in materia alimentare da una semplice ottica igienico-sanitaria a un approccio organico-integrale ². Lo spartiacque normativo di questa trasformazione è segnato dal regolamento Ce n. 178 del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l’Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, e dal successivo cd. pacchetto igiene, formato dai regolamenti Ce n. 852/2004, sull’igiene dei prodotti alimentari, n. 853/2004, sull’igiene degli alimenti di origine animale, n. 854/2004, sull’organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano, n. 882/2004, sui controlli ufficiali su mangimi, alimenti e benessere animale.

¹ F. Cammeo, *Sanità pubblica*, in V. E. Orlando (a cura), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1905, parte II, vol. IV, 213 ss., 217.

² Su questa trasformazione cfr. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 113 ss.

In base alla nuova impostazione la disciplina normativa allarga i suoi obiettivi, non più limitati alla tutela della salute, ma comprensivi anche delle ragioni del libero mercato, dell'agricoltura, dell'uso dei suoli, dell'ambiente, nonché della sicurezza dei lavoratori ³.

All'ampliamento di fini istituzionali della regolazione alimentare si accompagna un'espansione del campo di intervento normativo: l'attenzione si focalizza ora su tutta la filiera alimentare, dalla produzione alla trasformazione, dal trasporto alla commercializzazione, per abbracciare ogni altro possibile aspetto avente un'incidenza, anche indiretta, in materia.

L'ambiente regolatorio risulta complesso, specie nella fase dell'implementazione, visto che i livelli di disciplina sono necessariamente anche sovranazionali.

Più precisamente, è lo stesso oggetto della regolazione, e cioè il settore alimentare, a presentare una valenza extranazionale. Ciò per molteplici ragioni, che vanno dal carattere mondiale della circolazione dei prodotti alimentari al fatto che la catena alimentare non sempre nasce e termina entro i singoli confini nazionali. A sua volta il carattere sovranazionale del settore fa sì che i problemi che il diritto sia chiamato a risolvere presentino parimenti dimensioni sovranazionali. Tutto questo inevitabilmente spinge la funzione di regolazione oltre i confini dello Stato ⁴.

Motore della disciplina non è quasi mai il legislatore nazionale, bensì il diritto sovranazionale nelle sue diverse declinazioni. Se nell'attuale assetto istituzionale le fonti normative sono molteplici e differenziate ⁵, molteplicità e differenziazione sono particolarmente percepibili in materia alimentare.

Il sistema delle regole applicate in materia di cibo e acqua presenta natura composita. Accanto alle tradizionali disposizioni di legge, statali e regionali, vi sono soprattutto normative europee, che convivono con norme pattizie internazionali, ma anche con norme di natura privata, che assumono la forma di standard e accordi contrattuali, percepiti come vincolanti da gruppi, più o meno ampi, di soggetti ⁶.

³ Sui tanti interessi in gioco in materia cfr. G. Pericu, *La disciplina pubblicistica dei prodotti alimentari*, in *Scritti scelti*, Milano, 2009, 351 ss., spec. 372 ss.

⁴ Su tale fenomeno cfr. M. Ferrari e U. Izzo, *Diritto alimentare comparato*, Bologna, 2012, 27 ss.

⁵ A. Morrone, *Fonti normative*, Bologna, 2018, *passim*.

⁶ Una elencazione analitica delle fonti nazionali, europee e internazionali in materia alimentare si trova in L. Costato, P. Borghi, S. Rizzioli, V. Paganizza, L. Salvi, *Compendio di diritto alimentare*, Milano, 2017; F. Albisinni, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2017; A. Vitale, *Manuale di legislazione alimentare*, Milano, 2018. La disciplina normativa è comunque sempre in continua evoluzione, basti pensare alla recente legge 21 maggio 2021, n. 71, di conversione, con modificazioni, del d.l. 22 marzo 2021, n. 42, recante misure urgenti sulla disciplina sanzionatorio in materia di sicurezza alimentare.

La complessità a livello di fonti si traduce inevitabilmente in complessità a livello di *governance*, con una compresenza di autorità titolari del potere regolatorio: gli Stati nazionali, le Regioni, la Commissione europea, l'Autorità europea per la sicurezza alimentare⁷, l'Organizzazione mondiale del commercio⁸ e la *Codex Alimentarius Commission*⁹.

Non è agevole tracciare un chiaro riparto di competenze in materia tra i differenti livelli di *governance* coinvolti.

Da un lato, la mancanza di confini netti investe i rapporti tra Stato e Regioni. Infatti, mentre inizialmente la materia "alimentazione" spettava all'esclusiva competenza legislativa statale, la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione ha inserito la materia tra quelle di potestà legislativa concorrente, con tutto il carico di conflittualità che ciò comporta (art. 117, co. 3, Cost.)¹⁰.

Dall'altro lato, pure la distribuzione delle competenze tra Unione europea e Stati membri è ancora imperfetta, in quanto non sufficientemente rispondente al principio di sussidiarietà e tale da non consentire la soddisfazione di tutti gli interessi in gioco. Non solo. Se l'interesse di cui è portatrice l'Unione europea dovrebbe costituire la faticosa e non definitiva sintesi degli interessi dei singoli Stati membri, a questo interesse di composizione si contrappone a sua volta l'interesse dell'Organizzazione mondiale del commercio, che, nel caso della materia alimentare, s'identifica essenzialmente con l'interesse privato dei produttori di organismi geneticamente modificati, come il contenzioso in materia sta a testimoniare¹¹.

Sullo sfondo vi è un ulteriore fattore di complessità regolatoria: in materia la giurisprudenza di Corti sovranazionali, prima tra tutte quella della Corte di giustizia, è molto creativa e, ancor prima, interventista, avendo saputo ricavare ampi spazi di manovra per l'Unione europea dagli originari angusti fondamenti di legittimazione relativi alle materie dell'agricoltura e della zootecnia.

Infatti, secondo una dialettica tipica e costante del diritto dell'Unione, la costruzione concreta del mercato comune europeo si deve inizialmente non tanto

⁷ Come è noto, l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA) è un'agenzia indipendente dell'Unione europea, con il compito di comunicare i rischi associati alla catena alimentare, e i membri del suo consiglio di amministrazione sono nominati dal Consiglio dell'Unione, in consultazione con il Parlamento europeo, e non rappresentano alcun governo, organizzazione o settore (<http://www.efsa.europa.eu>).

⁸ A. Ligustro, *Diritto al cibo e sovranità alimentare nella prospettiva dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019, 393 ss.

⁹ Su tale organismo cfr. D. Bevilacqua, *The Codex Alimentarius Commission and its Influence on European and National Food Policy*, in *European Food and Feed Law Review*, 1, 2006.

¹⁰ G.A. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare. organizzazione, regolazione e controlli*, in *Dir. amm.*, 2019, 617 ss., spec. 620 ss.

¹¹ Sul punto cfr. V. Ranaldi, *Il confronto tra Stati membri ed Unione europea in materia di Ogm nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2014, 1011 ss.

all'opera del legislatore, quanto piuttosto all'emanazione di sentenze direttamente applicative dei principi di libertà di circolazione, nella specie di cibi e bevande. Si allude qui a due note sentenze della Corte di giustizia: alla decisione *Dassonville* in materia di importazione di whisky, la quale stabilì che ogni normativa commerciale degli Stati membri idonea ad ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari dovesse essere considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative e come tale vietata dal diritto comunitario¹²; e alla sentenza *Cassis de Dijon* (liquore alla frutta), con la quale la Corte di giustizia incluse all'interno delle misure equivalenti alle restrizioni quantitative anche le misure applicabili sia ai prodotti nazionali, sia ai prodotti esteri e introdusse così il principio del mutuo riconoscimento, in base al quale uno Stato membro non può vietare la commercializzazione sul proprio territorio di un prodotto fabbricato legittimamente in un altro Stato membro¹³.

Dunque, è il giudice a farsi inizialmente carico dell'interesse originario alla base della regolazione europea del settore alimentare, interesse che è di tipo economico e coincide con la creazione e promozione del mercato comune. Ciò avviene in virtù del principio del mutuo riconoscimento, con la conseguenza che ogni prodotto alimentare legalmente fabbricato e posto in vendita in uno Stato membro deve essere, in linea di massima, ammesso sul mercato degli altri Stati membri. Successivamente le ragioni europee della regolazione alimentare si arricchiscono grazie all'emergere di una cultura attenta alla protezione dei consumatori, sempre fatta emergere in via pretoria con la sentenza *Cassis de Dijon* e in questa logica la materia alimentare partecipa della generale tendenza volta a reclamare interventi pubblici sempre più estesi in ragione della crescita di domande e aspettative dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri.

In definitiva, risulta centrale il peso assunto in materia di regolazione alimentare dal diritto pretorio, che si spinge ad effettuare delicati bilanciamenti, con il rischio – come si avrà modo di sottolineare – di sostituirsi alle decisioni assunte dai pubblici poteri¹⁴.

Nel processo di ampliamento dei fini istituzionali e di contestuale allargamento del campo d'intervento normativo cambia anche il ruolo del diritto pubblico in materia alimentare.

Originariamente la disciplina alimentare possedeva un'impostazione repressivo-sanzionatoria, caratterizzata da sanzioni penali, o, tutt'al più, da responsabilità civile. Il ruolo del diritto pubblico era servente e ancillare, in quanto prevalentemente limitato allo svolgimento di poteri ispettivi.

¹² Corte di Giustizia, 11 luglio 1974, C-8/74, *Dassonville*, specie punto 5.

¹³ Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, specie punto 14.

¹⁴ In tema ci si permette di rinviare a M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir.amm.*, 2015, 657 ss.

Ora invece si assiste a un impiego massiccio di quasi tutte le misure pubblicistiche: programmazioni e pianificazioni, atti abilitativi in senso lato (generali e non), controlli, sanzioni e, più in generale, ogni tecnica tipica della *direct regulation* e della *regulation by information* ¹⁵.

Lo strumentario utilizzato subisce l'influenza del diritto dell'Unione europea: mentre in passato la disciplina nazionale italiana contemplava unicamente prescrizioni rigide *ex ante* ¹⁶, il diritto europeo introduce anche controlli *ex post* sui prodotti, nonché forme di autocontrollo incentrate sull'autocertificazione dei produttori, abbracciando la logica della responsabilizzazione dei privati. Precisa, infatti, il Considerando 13 del regolamento Ce n. 178, che la legislazione dell'Unione in materia di filiera agroalimentare "si basa sul principio secondo cui gli operatori sono responsabili, in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione che sono sotto il loro controllo, di assicurare il rispetto di tutte le prescrizioni pertinenti alle loro attività stabilite dalla legislazione dell'Unione in materia di filiera agroalimentare" ¹⁷.

La regolazione pubblicistica è di tipo sia successivo, sia preventivo, in una visione non antagonista, bensì di reciproca integrazione.

La regolazione di tipo preventivo-anticipatorio è incentrata sul processo di analisi del rischio, a sua volta articolato nelle fasi della valutazione, gestione e comunicazione dello stesso (artt. 3 e 6 del Regolamento). Mentre la valutazione e la comunicazione del rischio spettano all'Efsa, la concreta gestione del rischio è attribuita alla Commissione, fermo restando comunque la difficoltà di tracciare un confine netto tra scelte fondate su mere valutazioni tecniche e scelte discrezionali, o, se si preferisce, tra valutazione del rischio e gestione del medesimo ¹⁸.

Il riparto di competenze in base al quale un'agenzia indipendente valuta il rischio, mentre alla Commissione spetta il compito di gestire il rischio stesso non contraddistingue solo il settore alimentare, ma si riscontra anche in quello chimico e in quello farmaceutico. Sono note le ragioni alla base di siffatta scelta di tipo organizzatorio: attribuire a un soggetto non responsabile politicamente, quale è l'EFSA, un potere di scelta altamente discrezionale non è in linea con i caratteri degli ordinamenti democratici, dal momento che le agenzie non traggono la loro

¹⁵ In generale, per un catalogo del variegato strumentario regolatorio cfr. S. Breyer, *Regulation and its Reform*, Cambridge, Mass., 1982.

¹⁶ Infatti, la legge 30 aprile 1962, n. 283, si articolava attraverso le fasi di autorizzazione preventiva e normalizzatrice dei locali e di controllo successivo sul prodotto.

¹⁷ Già prima del regolamento Ce n. 178, e precisamente nella Direttiva 93/43/CEE sull'igiene dei prodotti alimentari, centrale era il ruolo dell'operatore del settore, responsabile dell'igiene nella propria impresa alimentare.

¹⁸ Sul tema cfr. N. Bassi, J. Ziller (a cura di), *La formazione procedimentale della conoscenza scientifica ufficiale. Il caso dell'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA)*, Torino, 2017; M. P. Genesin, *La dialettica pubblico-privato nel sistema della sicurezza alimentare. La tutela della salute tra liberalizzazione temperata e precauzione*, Torino, 2020.

legittimazione in via politico-rappresentativa, ma unicamente dal loro sapere tecnico¹⁹.

2. L'approccio giudiziario al principio di precauzione in materia alimentare.

La regolazione anticipatoria utilizza non solo il principio di prevenzione, che si basa su un accertamento stringente e rigoroso del rischio, ma si carica di significato inedito in virtù del principio di precauzione. Quest'ultimo consente di adottare misure provvisorie di gestione del rischio senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità dei rischi asseriti, a condizione che tali misure provvisorie siano non discriminatorie, obiettive e proporzionate²⁰.

Si tratta di un principio d'origine giurisprudenziale: anche se esso inizia a emergere già nella Germania degli anni Trenta del secolo scorso, la più forte spinta alla sua diffusione è dovuta all'applicazione fattane dalla Corte suprema statunitense nel 1980 con riferimento all'uso del benzene²¹. È stato osservato che il principio di precauzione assolve una funzione legittimante consentendo l'adozione di misure altrimenti non ammesse in settori privi di certezze

¹⁹ Sul tema cfr., se si vuole, M. Ramajoli, *Regulation by information: diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 201 ss.; cfr. altresì D. Bevilacqua, *Regolazione sovranazionale e tutela degli interessi diffusi: garanzie procedurali e vincoli tecnico-scientifici*, *ivi*, 2017, 227 ss.

²⁰ Sul principio di precauzione esiste oramai una sterminata letteratura, tra cui cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, 3 ss.; M. Allena, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 411 ss.; con particolare riguardo alla materia alimentare, M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006; F. Follieri, *Decisioni precauzionali e Stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1495 ss. Ricorda F. De Leonardis, *op. cit.*, 3, che nel 1854 a Londra fu flagellata dal colera e l'amministrazione sanitaria intervenne per cercare di limitare il diffondersi dell'epidemia. Dato che un fisico dell'epoca aveva ipotizzato che il propagarsi della malattia potesse dipendere dal consumo di acqua di una determinata fonte, l'amministrazione decise di vietare l'uso di quel punto di approvvigionamento. Quasi immediatamente i casi di colera diminuirono e la malattia fu debellata. In base alle conoscenze dell'epoca la decisione avrebbe potuto essere considerata illegittima, visto che la scienza riteneva che il colera si propagasse solo per via aerea, ma essa venne adottata "per mera cautela" ed è considerata una delle prime attuazioni concrete del principio di precauzione.

²¹ Si fa riferimento qui ad *Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 656 (consultabile in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/607/>). Su questa decisione cfr. N. de Sadeleer, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, 2002, 157 ss.

scientifiche e la decisione amministrativa che ne fa applicazione si caratterizza per un viluppo inestricabile tra elemento politico ed elemento tecnico ²².

Nato in materia ambientale (ora art. 191, par. 2, TFUE) il principio è solennemente affermato dal Regolamento Ce n. 178, per quanto riguarda la materia alimentare. Più precisamente, quest'ultimo testo normativo prevede sì il principio di precauzione in materia alimentare, ma al tempo stesso attribuisce alle autorità un margine di discrezionalità nel decidere se applicarlo o meno. Recita infatti l'art. 7, comma 1, del Regolamento che, qualora venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute, ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, "possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio" necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute perseguito dall'Unione europea, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio.

Ne risulta che, a differenza di quanto si riscontra negli altri ambiti d'azione amministrativa ²³, il principio di precauzione non presenta carattere cogente in materia alimentare, dovendo essere sempre bilanciato con altri interessi, primi tra tutti quelli di tipo economico legati alla circolazione delle merci e all'innovazione tecnologica.

Tuttavia, al di là del testuale dettato normativo meramente facoltizzante, il principio di precauzione di recente tende ad affermarsi nel campo alimentare con decisione sempre maggiore e in maniera trasversale. Ciò – ancora una volta – grazie all'opera della giurisprudenza, sia europea sia nazionale. Due esempi, tra i tanti, sono emblematici della sua centralità.

La direttiva 2001/18/CE regola l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e la loro immissione in commercio all'interno dell'Unione. In particolare, gli organismi oggetto della direttiva devono essere autorizzati a seguito di una valutazione di rischio ambientale e sono soggetti a obblighi di tracciabilità, etichettatura e monitoraggio. La direttiva espressamente esclude dal suo campo di applicazione gli organismi ottenuti con alcune tecniche di modificazione genetica, come la mutagenesi, i quali conseguentemente sono esenti dagli obblighi ivi stabiliti (art. 3, paragrafo 1, della direttiva).

Però, nel 2018 la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi pregiudizialmente sull'interpretazione della direttiva in questione, ha stabilito che sono soggetti alla direttiva stessa proprio in virtù del principio di precauzione i prodotti ottenuti da tecniche di mutagenesi, espressamente esclusi – come appena

²² C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 259-260 e 270.

²³ Sul carattere cogente del principio di precauzione, specie in materia ambientale, cfr. M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 69 ss.; F. De Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 91 ss.; B. Marchetti, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 206 ss.

sottolineato – dalla direttiva sugli OGM, la quale riferiva solo ai prodotti ricavati da tecniche di transgenesi.

Secondo il giudice eurounitario, la disposizione relativa alle esenzioni “non può essere interpretata nel senso di escludere dall’ambito di applicazione della ... direttiva organismi ottenuti mediante nuove tecniche o nuovi metodi di mutagenesi, che sono emersi o si sono principalmente sviluppati dopo l’adozione della direttiva in parola”. Per giungere a questa conclusione la Corte di giustizia invoca il principio di precauzione, in quanto servente la tutela della salute umana e dell’ambiente. Infatti, dal momento che i rischi per l’ambiente o la salute umana legati all’impiego di nuove tecniche o nuovi metodi di mutagenesi potrebbero essere simili a quelli risultanti dalla produzione e dalla diffusione di OGM tramite transgenesi, un’interpretazione della deroga “che escludesse dall’ambito di applicazione di tale direttiva gli organismi ottenuti mediante tecniche o metodi di mutagenesi, senza alcuna distinzione, pregiudicherebbe l’obiettivo di tutela perseguito dalla direttiva in parola e violerebbe il principio di precauzione che essa mira ad attuare”²⁴.

Tale giurisprudenza rischia di arrogarsi il compito di fornire non “un’interpretazione della direttiva OGM”, bensì “una riscrittura giudiziaria della stessa”, fissando l’ambito d’applicazione della deroga in contrasto con la sua formulazione letterale e, quindi, cercando di inserire in via giudiziaria categorie che chiaramente non sono previste dalla normativa stessa. Conseguenza non in linea con il principio della separazione dei poteri dello Stato. Infatti, come icasticamente evidenziato dall’Avvocato generale della causa in esame, “il ruolo della Corte è intrinsecamente limitato: non è di certo sua competenza confrontare e valutare argomenti scientifici. Questo è compito del legislatore o dell’organo esecutivo dell’Unione”²⁵.

Torna prepotente il tema cui sopra si è fatto cenno, relativo al non facile rapporto tra regolatore e giudice. Qui però non viene in rilievo la tradizionale questione dell’auspicabile o meno grado di deferenza del giudice nei confronti delle valutazioni tecniche di organismi indipendenti, essendo punto fermo della giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, almeno a livello di affermazioni di principio, che il giudice non ha il potere di sostituire la propria valutazione di fatti complessi a quella dell’amministrazione, la quale gode di un ampio potere discrezionale, anche se tale limite non incide sul dovere del giudice di verificare

²⁴ Corte di giustizia, 25 luglio 2018, C-528/16, *Confédération paysanne c/ Ministre de l’Agriculture, de l’Agroalimentaire et de la Forêt*, specialmente punti 51-53. Su questa decisione cfr. F. Albinetti, *Scienze della vita, produzione agricola e lawmakers: una relazione incerta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 729 ss.

²⁵ Conclusioni dell’Avvocato Generale Michal Bobek, presentate il 18 gennaio 2018, in C-528/16, punto 149. Per una discussione dettagliata della giurisprudenza europea sul principio di precauzione cfr. J. L. da Cruz Vilaça, *The Precautionary Principle in EC Law*, in *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Hart Publishing, 2014, 321 ss.

l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza ²⁶.

In questa specifica sede emerge invece il diverso – anche se limitrofo – tema dei connotati dell'interpretazione giudiziale dei testi normativi, in bilico tra l'essere "originalista", oppure "dinamica" ²⁷. Quale che sia la posizione che si intende assumere relativamente a questo problema costituzionale in senso lato, resta il fatto che il giudice in ogni caso non ha mai il potere di riscrivere le disposizioni di un testo giuridico contro la loro formulazione (*contra legem*), in nome di un principio generale (nello specifico, quello di precauzione). Infatti, all'evoluzione del contesto di riferimento sono chiamati a fornire una risposta solo gli organi politicamente responsabili, in sede di modifiche normative.

Anche un secondo esempio giurisprudenziale – questa volta nazionale – aiuta a comprendere come il principio di precauzione sia in grado sempre più di plasmare la disciplina alimentare.

La giurisprudenza recente della Corte di Cassazione ha esteso il campo di applicazione del principio di precauzione, imponendone l'osservanza anche agli operatori del settore alimentare nei loro rapporti negoziali interpretati e in particolare nei rapporti di fornitura.

Prova ne è una vicenda giudiziaria trascinatasi nel tempo che è stata attivata da un'azienda conserviera. Essa era intesa a ottenere una tutela risarcitoria per danni correlati al commercio di prodotti alimentari contaminati da sostanze vietate, dal momento che i suoi prodotti a base di peperoncino rosso contenevano un colorante cancerogeno. La Cassazione, da un lato, ha ritenuto l'azienda fornitrice del peperoncino responsabile del danno cagionato all'operatore i cui prodotti sono risultati contaminati; dall'altro lato, però, ha ravvisato un concorso di colpa dell'azienda conserviera, la quale aveva ommesso di effettuare controlli a campione sulla merce acquistata.

Questo risultato è ottenuto facendo leva su argomentazioni di tipo sia privatistico sia pubblicistico. Oltre che sul dovere di cooperazione gravante su ciascun contraente nell'interesse comune alla corretta esecuzione del contratto (art. 1227, comma 2, c.c.) e sull'ordinaria diligenza, la Cassazione ricava l'obbligo di ripetizioni delle analisi in capo all'acquirente da un'interpretazione forte del principio di precauzione, che impone all'operatore del settore alimentare di "adottare misure proporzionate in funzione delle caratteristiche del prodotto e della sua destinazione al consumo umano, verificando, attraverso controlli a campione, che il componente acquistato risponda ai requisiti di sicurezza previsti

²⁶ In generale sulla tematica cfr. B. Marchetti, *Il sistema integrato di tutela*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 197 ss., spec. 226 ss.

²⁷ Su questo tema – immenso – ci si limita a rinviare a G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.

e non contenga additivi vietati e pericolosi, prima di ulteriormente impiegarlo quale parte o ingrediente nella preparazione di un alimento finale”²⁸.

Il giudice fa dunque leva espressa sul principio di precauzione²⁹ – che a rigore non è contemplato nella disciplina dei rapporti negoziali tra privati – per introdurre nuovi obblighi di sicurezza che si traducono in accertamenti analitici tradizionalmente ritenuti di spettanza del venditore, allo scopo di garantire la sicurezza del prodotto alimentare. La dottrina ha sottolineato la portata dirompente di questa giurisprudenza, che, nel silenzio del legislatore, ammantava di tratti spiccatamente pubblicistici anche il sistema di responsabilità civile, in una logica precauzionale³⁰.

3. *Green Deal* e sostenibilità alimentare.

Come si sottolineava in apertura non siamo più all’epoca dell’antica Grecia. Stiamo entrando in una nuova era della regolazione alimentare. La crisi pandemica ha messo in luce la nostra vulnerabilità e la necessità di ripristinare l’equilibrio tra essere umano e natura. In questo contesto di grande transizione una pietra angolare del *Green Deal* europeo è costituita dalla strategia “Dal produttore al consumatore” (*From Farm to Fork*), fondata sui legami inscindibili tra persone sane, società sane e pianeta sano³¹.

Infatti, come precisato dalla Commissione europea, la pandemia “ha sottolineato l’importanza di un sistema alimentare solido e resiliente”, “che funzioni in qualsiasi circostanza e che sia in grado di assicurare ai cittadini un approvvigionamento sufficiente di alimenti a prezzi accessibili”. Anzi, “l’attuale pandemia è solo un esempio: l’aumento della frequenza di siccità, inondazioni, incendi boschivi e nuovi organismi nocivi ci ricordano costantemente che il nostro sistema alimentare è minacciato e deve diventare più sostenibile e resiliente”³².

²⁸ Cass. civ., 10 luglio 2014, n. 15824; (ord.) 27 novembre 2018, n. 30620.

²⁹ Anche se in realtà il richiamo fatto al principio di precauzione si giustifica in ragione non dell’incertezza scientifica, come di regola avviene, bensì dell’esigenza di garantire un elevato livello di tutela della salute; così M. Ferrari, *Private standards, uncertainty and liability. The Sudan 1 saga*, in *Riv. dir. aliment.*, 4/2017, 59 ss.

³⁰ G. Vaccaro, *Il principio di precauzione e la responsabilità delle imprese nella filiera alimentare*, in *Riv. dir. aliment.*, 4/2015, 52 ss.; E. Rook Basile, *Sicurezza e responsabilità nella filiera alimentare*, in *Contratto impr.*, 2017, 432 ss.; M.P. Genesin, *Obblighi di sicurezza, principio di precauzione e responsabilità dell’operatore del settore alimentare alla luce dei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 317 ss.

³¹ Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell’ambiente*, del 20 maggio 2020, Com (2020) 381 final (https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/farm-fork_en).

³² Commissione europea, *Comunicazione*, cit. paragrafo 1 (Necessità di intervenire).

Un “sistema alimentare sostenibile” comporta il passaggio da una prospettiva meramente di *food safety*, attenta alla sicurezza igienico sanitaria degli alimenti, a una prospettiva che abbracci anche la *food security*, intesa a garantire a tutti gli esseri umani, a prezzi ragionevoli, una quantità di cibo sufficiente per permetterne la sopravvivenza, in maniera tale che a nessuno debba mancare il cibo quotidiano³³.

Del resto, i numeri sono agghiaccianti: 33 milioni di persone all’interno dell’Unione europea non possono permettersi un pasto di qualità ogni due giorni e l’assistenza alimentare è essenziale per parte della popolazione in molti Stati membri³⁴.

Il combinarsi di *food safety* e *food security* proposto nella strategia per un nuovo sistema alimentare europeo comporta conseguenze anche a livello teorico: da un lato, la tradizionale distinzione tra regolazione sociale e politiche sociali sfuma; dall’altro, l’armamentario della regolazione alimentare si arricchisce ulteriormente. Senza poi dimenticare il fatto che la sostenibilità dei sistemi alimentari è una questione ovviamente non solo europea, bensì mondiale. In questa logica l’Unione europea potrà rivestire un ruolo determinante nella definizione degli standard globali proprio in virtù della strategia in questione, con una regolazione alimentare idonea ad assumere un ruolo pivotale.

In secondo luogo, la cd. legge europea sul clima fissa l’obiettivo di un’Unione climaticamente neutra nel 2050³⁵. I sistemi alimentari sono tra le principali cause dei cambiamenti climatici e del degrado ambientale, che appunto il *Green Deal* intende combattere. Di qui la necessità di ridurre la dipendenza dai pesticidi e il ricorso eccessivo ai fertilizzanti, di potenziare l’agricoltura biologica, di migliorare il benessere degli animali e d’invertire la perdita di biodiversità, alla ricerca di un non facile punto equilibrio tra la tutela della salute e della sicurezza e le esigenze economiche e di incentivo allo sviluppo tecnologico.

Entro la fine del 2023 la Commissione formulerà una proposta legislativa quadro per un sistema alimentare sostenibile, in cui tutti gli attori della filiera alimentare saranno chiamati a fare la loro parte: dagli agricoltori e pescatori ai trasformatori alimentari, dai dettaglianti agli operatori dei servizi di ristorazione, per finire con i consumatori, che dovranno mantenere un atteggiamento più frugale e responsabile.

Infatti la transizione verso sistemi alimentari sostenibili richiede un approccio collettivo tale da coinvolgere i soggetti pubblici a tutti i livelli di *governance*, gli attori del settore privato lungo tutta la catena del valore alimentare,

³³ In tema, se si vuole, M. Ramajoli, *Dalla “food safety” alla “food security” e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 271 ss.

³⁴ Dati tratti da Eurostat, EU SILC, 2018 (https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc_mdcs03&lang=en).

³⁵ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima) [COM(2020)80 final, 2020/0036 (COD)].

le organizzazioni non governative, i cittadini, ma anche i rappresentanti del mondo accademico.

Per la regolazione alimentare nuove sfide si affacciano all'orizzonte.

Bibliografia

Ferdinando Albisinni, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2017

Ferdinando Albisinni, *Scienze della vita, produzione agricola e lawmakers: una relazione incerta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 729 ss.

Miriam Allena, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 411 ss.

Gaetano Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007

Nicola Bassi, Jacques Ziller (a cura di), *La formazione procedimentale della conoscenza scientifica ufficiale. Il caso dell'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA)*, Torino, 2017

Dario Bevilacqua, *The Codex Alimentarius Commission and its Influence on European and National Food Policy*, in *European Food and Feed Law Review*, 1, 2006

Dario Bevilacqua, *Regolazione sovranazionale e tutela degli interessi diffusi: garanzie procedurali e vincoli tecnico-scientifici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 227 ss.

Stephen Breyer, *Regulation and its Reform*, Cambridge, Mass., 1982

Federico Cammeo, *Sanità pubblica*, in V. E. Orlando (a cura), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1905, parte II, vol. IV, 213 ss.

Sabino Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003

Luigi Costato, Paolo Borghi, Sebastiano Rizzoli, Valeria Paganizza, Laura Salvi, *Compendio di diritto alimentare*, Milano, 2017; F. Albisinni, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2017

José Luís da Cruz Vilaça, *The Precautionary Principle in EC Law*, in *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Hart Publishing, 2014, 321 ss.

Francesco De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005

Francesco De Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 91 ss.

- Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, 2002
- Matteo Ferrari, *Private standards, uncertainty and liability. The Sudan 1 saga*, in *Riv. dir. aliment.*, 4/2017, 59 ss.
- Matteo Ferrari e Umberto Izzo, *Diritto alimentare comparato*, Bologna, 2012
- Francesco Follieri, *Decisioni precauzionali e Stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1495 ss.
- Maria Pia Genesin, *Obblighi di sicurezza, principio di precauzione e responsabilità dell'operatore del settore alimentare alla luce dei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 317 ss.
- Maria Pia Genesin, *La dialettica pubblico-privato nel sistema della sicurezza alimentare. La tutela della salute tra liberalizzazione temperata e precauzione*, Torino, 2020
- Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993
- Aldo Ligustro, *Diritto al cibo e sovranità alimentare nella prospettiva dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019, 393 ss.
- Barbara Marchetti, *Il sistema integrato di tutela*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 197 ss.
- Barbara Marchetti, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 206 ss.
- Andrea Morrone, *Fonti normative*, Bologna, 2018
- Giuseppe Pericu, *La disciplina pubblicistica dei prodotti alimentari*, in *Scritti scelti*, Milano, 2009
- Giuseppe Andrea Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare. organizzazione, regolazione e controlli*, in *Dir. amm.*, 2019, 617 ss.
- Margherita Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir.amm.*, 2015, 657 ss.
- Margherita Ramajoli, *Dalla "food safety" alla "food security" e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 271 ss.
- Margherita Ramajoli, *Regulation by information: diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 201 ss.
- Valentina Ranaldi, *Il confronto tra Stati membri ed Unione europea in materia di Ogm nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2014, 1011 ss.
- Mauro Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 69 ss.
- Eva Rook Basile, *Sicurezza e responsabilità nella filiera alimentare*, in *Contratto impr.*, 2017, 432 ss.

Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980

Matteo Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006

Giovanni Vaccaro, *Il principio di precauzione e la responsabilità delle imprese nella filiera alimentare*, in *Riv. dir. aliment.*, 4/2015, 52 ss.

Cristina Videtta, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008

Andrea Vitale, *Manuale di legislazione alimentare*, Milano, 2018



Down Syndrome Legislation in the U.S. and Italy: A Comparison

FRANCESCA GOTTARDI, ESQ.

Ph.D. Candidate

University of Cincinnati, School of Public and International Affairs

gottarfa@mail.uc.edu

ABSTRACT

How do we guarantee dignity and quality of life to individuals with Down syndrome? If a family cannot commit to granting a dignified life, or if there are other health concerns at issue, how do we balance the right of the mother, parents, and unborn child? This article offers a comparative perspective of the disability legal framework in the U.S. and Italy, focusing on Down syndrome. In Italy, healthcare is public and universal, while in the United States healthcare is mostly privatized. In this context, in the U.S. people with mental and physical disabilities are particularly vulnerable due to the high costs of healthcare, stigma, and the need for additional advocacy. This work compares the Americans with Disabilities Act (ADA) in the U.S., the *Legge 104/1992* in Italy, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) internationally. Numerous policy considerations impact the lives of individuals with Down syndrome, from conception to delivery, and from early childhood throughout development. There is a controversial legal



DOI: 10.54103/milanlawreview/17393

MILAN LAW REVIEW, Vol. 2, No. 2, 2021
ISSN 2724 - 3273

debate concerning abortion if the fetus has an identified genetic abnormality. Additionally, once individuals with Down syndrome are born, how does the legal framework support these children and their families? Law and policy regarding access to care make a big difference in the quality of life of people with Down syndrome. At first glance, the standpoint of protecting and supporting a child with Down syndrome, and that of protecting the parents' right to terminate a pregnancy, might seem antithetical. However, they are, in fact, part of the same (difficult) conversation. By adopting a person-centered approach, paired with a relationship-centered care approach, we can pursue the holistic and humanistic ideals that our society aspires to achieve.

Keywords: International Law; International Human Rights; Disability Law; Comparative Law; Italian Law; American Law; Down Syndrome

This paper has been subjected to double-blind peer review

Down Syndrome Legislation in the U.S. and Italy: A Comparison

SUMMARY: 1. Introduction – 1.1. Research Methods and Design – 2. Law and Policies Concerning Down Syndrome Across the Lifespan – 2.1. Defining Down Syndrome – 2.2. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Role of the United Nations – 2.2.1. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Steps Ahead – 2.3. The Americans with Disabilities Act (ADA) and Down Syndrome – 2.3.1. The Americans with Disabilities Act: Steps Ahead – 2.4. Disability Law in Italy: The *Legge 104/1992* – 3. Conception to Delivery and Pregnancy Termination: A Contested Legal Issue – 3.1. Reproductive Rights in The United States – 3.1.1. Ohio: The Ohio House Bill 214 – 3.1.2. Texas: Senate Bill 8 – 3.1.3. Mississippi: The Gestational Age Act – 3.2. Italy: Law n.194/1978 – 4. Early Childhood and Development – 4.1. The United States and Italy: Cost and Access to Care – 5. Conclusive Remarks: Proposals Going Forward.

1. Introduction

This work stems from my experience as a law practitioner in two different countries, the United States and Italy, with two different legal systems, the common law and the civil law system. Coming from the European reality, where healthcare is public and accessible for everyone, I struggled to understand the U.S. system, especially how a significant part of the population is *de facto* excluded due to high costs. In this context, people with mental and physical disabilities are particularly vulnerable, not only because of the costs involved, but also due to the presence of stigma and need for additional advocacy.

This article offers a comparative perspective of the disability law framework in the United States and Italy, focusing on Down syndrome. My interest in this topic results from my experience spending four summers working with two twins with Down syndrome and the bond I developed with them. I wish for them to be treated with the dignity inherent to human beings by professionals equipped to provide for their best interests.

This work also stems from my interest in looking at how parents of children who have Down syndrome cope and their thoughts and perspectives about access to abortion if the fetus has Down syndrome. At first glance, the standpoint of protecting a child with Down syndrome, and that of protecting the parents' right to pursue abortion, might seem antithetical. However, I think they are, in fact, part

of the same (difficult) conversation. How do we guarantee dignity and quality of life to individuals with Down syndrome? If families cannot commit to granting such life, or if there are other health concerns at issue, how do we balance the right of the mother, parents, and unborn child? This article addresses these questions by examining the current policy and legal frameworks in the U.S. and in Italy.

1.1 Research Methods and Design

This paper addresses relevant legal and policy issues impacting a person with Down syndrome, from conception through childhood and development. I examine the legal and policy framework in Europe and specifically in Italy, versus in the United States and particularly in Ohio (with mentions to Texas and Mississippi). These are localities that well represent the country or Union in which they are embedded.

I start by giving an overview of the international and domestic legal framework pertaining to Down syndrome. I then move on to address the conception-to-delivery timeframe, which presents a contested legal issue, specifically regarding termination of pregnancy when the fetus has Down syndrome. Then, I discuss early childhood and development, focusing on how the U.S. and Italy assist families with children with Down syndrome, particularly on access to care. Finally, in my conclusive remarks, I highlight the main challenges ahead and suggest areas for future research.

As for the methods, I rely on primary sources, such as policy and legislation, and secondary sources, such as relevant scholarly articles. With over 6,000 new births involving a child with Down syndrome a year in the United States alone, this is a common syndrome and disability. Down syndrome has been thoroughly studied and discussed in legal and public policy arenas worldwide, allowing for a good availability of primary and secondary sources to work with. With this paper, I intend to offer a comparative perspective at the intersection of law and policy where – contrary to my expectations – there is a notable lack of literature available. In small part, I draw from my personal experience of assisting two children with Down syndrome. Finally, a brief note on language. In this work, I use the expression Down syndrome instead of Down's syndrome because it is the National Down syndrome Society (NDSS) preferred language.¹

¹ *NDSS Preferred Language Guide*, NATIONAL DOWN SYNDROME SOCIETY, 'NDSS-Preferred-Language-Guide-2020-2.Pdf' <<https://www.ndss.org/wp-content/uploads/2020/11/NDSS-Preferred-Language-Guide-2020-2.pdf>> accessed 1 January 2022.

2. Law and Policies Concerning Down Syndrome Across the Life Span

Numerous laws and policy considerations impact the lives of individuals with Down syndrome across their life span. This work compares and contrasts the Americans with Disabilities Act (ADA) in the U.S., the *Legge 104/1992* in Italy, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) internationally, starting from the very definition of Down syndrome.

2.1. Defining Down Syndrome

Down syndrome is described by the Mayo Clinic as a genetic condition involving chromosome 21 which causes developmental and intellectual delays.² There is significant heterogeneity in how this syndrome impacts an individual. Common features include impairments in cognitive ability and physical growth, mild to moderate developmental disabilities, and a higher risk for heart defects as well as certain problems with the gastrointestinal system.³ Protruding tongue, poor muscle tone, and excessive flexibility are often present.⁴ Further, individuals with Down syndrome may develop various secondary complications, which tend to worsen with age, such as eye and vision problems, immune disorders, sleep apnea, obesity, spinal issues, leukemia, and early-onset dementia.⁵

Down syndrome is the most common genetic chromosomal disorder.⁶ In the United States, there are 3.8 million births a year, and over 6,000 of these newborns have Down syndrome.⁷ This means that Down syndrome occurs in about 1 in every 633 babies.⁸ In the European Union (E.U.), there are 5.2 million births a year, 104,000 of those (2.5 percent) carry congenital anomalies, and 8,320 of those congenital anomalies (8 percent) are Down syndrome.⁹ This means that

² 'Down Syndrome - Symptoms and Causes' (*Mayo Clinic*)

<<https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/down-syndrome/symptoms-causes/syc-20355977>> accessed 1 January 2022.

³ CDC, 'Data and Statistics on Down Syndrome | CDC' (*Centers for Disease Control and Prevention*, 4 December 2019)

<<https://www.cdc.gov/ncbddd/birthdefects/downsyndrome/data.html>> accessed 1 January 2022.

⁴ *ibid.*

⁵ 'Down Syndrome - Symptoms and Causes' (n 2).

⁶ *ibid.*

⁷ CDC (n 3).

⁸ *ibid.*

⁹ Bruno Cattaneo, 'Down Syndrome in Europe – Has the Disorder Epidemiology Changed over the Last Quarter-Century?' (*EU Science Hub - European Commission*, 21 March 2019) <<https://ec.europa.eu/jrc/en/news/down-syndrome-europe-has-disorder-epidemiology-changed-over-last-quarter-century>> accessed 1 January 2022.

Down syndrome occurs in approximately 1 in every 625 newborns in Europe, which is comparable to that of the U.S. (1 in 633).

2.2. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Role of the United Nations

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and its Optional Protocol are the first comprehensive human rights treaty to advance the rights and dignity of people with disabilities worldwide.¹⁰ They were adopted on 13 December 2006 at the United Nations Headquarters in New York and entered into force on 3 May 2008.¹¹ The CRPD was subsequently opened for signature on 30 March 2007. There were 82 signatories to the Convention, which is the highest number of signatories to a U.N. Convention on its opening day.¹² This speaks to how deeply the need for a convention aimed at protecting the rights of people with disabilities was felt worldwide. The streak of disability law-oriented legislation started in the nineties by addressing the need for protecting people with mental illness. In 1991, the United Nations General Assembly adopted the 46/119 resolution, titled “The Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care.”¹³

As of today, 164 states signed the CRPD, and 182 ratified it.¹⁴ The reason why the number of states that ratified the Convention is larger than those that signed is that some states ratified the CRPD directly, without taking part in the signing stage. However, for some countries, the opposite is true; they have signed, but not ratified, the Convention.¹⁵ The United States signed the Convention on July 30, 2009. However, the U.S. failed to ratify it by five votes in December 2012, and

¹⁰ ‘Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) | United Nations Enable’ <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>> accessed 1 January 2022.

¹¹ *ibid.*

¹² *ibid.*

¹³ ‘Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care’ <<http://digitallibrary.un.org/record/162032>> accessed 1 January 2022.

¹⁴ *Multilateral Treaties Deposited with Secretary-General*, ‘United Nations Treaty Collection’ <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4> accessed 1 January 2022.

¹⁵ *ibid.*

to date, no ratification has taken place.¹⁶ Italy signed the Convention on March 30, 2007 and ratified it on May 15, 2009.¹⁷

The CRPD promotes a cultural shift from viewing people with disabilities as passive receivers of medical treatments and social protection to active and autonomous members of society with rights and with the capability of claiming them.¹⁸ It also “set out a code of implementation” so that nations that join the Convention commit to developing policies and legislation to promote the inherent dignity of people with disabilities—such as those with Down syndrome—and to abolish those that are discriminatory (art. 4).¹⁹

Notably, in 2011, the U.N. specifically encouraged further inclusion of people with Down syndrome in social, economic, and political life by declaring March 21 as the World Down syndrome Day (WDSB). The date (21st day of the 3rd month of the year) was chosen to signify the uniqueness of the triplication (trisomy) of the 21st chromosome, which causes Down syndrome.²⁰ Each year, the U.N. hosts an international convention, the WDSB Conference, at the U.N. headquarters in New York.²¹ Instituting the WDSB day was an important step in fostering awareness in the international community on Down syndrome and promoting further discussion on the steps we can take to build an inclusive society.²² The U.N. action had a snowball effect. Other institutions and local governments followed the U.N.'s lead to declare Down syndrome Awareness initiatives and events around WDSB each year.²³

2.2.1. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Steps Ahead

With the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), the U.N. took a remarkable stance towards the intended social development direction that the U.N. promotes. The CRPD provided a tool for countries to use to stand up

¹⁶ *ibid.*; ‘Where the United States Stands on 10 International Human Rights Treaties’ (*The Leadership Conference Education Fund*) <<https://civilrights.org/edfund/resource/where-the-united-states-stands-on-10-international-human-rights-treaties/>> accessed 1 January 2022.

¹⁷ ‘United Nations Treaty Collection’ (n 14).

¹⁸ ‘Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) | United Nations Enable’ (n 10).

¹⁹ ‘The Convention in Brief | United Nations Enable’ <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/the-convention-in-brief.html>> accessed 10 January 2021.

²⁰ ‘World Down Syndrome Day’ (*Down Syndrome International*) <<https://www.ds-int.org/world-down-syndrome-day>> accessed 1 January 2022.

²¹ *ibid.*

²² *ibid.*

²³ *ibid.*

for the human rights and freedoms of their citizens with a disability. However, as it is the case for several international pieces of legislation, the CRPD has more of a declarative function than it is an enforceable document for parties to use in a court setting. For this reason, more should be done to incorporate the CRPD principles into the legislation both at a federal and at a state level.

Although the U.S. has only signed CRPD and has yet to ratify it, the Convention holds a significant persuasive authority. While some scholars argue that since the U.S. did not ratify it, the CRPD is 'soft law' (a *quasi*-legal instrument), others argue that signature suffices to make the Convention 'hard law,' hence binding.²⁴ Regardless, the CRPD is serving as a benchmark for the international community to abide by.²⁵ The U.S. showed receptiveness to the CRPD when it amended the ADA to reflect its principles. For instance, by broadening the definition of what is a protectable disability under the law, and by valuing independence and fostering the principle of reasonable accommodation.²⁶ However, there is more to be done to encourage countries like the United States to ratify the Convention and implement its principles. This would help in provoking a change in perception to improve the situation of persons with disabilities such as Down syndrome, in accordance with article 8 of the Convention.²⁷

2.3. The Americans with Disabilities Act (ADA) and Down Syndrome

The Americans with Disabilities Act (ADA) was signed into law in the USA, on July 26, 1990.²⁸ The ADA is a comprehensive piece of civil rights legislation that prohibits discrimination against individuals with disabilities in several areas of public life, such as employment, education, transportation, telecommunication, and access to state and federal programs and services.²⁹ The purpose of the law is to grant that people with disabilities have the same rights

²⁴ 'The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Issues in the U.S. Ratification Debate' <<https://www.everycrsreport.com/reports/R42749.html>> accessed 1 January 2022.

²⁵ 'Where the United States Stands on 10 International Human Rights Treaties' (n 16).

²⁶ *ibid.*

²⁷ 'Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Articles | United Nations Enable' <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>> accessed 1 January 2022.

²⁸ 'What Is the Americans with Disabilities Act (ADA)? | ADA National Network' <<https://adata.org/learn-about-ada>> accessed 1 January 2022.

²⁹ 'Americans with Disabilities Act | U.S. Department of Labor' <<https://www.dol.gov/general/topic/disability/ada>> accessed 1 January 2022.

and opportunities as the general population.³⁰ The ADA is divided into five titles that address different areas of public life.³¹

The ADA was amended in 2008, through the Americans with Disabilities Act Amendments Act (ADAAA), which became effective on January 1, 2009.³² Notably, the ADAAA amended the definition of ‘disability’ to clarify the term's scope better. As a result, the term ‘disability’ was more broadly defined to counteract case law that had been eroding and restricting the definition over the years.³³ Further, the amendment moved the focus from a legalistic and formal approach to a more factual one that seeks to determine whether discrimination took place.³⁴

2.3.1. The Americans with Disabilities Act: Steps Ahead

The ADA and the ADAAA enhanced the situation of people with disabilities in the United States. However, there is still room for improvement. More can be done to ensure that everyone, especially those with Intellectual and Developmental Disabilities (IDD) like Down syndrome, can learn, work, and be an active part of their community. This is because targeted educational programs, a stimulating environment at home and school, access to health care, and a sound support system are enabling components for people with a disability like Down syndrome to lead fulfilling and productive lives. Formally, people with Down syndrome can receive an education, work, participate in decisions that affect them, have meaningful relationships, vote, and contribute to society.³⁵ However, this is not always the case, given the remaining barriers. Almost twice as many disabled Americans aged 16 and older live below the poverty level as people without disabilities.³⁶ This may be attributable to various factors, including discrimination in the workplace and in accessing education and healthcare. However, the ADA

³⁰ ‘What Is the Americans with Disabilities Act (ADA)? | ADA National Network’ (n 28).

³¹ *ibid.*

³² *ibid.*

³³ ‘An Employer View of the Changes from the ADA Amendments Act | ADA National Network’ <<https://adata.org/factsheet/employer-view-ada>> accessed 1 January 2022.

³⁴ *ibid.*

³⁵ ‘Down Syndrome Facts | National Down Syndrome Society’ (NDSS) <<https://www.ndss.org/about-down-syndrome/down-syndrome-facts/>> accessed 1 January 2022.

³⁶ ‘The Americans with Disabilities Act: A Civil Rights Landmark for People with Disabilities, Including Down Syndrome | Council on Contemporary Families’ <<https://contemporaryfamilies.org/americans-with-disabilities-act/>> accessed 1 January 2022.

has provided grounds to challenge such discriminations judicially. The ADA allowed the rise of a new branch of lawyers who specialize in ADA complaints.³⁷ Today, ADA claims are on the rise.³⁸ This is attributable in part to the push coming from the international community, and in part to the changes brought about by the ADAAA, which encouraged advocacy for stricter enforcement of the ADA.³⁹

2.4. Disability Law in Italy: The *Legge 104/1992*

The *Legge 104/1992* (Legislative Act 104/1992) is the ADA's Italian equivalent. It provides a national legal framework to advance the interests of people with disabilities such as Down syndrome and to protect their rights.⁴⁰ The *Legge 104/1992*, also known as 'Legge 104,' was adopted in 1992. Like the ADA in the U.S., it was subsequently amended to include the principles of the CRPD in 2010 and 2017. The Italian disability law framework under the *Legge 104* focuses on providing access to services and assistance to individuals with a disability and promoting their rights and social integration. The *Legge 104* seeks to achieve these goals by fostering welfare state policies that provide financial assistance, tax exemption programs, and work leave opportunities for families that have members with a disability such as Down syndrome.⁴¹

The *Legge 104* was a turning point in the Italian disability legal framework. Specifically in regards to Down syndrome, to access the welfare state benefit, the individual needs to show proof of disability and its degree.⁴² Individuals with Down syndrome are automatically eligible to receive a monthly accompanying allowance of 522.10€ (equivalent to \$593.70 on 12/31/2021) (*indennità di*

³⁷ 'ADA Lawyers In Denver, Colorado | Baird Quinn LLC' (7 January 2021) <<https://www.bairdquinn.com/practice-areas/disability-discrimination/>> accessed 1 January 2022.

³⁸ 'ADA Lawsuits on the Rise, 2019 Another Record-Breaking Year' (*NJBIA - New Jersey Business & Industry Association*, 5 March 2020) <<https://njbja.org/ada-lawsuits-on-the-rise-2019-another-record-breaking-year/>> accessed 31 December 2021.

³⁹ 'ADA Lawyers In Denver, Colorado | Baird Quinn LLC' (n 37).

⁴⁰ Legge 5 Febbraio 1992, N. 104, 'Gazzetta Ufficiale' <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/02/17/092G0108/sg>> accessed 1 January 2022.

⁴¹ 'I diritti di chi soffre della sindrome Down' <https://www.laleggepertutti.it/164540_i-diritti-di-chi-soffre-della-sindrome-down> (June 2017) accessed 1 January 2022.

⁴² 'Messaggio Numero 28110 Del 09-11-2010' <<https://www.inps.it/Messaggi/Messaggio%20numero%2028110%20del%2009-11-2010.htm>> accessed 1 January 2022.

accompagnamento).⁴³ People with Down syndrome are also eligible to be exempted from any medical and therapeutic expenses they incur.⁴⁴ This comprises life-saving treatments, and also those treatments such as speech therapy and physiotherapy that are conducive to and enhance the quality of life and wellbeing of the individual. Further, minors are eligible for an additional monthly allowance of 287,09€ (equivalent to \$326.46 on 12/31/2021) per month to cover their therapeutic and educational expenses (*indennità di frequenza*).⁴⁵ Adults have access to a stipend of 287,09€ (equivalent to \$326.46 on 12/31/2021) per month (*pensione di invalidità*) if their yearly income is lower than 16.982,49€ (equivalent to \$19,311.56 on 12/31/2021).

The text of the *Legge 104* shows there is still a long road ahead to fight the stigma of disability in Italy. The text uses language that refers to people with a disability as “handicapped people,” putting them in a category where the focus is on the disability, not on the individual, suggesting that their disability necessarily defines their identity.⁴⁶ However, there are positive signs of change, as the new legislation and policies appear to be more attentive to the way language is used, to stress the person's centrality, rather than their disability.⁴⁷

In 2020, the Italian Government published a dossier under the heading *Iniziativa per il rilancio Italia 2020-2022*, aiming at establishing a policy plan of action to promote further an environment of integration for people with a disability such as Down syndrome in Italy. The dossier is groundbreaking because it is the first time Italy puts people with a disability at the forefront of a national policy strategy.⁴⁸ The dossier is even more revolutionary when putting it in the context of the COVID-19 pandemic, as it highlights that despite the challenging times we are

⁴³ ‘Circolare Numero 148 Del 18-12-2020.Pdf’ <<https://www.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%20148%20del%2018-12-2020.pdf>> accessed 1 January 2022.

⁴⁴ ‘I diritti di chi soffre della sindrome Down’ (n 41).

⁴⁵ ‘Gazzetta Ufficiale’ <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/10/13/20A05541/sg>> accessed 1 January 2022. Rinnovo 2021: Tabelle, ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE (INPS) <https://www.aipd.it/site/wp-content/uploads/2020/12/INPSCircolare148-2020Allegato2.pdf> (last visited 1 Jan. 2022).

⁴⁶ ‘Legge 104 Del 5 Febbraio 1992: Il Testo’ <<https://www.studiocataldi.it/normativa/testo-legge-104.asp>> accessed 1 January 2022.

⁴⁷ See: *Iniziativa per il Rilancio ‘Italia 2020-2022’: Rapporto per il Presidente del Ministri*, COMITATO DI ESPERTI IN MATERIA ECONOMICA E SOCIALE, available at http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/comitato_rapporto.pdf.

⁴⁸ *Id.*

facing worldwide, people with a disability are considered a priority by the Italian Government.

3. Conception to Delivery and Pregnancy Termination: A Contested Legal Issue

There is a contested legal issue before children with Down syndrome are born. In section 2.1, I explored the numbers and statistics concerning Down syndrome incidence in the U.S. and Europe. Many countries have laws and ongoing legal debates concerning these individuals before they are born, as is the case in the U.S. and Italy. Still, differences in law, policy, and culture significantly shape the conversation. The U.S. and Europe have similar incidence of Down syndrome, approximately 1 in 633; however, it is noted that the numbers vary significantly from region to region—for instance, in Italy, the estimate is that one every 1,200 children are born with Down syndrome.⁴⁹ In contrast, according to the Ohio Department of Health, in Ohio, one in every 700 children are born with Down syndrome.⁵⁰

3.1. Reproductive Rights in The United States

In the United States, the case *Roe v. Wade* (1973) determined that the Fourteenth Amendment's right of personal privacy includes a woman's right to choose to terminate a pregnancy.⁵¹ In *Roe v. Wade*, the Court ruled that a Texas law that prohibited all abortions except for life-saving abortions was unconstitutional. The Supreme Court held that the decision to terminate a pregnancy falls within the Constitutional right to privacy and is therefore fundamental.⁵² Further, the Court decided that a state could not interfere with the abortion decision unless the state possessed a compelling reason for regulating this conduct. Nevertheless, "with respect to the state's important and legitimate interest in potential life, the 'compelling' point is at viability."⁵³ Viability is usually after 24 weeks gestation, because "the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb."⁵⁴ Even after that, a state may allow abortion when necessary to

⁴⁹ 'Sindrome Di Down: Colpisce Un Nato Ogni 1.200, Ma Non Esistono Statistiche Certe - Quotidiano Sanità' <http://www.quotidianosanita.it/scienza-e-farmaci/articolo.php?approfondimento_id=10731> accessed 1 January 2022.

⁵⁰ 'House Bill 214 | The Ohio Legislature' <<https://www.legislature.ohio.gov/legislation/legislation-summary?id=GA132-HB-214>> accessed 1 January 2022.

⁵¹ *Roe v. Wade*, 410 US 113, 114 (1973).

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Roe v Wade*, 410 US 113, 114 (1973).

protect the mother's life or health.⁵⁵ However, states have been challenging this paradigm, with impacting and limiting the choices available to expectant mothers if the fetus has Down syndrome. The most notable cases are those of the state of Ohio, Texas, and Mississippi.

3.1.1. Ohio: The Ohio House Bill 214

Many U.S. states, including Ohio, have found it challenging to balance a woman's privacy interests with the state's interests both in the woman's health and in the fetal life, while simultaneously honoring the duties of the medical profession.⁵⁶

In 2017, Ohio legislators introduced the Ohio House Bill 214 (HB 214), which sought to amend sections of the Ohio Revised Code "to prohibit a person from performing, inducing, or attempting to perform or induce an abortion on a pregnant woman who is seeking the abortion because an unborn child has or may have Down syndrome."⁵⁷ Later in 2017, the Ohio representatives passed the Bill in the Ohio House and, shortly thereafter, in the Ohio Senate. No other U.S. state has a ban in place that explicitly targets Down syndrome termination of pregnancies.⁵⁸ Governor John Kasich signed the Bill into law in December 2017, and HB 214 became effective in March 2018. Nonetheless, a health clinic in Cleveland (Preterm-Cleveland) sued challenging the constitutionality of the law and asking for an injunction to prevent it from becoming effective.⁵⁹ The decision's oral argument was discussed in March 2020. In April 2021, after a significant delay due to the COVID-19 pandemic, a federal appeals court ruled that Ohio can enforce the 2017 law banning abortions when medical tests show that a fetus has Down syndrome. In a 9-7 decision, the 6th U.S. Circuit Court of Appeals in Cincinnati ruled that the law did not create a substantial obstacle to obtaining abortions, was reasonably related to Ohio's legitimate interests, and was "valid in all conceivable cases."⁶⁰

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Kate L. Fetrow, *Taking Abortion Rights Seriously: Toward a Holistic Undue Burden Jurisprudence*, STANFORD LAW REVIEW, Jan. 2018, 70 STNLR 319, 321.

⁵⁷ 'House Bill 214 | The Ohio Legislature' (n 50).

⁵⁸ Rebecca B Reingold and Lawrence O Gostin, 'Banning Abortion in Cases of Down Syndrome: Important Lessons for Advances in Genetic Diagnosis' (2018) 319 JAMA 2375.

⁵⁹ *Preterm-Cleveland v. Himes*, 294 F. Supp. 3d 746 (S.D. Ohio 2018), *aff'd*, 940 F.3d 318 (6th Cir. 2019), *reh'g en banc granted*, opinion vacated, 944 F.3d 630 (6th Cir. 2019).

⁶⁰ Reuters and Jonathan Stempel, 'Ohio Can Enforce Ban on Down Syndrome Abortions - U.S. Appeals Court' *Reuters* (13 April 2021) <<https://www.reuters.com/world/us/ohio-can-enforce-ban-down-syndrome-abortions-us-appeals-court-2021-04-13/>> accessed 30

The ruling lifts the injunction issued by a federal judge in March 2018 after Planned Parenthood and Preterm-Cleveland sued to challenge the Bill, and it *de facto* turns Ohio Bill 214 into a "don't ask, don't tell" law.⁶¹

Hence, under the current Ohio legislation, the most problematic aspects are, first, that a violation amounts to a fourth-degree felony.⁶² Second, any physicians who are found to have violated the law will have their license to practice medicine in Ohio revoked and will face extensive civil liability. Additionally, Down syndrome advocates are concerned that the Bill may be counterproductive to the efforts of destigmatizing Down syndrome, because the conversation would be a polarized one on abortion, rather than a productive debate on what it entails to raise a child with the syndrome.⁶³

3.1.2. Texas: Senate Bill 8

Under the Trump Administration, the Supreme Court drastically changed in its composition. During his mandate, President Trump filled the Supreme Court vacancies with three new conservative-leaning justices: Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett, and Neil Gorsuch.⁶⁴ With the swift change of Supreme Court make up under the Trump administration, there has been a new wave of anti-abortion bills across the United States; in an effort to overturn *Roe v. Wade*.⁶⁵ These bills aim to shorten the window of time available to women to choose to terminate a pregnancy.

December 2021; *Preterm-Cleveland et al v McCloud et al*, 6th US Circuit Court of Appeals, No 18-3329.

⁶¹ 'Divided Sixth Circuit Lets Ohio Ban Abortions Based on Down Syndrome Diagnosis' <<https://www.courthousenews.com/divided-sixth-circuit-lets-ohio-ban-abortions-based-on-down-syndrome-diagnosis/>> accessed 30 December 2021.

⁶² ABC News, 'US Court Lifts Hold on Ohio's Down Syndrome Abortion Law' (*ABC News*) <<https://abcnews.go.com/Health/wireStory/us-court-lifts-hold-ohios-syndrome-abortion-law-77047821>> accessed 31 December 2021.

⁶³ 'The Americans with Disabilities Act: A Civil Rights Landmark for People with Disabilities, Including Down Syndrome | Council on Contemporary Families' (n 36).

⁶⁴ 'U.S. Senate: Supreme Court Nominations (1789-Present)' <<https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>> accessed 29 December 2021.

⁶⁵ Becky Sullivan, '21 States Poised to Ban or Severely Restrict Abortion If "Roe v. Wade" Is Overturned' *NPR* (2 December 2021) <<https://www.npr.org/2021/12/02/1061015753/abortion-roe-v-wade-trigger-laws-mississippi-jacksons-womens-health-organization>> accessed 29 December 2021.

Most notably, the measures introduced in Texas stand out as particularly draconian and are amongst the most restrictive in the nation.⁶⁶ As of September 1, 2021, the state of Texas has enacted a new abortion restriction through the Senate Bill 8 (“SB 8”) or “Heartbeat Bill.” This law prevents providers from performing abortions in Texas beyond six weeks of pregnancy or when a fetal heartbeat is detected.⁶⁷ This is consequential because Down syndrome is typically detected after 10 weeks of gestation with routine prenatal screening.⁶⁸ The Law does not have exceptions for cases of rape and incest, or for genetic fetal abnormalities, including Down syndrome.⁶⁹ The only exception created by SB 8 is in case of medical emergency, but the Bill is vague on what constitutes such emergency.⁷⁰ Additionally, SB 8 is different from other abortion bans because it contains a private civil right of action, which is a legal provision that allows private individuals — not the state — to enforce the law.⁷¹ Further, this clause empowers anyone to sue an abortion provider as well as anyone else who assists a patient in obtaining abortion services and receive compensation of \$10,000 (equivalent to 8.793,95€ on 12/31/2021), as well as legal fees covered.⁷²

3.1.3. Mississippi: The Gestational Age Act

In 2018, the state of Mississippi, too, passed new anti-abortion legislation (known as the “Gestational Age Act”) to restrict access to abortion beyond the 15th week of pregnancy, except in case of a medical emergency.⁷³ Even if fetal Down syndrome can be technically detected and confirmed by week 15, this Act may still have the effect of limiting access to abortion because of logistical and health insurance-related considerations, especially amongst individuals with sub-optimal prenatal care (which is present in approximately 20% of pregnancies in

⁶⁶ ‘SB8’ 8 <<https://www.plannedparenthood.org/planned-parenthood-gulf-coast/sb8>> accessed 29 December 2021.

⁶⁷ 87(R) SB 8, 2021.

⁶⁸ Down syndrome - Diagnosis and treatment - Mayo Clinic, , <https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/down-syndrome/diagnosis-treatment/drc-20355983> (last visited Dec 29, 2021)

⁶⁹ Supra, 87(R) SB 8, 2021.

⁷⁰ Supra, 87(R) SB 8, 2021.

⁷¹ Id.

⁷² Id.

⁷³ Ariane de Vogue Reporter CNN Supreme Court, ‘Supreme Court’s Conservatives Lean towards Limiting Abortion Rights after Dramatic Oral Arguments on Mississippi Law Banning Abortions after 15 Weeks’ (CNN) <<https://www.cnn.com/2021/12/01/politics/supreme-court-roe-v-wade-oral-arguments/index.html>> accessed 29 December 2021.

Mississippi).⁷⁴ Individuals with inadequate prenatal care are less likely to have access to non-invasive prenatal testing and hence the diagnosis of Down syndrome may be delayed to the anatomy ultrasound, which is performed at the 18-22 weeks or beyond.⁷⁵ The Mississippi Gestational Age Act made headlines in December 2021, as the Supreme Court heard arguments of the case *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, concerning the constitutionality of the Act.⁷⁶ The final decision of the Court, which has the potential to overturn *Roe v. Wade*, is expected to come in the summer of 2022.⁷⁷

3.2 Italy: Law n. 194/1978

In Italy, Law n. 194/1978 provides for the possibility of free abortion up to 12 weeks and six days of pregnancy. The only legal restriction is on the obligation to perform abortions in public hospitals. After this time, the determination to terminate a pregnancy when the fetus is malformed is based on the mother's physical or psychological health.⁷⁸ Therefore, after the first twelve weeks of pregnancy, the focus shifts to the mother's health. In all cases, the termination of pregnancy must happen before viability (estimated around 23-24 weeks). The problem is that there is a vast policy difference between Italian regions, creating a non-homogenous and inconsistent legal and medical framework of operation. The matter falls into local administration competence.

The most problematic aspects under the Italian legislation are that if women are out of the 12 weeks and six-day period before they are aware of a fetal

⁷⁴ 'Prenatal Care Mississippi | PeriStats | March of Dimes'

<<https://www.marchofdimes.org/peristats/ViewTopic.aspx?reg=28&top=5&lev=0&slev=4>> accessed 30 December 2021.

⁷⁵ Meagan Smith and Jeannie Visootsak, 'Noninvasive Screening Tools for Down Syndrome: A Review' (2013) 5 *International Journal of Women's Health* 125; 'Fetal Ultrasound - Mayo Clinic' <<https://www.mayoclinic.org/tests-procedures/fetal-ultrasound/about/pac-20394149>> accessed 30 December 2021.

⁷⁶ Nina Totenberg, 'Roe v. Wade's Future Is in Doubt after Historic Arguments at Supreme Court' *NPR* (1 December 2021)

<<https://www.npr.org/2021/12/01/1060508566/roe-v-wade-arguments-abortion-supreme-court-case-mississippi-law>> accessed 30 December 2021.

'Dobbs v. Jackson Women's Health Organization - SCOTUSblog'

<<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>> accessed 30 December 2021.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Special Report: Parental Screening Policies in Europe*, EUROCAT (2010) available at <https://www.orpha.net/actor/Orphanews/2010/doc/Special-Report-Prenatal-Screening-Policies.pdf>.

disease or malformation, it is unclear whether they can make an informed decision. This poses the issue that many women embark on a ‘forum shopping’ practice to terminate their pregnancy abroad.

However, in early 2021, the *Corte di Cassazione* (which is the highest court of appeal or court of last resort in Italy) shed some light on the matter. In the case *Sentenza 27 ottobre 2020 - 15 gennaio 2021, n. 653*, the Court decided that women can choose to interrupt a pregnancy beyond the 90th day if there is a high probability of the presence of a pathology or fetal abnormality that can pose a serious concern for the physical and mental wellbeing of the woman.⁷⁹ The determination is to be made case-by-case.⁸⁰ The scope of the decision seems to encompass instances of Down syndrome, but more jurisprudence is needed for a more definitive answer on the matter.⁸¹

Then, a considerable obstacle to the safe and legal termination of pregnancy is represented by the fact that up to 70 percent of Italian OBGYN physicians are conscientious objectors.⁸² This problem is made worse because there is no national register that women can consult to identify a healthcare provider that would be willing to perform the abortion in a safe and regulated environment.⁸³

Finally, there is a notable disagreement between regions (and in the literature) on what it is to be considered ‘viability.’⁸⁴ These factors have the effect of limiting access to safe and legal abortion, even when authorized by law.

⁷⁹ *Sentenza n 653 del 15/01/2021* (Corte di Cassazione).

⁸⁰ ‘Interruzione di gravidanza: consentita anche dopo 90 giorni’ (*Altalex*, 28 January 2021) <<https://www.altalex.com/documents/news/2021/01/28/interruzione-gravidanza-consentita-anche-dopo-90-giorni>> accessed 30 December 2021; ‘Interruzione gravidanza oltre i 90 giorni, nuova sentenza della Cassazione. | Colletti&Partners’ (26 January 2021) <<https://www.collettiandpartners.it/2021/01/26/possibile-interruzione-oltre-i-90-giorni-possibile-nuova-sentenza-della-cassazione/>, <https://www.collettiandpartners.it/2021/01/26/possibile-interruzione-oltre-i-90-giorni-possibile-nuova-sentenza-della-cassazione/>> accessed 30 December 2021.

⁸¹ ‘Interruzione di gravidanza: consentita anche dopo 90 giorni’ (n 80); ‘Interruzione gravidanza oltre i 90 giorni, nuova sentenza della Cassazione. | Colletti&Partners’ (n 80).

⁸² Francesca Minerva, *Conscientious objection in Italy*, 41 J MED ETHICS 170–173 (2015).

⁸³ ‘Medici Obiettori, Trasparenza e Privacy Da Rivedere - Info Data’ <https://www.infodata.ilsole24ore.com/2017/07/05/medici-obiettori-trasparenza-privacy-rivedere/?refresh_ce=1> accessed 1 January 2022.

⁸⁴ Anita Catlin, ‘Fetus’ in Henk ten Have (ed), *Encyclopedia of Global Bioethics* (Springer International Publishing 2016) <https://doi.org/10.1007/978-3-319-09483-0_196> accessed 31 December 2021; Elizabeth Chloe Romanis, ‘Is “Viability” Viable? Abortion, Conceptual Confusion and the Law in England and Wales and the United States’ (2020) 7 *Journal of Law and the Biosciences* lsa059.

4. Early Childhood and Development

The level of assistance to families with children with Down syndrome varies in Italy and the United States. However, much of the legislation in both countries is not specific to Down syndrome, but it falls under the legislative safeguards and benefits attributed to families whose family member has an intellectual or physical disability.

4.1. The United States and Italy: Cost and Access to Care

This section focuses primarily on the United States, as in Italy, healthcare is universal and guaranteed to all.⁸⁵ Therefore, many of these considerations are particularly relevant in the United States, where healthcare, and its associated costs, are much more variable.

Studies drawing from the 2005-2006 National Survey of Children with Special Healthcare Needs (NSCSHN) dataset delineated Down syndrome's effects on families. Specifically, they highlighted that a stunning 60 percent of families of children with Down syndrome provide comprehensive healthcare (i.e., from giving medications and therapy to manage feeding and breathing equipment) at home.⁸⁶ For this reason, almost half of these families had a family member stop working, and 40 percent of the families reported that their child's syndrome caused financial hardships and strain on the family.⁸⁷ When it comes to healthcare, the average cost of medical care in children aged 0-4 with Down syndrome is 12 times the cost of an infant not born with Down syndrome.⁸⁸ Moreover, it is relatively common for children with Down syndrome to be born with a heart defect, which multiplies by five times the already high costs associated with taking care of a child with Down syndrome in their first year of life.⁸⁹

The high costs and financial hurdles that families of children with Down syndrome are remarkable and add a significant layer of stress on top of dealing with the ramifications of their child's diagnosis. This is particularly true for families that might already face disadvantage and marginalization. For instance,

⁸⁵ Lo Scalzo A, Donatini A, Orzella L, Cicchetti A, Profi li S, Maresso A, *Italy: Health System Review*, HEALTH SYSTEMS IN TRANSITION, 2009; 11(6)1-216.

⁸⁶ Laura A Schieve and others, 'A Population-Based Assessment of the Health, Functional Status, and Consequent Family Impact among Children with Down Syndrome' (2011) 4 Disability and Health Journal 68.

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ Sheree L Boulet and others, 'Health Care Expenditures for Infants and Young Children with Down Syndrome in a Privately Insured Population' (2008) 153 The Journal of Pediatrics 241.

⁸⁹ *ibid.*

the research highlighted that African-American children with Down syndrome have a lower chance of surviving beyond the first year of life than white infants with Down syndrome.⁹⁰

Given the high costs of care associated with Down syndrome, access to high-quality, affordable health insurance is crucial. While healthcare is guaranteed to all citizens in Italy, the U.S. has a combined public/private system that can leave some people behind, especially those who are most vulnerable. With the passage of the Affordable Care Act in 2010, the U.S. Federal Government opened the door for states to expand healthcare access through Medicaid Expansion.⁹¹ This has improved access to healthcare for individuals with Down syndrome and their families in numerous ways. First, some children will be covered by state Medicaid due solely to their family income.⁹² Second, nearly all states have elected to expand Medicaid eligibility for children with special health care needs, such as Down syndrome.⁹³

While these programs have improved access to care, there remain several key issues and barriers. Not all states elected to expand Medicaid coverage; twelve states have yet to do so.⁹⁴ Ohio approved the Medicaid expansion in 2013. However, there are ongoing legal issues in the work requirement currently being planned for implementation in 2021 (though this requirement would not apply to those with disabilities).⁹⁵ Furthermore, there have been ongoing political attempts

⁹⁰ James E Kucik and others, 'Trends in Survival among Children with Down Syndrome in 10 Regions of the United States' (2013) 131 *Pediatrics* e27.

⁹¹ 'Read the Affordable Care Act, Health Care Law' (*HealthCare.gov*) <<https://www.healthcare.gov/where-can-i-read-the-affordable-care-act/>> accessed 1 January 2022.

⁹² Priya Chidambaram Published: Jun 12 and 2019, 'Medicaid's Role for Children with Special Health Care Needs: A Look at Eligibility, Services, and Spending' (*KFF*, 12 June 2019) <<https://www.kff.org/medicaid/issue-brief/medicaids-role-for-children-with-special-health-care-needs-a-look-at-eligibility-services-and-spending/>> accessed 1 January 2022.

⁹³ *ibid.*

⁹⁴ Published: Nov 02 and 2020, 'Status of State Medicaid Expansion Decisions: Interactive Map' (*KFF*, 2 November 2020) <<https://www.kff.org/medicaid/issue-brief/status-of-state-medicaid-expansion-decisions-interactive-map/>> accessed 1 January 2022.

⁹⁵ 'Ohio and the ACA's Medicaid Expansion: Eligibility, Enrollment and Benefits' (*healthinsurance.org*, 5 October 2020) <<https://www.healthinsurance.org/ohio-medicaid/>> accessed 1 January 2022.

at “repealing and replacing” the Affordable Care Act, meaning these pathways to health insurance may not be enduring.⁹⁶

In 2014, the Achieving a Better Life Experience (ABLE) Act was passed, adding Section 529A to the federal tax code.⁹⁷ This law provides people with disabilities and their families the ability to put money into a tax-exempt account that may be used for qualified disability expenses.⁹⁸ Before this Bill, crucial benefits such as Medicaid and Supplement Security Income could be jeopardized if a disabled person had more than \$2,000 of savings in their name (equivalent to 1758,79€ on 12/31/2021).⁹⁹ Now, people with disabilities and their families can contribute up to \$15,000 (equivalent to 13.190,79€ on 12/31/2021) per year from their post-tax earnings without fear of losing benefits.¹⁰⁰ This protects crucial benefits and empowers families to ensure ongoing access to care and resources. Given the high costs associated with healthcare in the U.S., this legislation can provide some much-needed relief. Though this legislation was a significant step forward in supporting people with disabilities, contributions must come from post-tax earnings, meaning this legislation may not benefit those who are financially disadvantaged.

5. Conclusive Remarks: Proposals Going Forward

The United States' disability law and policies are not uniform and vary significantly from state to state. The same is true within the European Union member states, where benefits and opportunities for families and individuals with Down syndrome differ significantly. Families of individuals with Down syndrome and the individuals themselves already face numerous challenges. These span from making sure the needs (i.e., medical, and therapeutic) of the person with a disability are attended, to worrying about the financial ramifications of taking care of such needs. It would be valuable if countries were to make an honest effort to harmonize law and policies and provide the tools to navigate them, even to non-sophisticated parties.

⁹⁶ Charley E Willison and Phillip M Singer, ‘Repealing the Affordable Care Act Essential Health Benefits: Threats and Obstacles’ (2017) 107 *American Journal of Public Health* 1225.

⁹⁷ Ander Crenshaw, ‘H.R.647 - 113th Congress (2013-2014): ABLE Act of 2014’ (2 January 2015) <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/647>> accessed 1 January 2022.

⁹⁸ *ibid.*

⁹⁹ *A Promising Future Together: A Guide for New and Expectant Parents*, NATIONAL DOWN SYNDROME SOCIETY, Available at https://www.ndss.org/wp-content/uploads/2020/06/NEPG_v14.pdf.

¹⁰⁰ Crenshaw (n 97).

In the United States, healthcare is mostly privatized, and there is no universal healthcare. This poses enormous barriers for families to financially navigate the system in order to attend the needs of their family member with Down syndrome. Efforts should be made to provide accessible guides on where to apply for programs and how to qualify for funding.

In Italy, there is universal healthcare. The most significant issue presently is to facilitate engagement with the national healthcare system so that families and individuals alike are afforded the chance to utilize all the opportunities available. While many programs support families of individuals with Down syndrome, they are not organically organized and accessible. Therefore, families risk missing out on precious therapeutic opportunities.

On the topic of termination of pregnancy in the U.S., and specifically in Ohio, further clarity is needed on the opportunities available to parents who are facing this difficult decision. While informed consent needs to be put at the forefront, balancing the interests of a fetus with Down syndrome and the mother's well-being is a delicate task. In Ohio, the April 2021 decision in the *Preterm Case* significantly restricted the options available to women expecting a child with Down syndrome, *de facto* turning Ohio Bill 214 into a “don’t ask, don’t tell law,” with potential devastating consequences for families and medical practitioners alike if they are found to be in violation of the law.

With the swift change of Supreme Court make up under the Trump administration, there has been a new wave of anti-abortion bills across the United States in an attempt to overturn *Roe v. Wade*.¹⁰¹ These bills aim to shorten the window of time available to women to choose to terminate a pregnancy. Notably, the measures introduced in Texas through Senate Bill 8 (“SB 8”) stand out as particularly draconian because they prevent providers from performing abortions in Texas beyond six weeks of pregnancy or when a fetal heartbeat is detected.¹⁰² This is consequential because Down syndrome is typically detected after 10 weeks of gestation with routine prenatal screening.¹⁰³ A problematic aspect of the law is that it sets out a questionable “bounty” system where individual citizens are encouraged to sue those who, for any reason, decide to terminate a pregnancy after the six week timeframe.

¹⁰¹ Sullivan (n 65).

¹⁰² 87(R) SB 8, 2021.

¹⁰³ Down syndrome - Diagnosis and treatment - Mayo Clinic, , <https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/down-syndrome/diagnosis-treatment/drc-20355983> (last visited Dec 29, 2021)

Similarly, the Gestational Age Act in Mississippi restricts access to abortion beyond the 15th week of pregnancy, with no exceptions other than a medical emergency. This disproportionately affects families with low socioeconomic status, which often accompanies reduced access to healthcare. Therefore, it exposes vulnerable populations to the risk of not being able to grant a dignified life to a child born with congenital issues like Down syndrome.

In Italy, the most significant concern is that while the state grants the right to women to make an informed decision to terminate their pregnancy if the fetus has Down syndrome, there is a large number of conscientious objectors. Therefore, this right is often *de facto* negated. A step forward would be to create a national database or registry to track those conscientious objectors. However, this raises potential privacy concerns, which adds an extra challenge to pursuing this endeavor.

Rather than relying on the parents' socio-economic status, the forefront of the discussion should be to build a support framework for parents who have children with Down syndrome. On this note, law and policy regarding access to care make a significant difference in the quality of life of children with Down syndrome. This may contribute to families feeling encouraged and confident that they are able to take care of a child with Down syndrome. In turn, there are reasons to believe this might also contribute to lowering the rates of termination of pregnancies where the fetus is diagnosed with a disability.

There is still advocacy work to be done to advance the rights of individuals with Down syndrome. Down syndrome is a commonly occurring chromosomal abnormality. Every day, progress in medicine and therapy helps individuals with Down syndrome live with an improving quantity and quality of life. However, the stigma is still very much present, and the perception is that individuals with Down syndrome are not openly accepted by society.¹⁰⁴ Greater involvement of these people with Down syndrome in society or advocacy that improves public awareness are venues to fight back the stigma and improve social attitudes towards Down syndrome.

Recently, social media have provided a platform to counteract the stigma. An increasing number of individuals with Down syndrome or with loved ones living with the syndrome have started their own YouTube channel, Instagram,

¹⁰⁴ Renu Jain, David C Thomasma and Rasa Ragas, 'Down Syndrome: Still a Social Stigma' (2002) 19 *American Journal of Perinatology* 099.

TikTok, or Twitter account where they help raise awareness on the disability.¹⁰⁵ Many of these channels have a large following and, therefore, the potential to influence the perspective of many. A change in perception is crucial to improve the situation of individuals with Down syndrome and to counteract the stigma and stereotypes of their capabilities.¹⁰⁶ However, social media have also provided yet another platform for discriminatory behaviors, and more work needs to be done to counteract bullying and misinformation in the cyberspace.

The Americans with Disabilities Act (ADA) in the U.S., the *Legge 104/1992* in Italy, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) internationally highlight how there is a push towards pursuing a person-centered care approach to acknowledge each person's unique story and autonomy to make self-directed decisions. A person-centered approach should be paired with a relationship-centered care approach, one that values the importance of the connections that individuals with a disability develop during their personal and professional life. Only by focusing on the individual as an active subject, we will embody the holistic and humanistic ideals that our society set to pursue to fully integrate individuals with disabilities like Down syndrome in our communities and acknowledge the value they bring to it.

¹⁰⁵ See on YouTube.com: 'Raising Autumn'; 'The Ups and Downs'; several episodes on 'Truly'; 'This Extra Gift.' Instagram.com: 'thehouseofwheeler'; 'extraevielove.'

¹⁰⁶ 'Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Articles | United Nations Enable' (n 27).

Bibliography

'ADA Lawsuits on the Rise, 2019 Another Record-Breaking Year' (*NJBIA - New Jersey Business & Industry Association*, 5 March 2020) <<https://njbia.org/ada-lawsuits-on-the-rise-2019-another-record-breaking-year/>> accessed 31 December 2021

'ADA Lawyers In Denver, Colorado | Baird Quinn LLC' (7 January 2021) <<https://www.bairdquinn.com/practice-areas/disability-discrimination/>> accessed 1 January 2022

'Americans with Disabilities Act | U.S. Department of Labor' <<https://www.dol.gov/general/topic/disability/ada>> accessed 1 January 2022

'An Employer View of the Changes from the ADA Amendments Act | ADA National Network' <<https://adata.org/factsheet/employer-view-ada>> accessed 1 January 2022

Boulet SL and others, 'Health Care Expenditures for Infants and Young Children with Down Syndrome in a Privately Insured Population' (2008) 153 *The Journal of Pediatrics* 241

Catlin A, 'Fetus' in Henk ten Have (ed), *Encyclopedia of Global Bioethics* (Springer International Publishing 2016) <https://doi.org/10.1007/978-3-319-09483-0_196> accessed 31 December 2021

CATTANEO B, 'Down Syndrome in Europe – Has the Disorder Epidemiology Changed over the Last Quarter-Century?' (*EU Science Hub - European Commission*, 21 March 2019) <<https://ec.europa.eu/jrc/en/news/down-syndrome-europe-has-disorder-epidemiology-changed-over-last-quarter-century>> accessed 1 January 2022

CDC, 'Data and Statistics on Down Syndrome | CDC' (*Centers for Disease Control and Prevention*, 4 December 2019) <<https://www.cdc.gov/ncbddd/birthdefects/downsyndrome/data.html>> accessed 1 January 2022

'Circolare Numero 148 Del 18-12-2020.Pdf' <<https://www.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%20148%20del%2018-12-2020.pdf>> accessed 1 January 2022

'Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Articles | United Nations Enable' <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the->

rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html> accessed 1 January 2022

'Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) | United Nations Enable' <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>> accessed 1 January 2022

Crenshaw A, 'H.R.647 - 113th Congress (2013-2014): ABLE Act of 2014' (2 January 2015) <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/647>> accessed 1 January 2022

'Divided Sixth Circuit Lets Ohio Ban Abortions Based on Down Syndrome Diagnosis' <<https://www.courthousenews.com/divided-sixth-circuit-lets-ohio-ban-abortions-based-on-down-syndrome-diagnosis/>> accessed 30 December 2021

'Dobbs v. Jackson Women's Health Organization - SCOTUSblog' <<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>> accessed 30 December 2021

'Down Syndrome - Symptoms and Causes' (*Mayo Clinic*) <<https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/down-syndrome/symptoms-causes/syc-20355977>> accessed 1 January 2022

'Down Syndrome Facts | National Down Syndrome Society' (*NDSS*) <<https://www.ndss.org/about-down-syndrome/down-syndrome-facts/>> accessed 1 January 2022

'Fetal Ultrasound - Mayo Clinic' <<https://www.mayoclinic.org/tests-procedures/fetal-ultrasound/about/pac-20394149>> accessed 30 December 2021

'Gazzetta Ufficiale' <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/02/17/092G0108/sg>> accessed 1 January 2022

'—' <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/10/13/20A05541/sg>> accessed 1 January 2022

'House Bill 214 | The Ohio Legislature' <<https://www.legislature.ohio.gov/legislation/legislation-summary?id=GA132-HB-214>> accessed 1 January 2022

'I diritti di chi soffre della sindrome Down' <https://www.laleggepertutti.it/164540_i-diritti-di-chi-soffre-della-sindrome-down> accessed 1 January 2022

'Interruzione di gravidanza: consentita anche dopo 90 giorni' (*Altalex*, 28 January 2021) <<https://www.altalex.com/documents/news/2021/01/28/interruzione-gravidanza-consentita-anche-dopo-90-giorni>> accessed 30 December 2021

'Interruzione gravidanza oltre i 90 giorni, nuova sentenza della Cassazione. | Colletti&Partners' (26 January 2021)
<<https://www.collettiandpartners.it/2021/01/26/possibile-interruzione-oltre-i-90-giorni-possibile-nuova-sentenza-della-cassazione/>,
<https://www.collettiandpartners.it/2021/01/26/possibile-interruzione-oltre-i-90-giorni-possibile-nuova-sentenza-della-cassazione/>> accessed 30 December 2021

Jain R, Thomasma DC and Ragas R, 'Down Syndrome: Still a Social Stigma' (2002) 19 *American Journal of Perinatology* 099

Jun 12 PCP and 2019, 'Medicaid's Role for Children with Special Health Care Needs: A Look at Eligibility, Services, and Spending' (*KFF*, 12 June 2019)
<<https://www.kff.org/medicaid/issue-brief/medicaids-role-for-children-with-special-health-care-needs-a-look-at-eligibility-services-and-spending/>> accessed 1 January 2022

Kucik JE and others, 'Trends in Survival among Children with Down Syndrome in 10 Regions of the United States' (2013) 131 *Pediatrics* e27

'Legge 104 Del 5 Febbraio 1992: Il Testo'
<<https://www.studiocataldi.it/normativa/testo-legge-104.asp>> accessed 1 January 2022

'Medici Obiettori, Trasparenza e Privacy Da Rivedere - Info Data'
<https://www.infodata.ilsole24ore.com/2017/07/05/medici-obiettori-trasparenza-privacy-rivedere/?refresh_ce=1> accessed 1 January 2022

'Messaggio Numero 28110 Del 09-11-2010'
<<https://www.inps.it/Messaggi/Messaggio%20numero%2028110%20del%2009-11-2010.htm>> accessed 1 January 2022

'NDSS-Preferred-Language-Guide-2020-2.Pdf' <<https://www.ndss.org/wp-content/uploads/2020/11/NDSS-Preferred-Language-Guide-2020-2.pdf>> accessed 1 January 2022

News ABC, 'US Court Lifts Hold on Ohio's Down Syndrome Abortion Law' (*ABC News*) <<https://abcnews.go.com/Health/wireStory/us-court-lifts-hold-ohio-syndrome-abortion-law-77047821>> accessed 31 December 2021

Nov 02 P and 2020, 'Status of State Medicaid Expansion Decisions: Interactive Map' (*KFF*, 2 November 2020) <<https://www.kff.org/medicaid/issue-brief/status-of-state-medicaid-expansion-decisions-interactive-map/>> accessed 1 January 2022

'Ohio and the ACA's Medicaid Expansion: Eligibility, Enrollment and Benefits' (*healthinsurance.org*, 5 October 2020) <<https://www.healthinsurance.org/ohio-medicaid/>> accessed 1 January 2022

'Prenatal Care Mississippi | PeriStats | March of Dimes'
<<https://www.marchofdimes.org/peristats/ViewTopic.aspx?reg=28&top=5&lev=0&slev=4>> accessed 30 December 2021

'Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care' <<http://digitallibrary.un.org/record/162032>> accessed 1 January 2022

'Read the Affordable Care Act, Health Care Law' (*HealthCare.gov*)
<<https://www.healthcare.gov/where-can-i-read-the-affordable-care-act/>> accessed 1 January 2022

Reingold RB and Gostin LO, 'Banning Abortion in Cases of Down Syndrome: Important Lessons for Advances in Genetic Diagnosis' (2018) 319 *JAMA* 2375

Reporter A de V CNN Supreme Court, 'Supreme Court's Conservatives Lean towards Limiting Abortion Rights after Dramatic Oral Arguments on Mississippi Law Banning Abortions after 15 Weeks' (*CNN*)
<<https://www.cnn.com/2021/12/01/politics/supreme-court-roe-v-wade-oral-arguments/index.html>> accessed 29 December 2021

Reuters and Stempel J, 'Ohio Can Enforce Ban on Down Syndrome Abortions - U.S. Appeals Court' *Reuters* (13 April 2021)
<<https://www.reuters.com/world/us/ohio-can-enforce-ban-down-syndrome-abortions-us-appeals-court-2021-04-13/>> accessed 30 December 2021

Romanis EC, 'Is "Viability" Viable? Abortion, Conceptual Confusion and the Law in England and Wales and the United States' (2020) 7 *Journal of Law and the Biosciences* lsa059

'SB8' <<https://www.plannedparenthood.org/planned-parenthood-gulf-coast/sb8>> accessed 29 December 2021

Schieve LA and others, 'A Population-Based Assessment of the Health, Functional Status, and Consequent Family Impact among Children with Down Syndrome' (2011) 4 *Disability and Health Journal* 68

'Sindrome Di Down: Colpisce Un Nato Ogni 1.200, Ma Non Esistono Statistiche Certe - Quotidiano Sanità' <http://www.quotidianosanita.it/scienza-e-farmaci/articolo.php?approfondimento_id=10731> accessed 1 January 2022

Smith M and Visootsak J, 'Noninvasive Screening Tools for Down Syndrome: A Review' (2013) 5 *International Journal of Women's Health* 125

Sullivan B, '21 States Poised to Ban or Severely Restrict Abortion If "Roe v. Wade" Is Overturned' *NPR* (2 December 2021)
<<https://www.npr.org/2021/12/02/1061015753/abortion-roe-v-wade-trigger-laws-mississippi-jacksons-womens-health-organization>> accessed 29 December 2021

'The Americans with Disabilities Act: A Civil Rights Landmark for People with Disabilities, Including Down Syndrome | Council on Contemporary Families' <<https://contemporaryfamilies.org/americans-with-disabilities-act/>> accessed 1 January 2022

'The Convention in Brief | United Nations Enable' <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/the-convention-in-brief.html>> accessed 1 January 2022

'The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Issues in the U.S. Ratification Debate' <<https://www.everycrsreport.com/reports/R42749.html>> accessed 1 January 2022

Totenberg N, 'Roe v. Wade's Future Is in Doubt after Historic Arguments at Supreme Court' *NPR* (1 December 2021)
<<https://www.npr.org/2021/12/01/1060508566/roe-v-wade-arguments-abortion-supreme-court-case-mississippi-law>> accessed 30 December 2021

'United Nations Treaty Collection' <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4> accessed 1 January 2022

'U.S. Senate: Supreme Court Nominations (1789-Present)' <<https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>> accessed 29 December 2021

'What Is the Americans with Disabilities Act (ADA)? | ADA National Network' <<https://adata.org/learn-about-ada>> accessed 1 January 2022

'Where the United States Stands on 10 International Human Rights Treaties' (*The Leadership Conference Education Fund*) <<https://civilrights.org/edfund/resource/where-the-united-states-stands-on-10-international-human-rights-treaties/>> accessed 1 January 2022

Willison CE and Singer PM, 'Repealing the Affordable Care Act Essential Health Benefits: Threats and Obstacles' (2017) 107 *American Journal of Public Health* 1225

'World Down Syndrome Day' (*Down Syndrome International*) <<https://www.ds-int.org/world-down-syndrome-day>> accessed 1 January 2022

Preterm-Cleveland et a v McCloud et al, 6th US Circuit Court of Appeals, No 18-3329

Roe v Wade, 410 US 113, 114 (1973)

Sentenza n 653 del 15/01/2021 (Corte di Cassazione)



Trade with the EU, Variable Geometry and Human Rights in the EAC

ALEYDIS NISSEN

FWO and F.R.S.-FNRS Postdoctoral Fellow

Leiden University, VUB, ULB

a.m.h.nissen@law.leidenuniv.nl

ABSTRACT

The Economic Partnership Agreement between the East African Community (EAC) and the European Union (EU) is of particular importance for the Kenyan floriculture sector. While the other EAC Partner States remain reluctant to ratify this agreement, they allowed the Republic of Kenya to start its implementation under the principle of variable geometry in June 2021. Kenya and the EU then started a strategic dialogue in which they pledged to strengthen their cooperation on human rights issues. This article identifies two priorities for floriculture workers: Kenya's ratification of the core labour rights Convention No. 87 on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise and the broadening of an enabling space for an active, organised and transparent civil society.



DOI: 10.54103/milanlawreview/17394

MILAN LAW REVIEW, Vol. 2, No. 2, 2021
ISSN 2724 - 3273

Keywords: Kenya; Freedom of Association; Flowers; COTU-K; post-Cotonou

This paper has been subjected to double-blind peer review

Trade with the EU, Variable Geometry and Human Rights in the EAC

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Trade relations between EAC and EU. – 3. Obligations relevant for floriculture workers. – 4. Priorities. 5. Conclusion.

1. Introduction

Benjamin William Mkapa, the former President of Tanzania and a fierce critic of the economic partnership agreement (EPA) between the EAC and the EU, alleged that the Kenyan floriculture sector pressured Kenya's President Uhuru Kenyatta to allocate considerable resources to the negotiation process of this agreement.¹ These concerns were echoed in a briefing commissioned by the European Parliament.² The floriculture sector – a vital organ of the Kenyan economy – needed to maintain preferential market access to the EU to guarantee its competitiveness. It is the fourth largest exporter of cut flowers in the world after the Dutch, Colombian and Ecuadorian floriculture sectors.³ This sector is export-driven, with almost all produced flowers being air-transported to the EU.⁴ Two-

¹ Economic Partnership Agreement between the East African Community Partner States, of the one Part, and the European Union and its Member States of the Other Part (2014) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153845.pdf> accessed 28 February 2020 (hereafter: EAC-EU EPA); Benjamin William Mkapa, 'Why the EPA is not Beneficial to Tanzania' (*The South Bulletin*, 1 November 2016) <www.southcentre.int/question/why-the-epa-is-not-beneficial-to-tanzania/> accessed 28 February 2020.

² Eric Pichon, 'Briefing. International Agreements in Progress. Economic Partnership Agreement with the East African Community' (2018) <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/620218/EPRS_BRI\(2018\)620218_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/620218/EPRS_BRI(2018)620218_EN.pdf)> accessed 28 February 2020 p 9.

³ David Whitehouse, 'Kenya's Flower Growers to Share Brexit Pain' *The Africa Report* (Paris, 17 April 2019) <www.theafricareport.com/11976/kenyas-flower-growers-to-share-brexit-pain/> accessed 20 September 2019.

⁴ Amy Steward, 'Flower Power' (2007) 161 *Foreign Policy* pp 44-52.

thirds of exports are distributed via the Dutch auction.⁵ Despite the COVID-19 pandemic, the value of the floriculture sector increased with 3.3 per cent in 2020.⁶

The other EAC Partner States allowed Kenya to start the implementation of the agreement under the principle of variable geometry in June 2021.⁷ Afterwards, Kenya and the EU launched a strategic dialogue to strengthen their cooperation on a number of issues, including human rights. This article aims to identify two priorities for floriculture workers in this dialogue. It is structured as followed. Section 2 describes the trade relations between the EAC and the EU. Section 3 discusses the legal provisions that are relevant for the respect, protection and fulfilment of the human rights of floriculture workers in the EAC-EU EPA and the recently initialled post-Cotonou agreement.⁸ Section 4 identifies the following two priorities for these workers in the strategic dialogue between Kenya and the EU: sustained and continuous efforts towards Kenya's ratification of the International Labour Organisation's (ILO) Convention No. 87 on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise and the broadening of an enabling space for an active, organised and transparent civil society.⁹ This analysis relies upon a case study, including a literature review and interviews with fourteen experts in the field.¹⁰ Interviews have been conducted with lawyers and NGO,

⁵ Winnie Mitullah, Paul Kamau and Joshua Kivuva, 'Employment Creation in Agriculture & Agro-Processing Sector in Kenya in the Context of Inclusive Growth: Political Economy & Settlement Analysis' (2017) Partnership for African Social & Governance Research Working Paper Nr 20 <www.pasgr.org/wp-content/uploads/2017/08/Employment-creation-in-agriculture-and-agro-processing-sector-in-Kenya-in-the-context-of-inclusive-growth.pdf> accessed 28 February 2020 p 25.

⁶ X, Study Reveals What Sustained Kenya's Economy in 2020' *Further Africa* (London, 15 July 2021) <<https://furtherafrica.com/2021/07/15/study-reveals-what-sustained-kenyas-economy-in-2020/>> accessed 28 July 2021.

⁷ EAC, 'Joint Communiqué: 21th Ordinary Summit of Heads of State of the East African Community' (2021) <www.eac.int/communiqué/1942-communiqué-of-the-21st-ordinary-summit-of-the-east-african-community-heads-of-state> accessed 11 May 2021.

⁸ Partnership Agreement Between [the European Union / The European Union and its Member States], of the one part, and Members of the Organisation of African, Caribbean and Pacific States, of the Other Part (2021) <https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/negotiated-agreement-text-initialled-by-eu-oacps-chief-negotiators-20210415_en.pdf> accessed 28 July 2021 (hereafter: post-Cotonou agreement).

⁹ ILO Convention C087: Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention (Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise) (31st ILC session San Francisco 9 July 1948).

¹⁰ Cf Robert Yin, *Case Study Research and Applications. Design and Methods* (Sage 2018).

trade union and government representatives in 2018 with the permission of the Kenya National Commission for Science, Technology & Innovation.¹¹

2. Trade relations between EAC and EU

Historically, the Kenyan floriculture sector benefited from policies promoted by economically developed states: the United States (US) and the EU. To begin, the US used international financial institutions to push its neoliberal agenda in the 1980s. Kenya was one of the first countries to sign a controversial structural adjustment loan with the World Bank. The lifting of air freight rates and other trade-liberalizing policies helped the Kenyan floriculture sector to blossom.¹² In addition, this sector benefitted from the IVth Lomé Convention, an attempt by EU Member States to support and partner with their former colonies, the African, Caribbean and Pacific (ACP) group of states.¹³ This system was, however, against the World Trade Organization's (WTO) Most Favoured Nation Principle, because preferential treatment granted to the ACP states should have been granted to other General Agreement on Tariffs and Trade States Parties with a similar level of development.¹⁴ In 2000, a new provision was included in the Cotonou Agreement, the overarching framework for EU relations with the ACP States, making it possible to negotiate different economic partnership agreements with regional groupings.¹⁵ Regionalism has sometimes been hailed as the nation-state's response to the excesses of neo-liberal globalisation.¹⁶ The EAC Partner States (Burundi, Kenya, Rwanda, Tanzania and Uganda) finalised the negotiations for an Economic Partnership Agreement with the EU in 2014. South Sudan – not a member of the WTO – became the sixth member of the EAC in 2016. The EAC-EU EPA is 'based on the principle of building on the *acquis*' of the Cotonou

¹¹ The number of the research license is NACOSTI/P/18/59629/22158. This research also obtained approval from Cardiff University's School of Law and Politics Research Ethics Committee. The number of this approval is SREC/051217/07.

¹² Geoffrey Gertz, 'Kenya's Trade Liberalization of the 1980s and 1990s: Policies, Impact, and Implications' (2010) Carnegie Endowment for International Peace Background Paper <https://carnegieendowment.org/files/kenya_background.pdf> accessed 26 May 2021 pp 10-11.

¹³ Fourth ACP-EEC Convention (signed 15 December 1989, entered into force 1 September 1991) *The Courier* Nr 120.

¹⁴ Art I:1 General Agreement on Tariffs and Trade (adopted 15 April 1994, entered into force 1 January 1995) 1867 UNTS 154.

¹⁵ Partnership Agreement between the Members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States of the other part (signed 22 June 2000, revised 25 June 2005 and 22 June 2010) OJ L 287 (hereafter: Cotonou Agreement).

¹⁶ Eg Wanyama Masinde and Christopher Otieno Omolo, 'The Road to East African Integration' in Emmanuel Ugirashebuja, John Eudes Ruhangisa, Tom Ottervanger and Armin Cuyvers (eds), *East African Community Law* (Brill 2017) p. 3.

Agreement.¹⁷ The Cotonou agreement determines that human rights, democratic principles, and the rule of law are ‘essential elements’ that underpin the domestic and international policies of their partnership.¹⁸ A Party might take unilateral ‘appropriate measures’, including trade sanctions if the other Party does not comply with the essential elements.¹⁹ Such measures shall be proportionate to the failure to implement obligations under the agreement.

In April 2021, the EU and the Organisation of the African, Caribbean and Pacific Group of States (OACPS) initialled the post-Cotonou Agreement. In this agreement, the Parties recognise the importance of building on the achievements of the Cotonou agreement.²⁰ They bear in mind the need for building on existing economic partnership agreements as instruments of their trade cooperation.²¹ According to Article 50(6) of the post-Cotonou agreement, references to appropriate measures in EPAs should be understood as references to ‘the corresponding provision’ in the post-Cotonou agreement.²²

Article 139 EAC-EU EPA determines that this agreement enters into force when all EAC Partner States and EU Member States have signed and ratified. All EU Member States and Kenya have signed and ratified the agreement. However, the other EAC Partner States are reluctant to sign and ratify the agreement. Only Rwanda signed this agreement. The EAC Heads of State from this country, Burundi, Tanzania, Uganda and South Sudan postponed the endorsement of the EAC-EU EPA until ‘satisfactory clarification of concerns’.²³ There were calls to renegotiate the agreement with the EU, and there were reservations for Kenya to start implementing the agreement. This would weaken the strength of the EAC bloc and ambitions for more integration in the EAC.²⁴

There are two reasons why the other EAC Partner States are less eager than Kenya to ratify the EAC-EU EPA. First, the other EAC Partner States all qualify as Least Developed Countries, which have duty-free and quota-free access to the EU

¹⁷ Art 4(a) EAC-EU EPA. See also Recital, arts 2, 75, 136 and 142(3) EAC-EU EPA.

¹⁸ Art 9(2) Cotonou agreement.

¹⁹ Art 96 *ibid.*

²⁰ Art 50(1) post-Cotonou agreement.

²¹ Art 50(4) *ibid.*

²² The Post-Cotonou Agreement will become binding on the Parties under international law only after completion by each Party of its internal legal procedures necessary for the entry into force of the Agreement (or its provisional application).

²³ EAC, ‘Joint Communiqué: 19th Ordinary Summit of Heads of State of the East African Community’ (2019) <<https://www.eac.int/communique/1001-joint-communiqu%C3%A9-19th-ordinary-summit-of-heads-of-state-of-the-east-african-community>> accessed 11 May 2021.

²⁴ Aggrey Mutambo, ‘East Africa: Kenya Moves to Implement Trade Deal with EU as Neighbours Lag’ *Daily Nation* (Nairobi, 23 June 2021) <<https://nation.africa/kenya/news/kenya-moves-to-implement-trade-deal-with-eu-as-neighbours-lag-3447546>> accessed 28 July 2021.

market under the Everything But Arms scheme. Second, the other EAC Partner States have relatively more reasons to be concerned about the impact of the EAC-EU EPA on their long-term objectives to promote industrialisation and to add value to their resources. The agreement provides for immediate duty-free and quota-free access to the EU market for all EAC exports, and gradual liberalisation of the EAC market to imports from the EU, providing access to 82.6 per cent of the market's value over 25 years. There are fears that East African companies will not be able to withstand heightened competition from EU corporations in East Africa. Article 44 of the post-Cotonou agreement stresses in this regard that the EU and the OACPS shall promote the transition from commodity dependence to diversified economies. Yet, imports from the EU into the EAC are currently dominated by machinery and mechanical appliances, equipment and parts, vehicles and pharmaceutical products, while the most important exports from the EAC to the EU are cut flowers, tea, coffee, tobacco, fish and vegetables.²⁵ Compared to the other EAC Partner States, Kenya is relatively industrialized. Kenya's exports to the EU were 2.2 times as much as the exports of Tanzania, the most developed of the least developed EAC Partner States in 2020.²⁶ Former President Mkapa furthermore accused the EU of using the agreement to secure access to East African raw materials.²⁷ Indeed, other EU regulatory initiatives have been partly motivated by the willingness to secure the supply of raw materials from the EAC Partner States to the EU.²⁸ For example, the Conflict Minerals Regulation aims to secure the supply of tin, tantalum, tungsten and gold from 'conflict-affected and high risk areas'.²⁹ Burundi, Rwanda, South Sudan, Tanzania and Uganda are often counted amongst such areas.³⁰ Such concerns are less pressing in Kenya because it

²⁵ European Commission, 'East African Community'

<<https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/eac/>> accessed 1 December 2020.

²⁶ See European Commission, 'European Union, Trade in Goods with Kenya' (2020) <https://webgate.ec.europa.eu/isdb_results/factsheets/country/details_kenya_en.pdf> accessed 28 July 2021; European Commission, 'European Union, Trade in Goods with Tanzania' (2020)

<https://webgate.ec.europa.eu/isdb_results/factsheets/country/details_tanzania_en.pdf> accessed 28 July 2021.

²⁷ Mkapa (n 1).

²⁸ Aleydis Nissen, 'The European Union as a Manager of Global "Business and Human Rights" Regulation: Country-by-Country Reporting Rules' (2019) 8(2) UCL Journal of Law & Jurisprudence p 150.

²⁹ European Parliament and Council, Regulation Nr 2017/821 Laying down Supply Chain Due Diligence Obligations for Union Importers of Tin, Tantalum and Tungsten, their Ores, and Gold Originating from Conflict-Affected and High Risk Areas' [2017] OJ L130/1.

³⁰ Eg Section 1502 US Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010 (US); Phoebe Okowa, 'The Pitfalls of Unilateral Legislation in International Law: Lessons from Conflict Minerals Regulation (2020) 69 International and Comparative Law Quarterly p 705.

is resource-poor. There have only recently been discoveries of oil in the Kenyan region of Turkana County.³¹

Ultimately, at the 21th Ordinary Summit of Heads of State of the EAC in April 2021, it was concluded that those EAC Partner States that wish to start implementing the EAC-EU EPA can commence doing so under the principle of variable geometry.³² Article 7(1)(e) of the Treaty Establishing the EAC defines this principle.³³ It is the principle of ‘flexibility which allows for progression in co-operation among a sub-group of members in a larger integration scheme in a variety of areas and at different speeds’. Note that the interpretation of this provision by the Heads of State was rather broad; the letter of the law does not allow one single EAC Partner State to move ahead alone.³⁴

3. Obligations relevant for floriculture workers

The green light given by the EAC Partner States seems to be good news for the Kenyan floriculture sector. This sector can continue exporting on an equal footing with its biggest competitors that are part of a free trade agreement with the EU (Colombia and Ecuador) or that qualify as Least Developed Countries under the Everything But Arms special arrangement (Ethiopia). Approximately 100,000 people are currently directly employed in the Kenyan floriculture sector.³⁵ While the number of jobs in other industries in Kenya has stagnated, the number of floriculture jobs has doubled over the last decade. Many workers were put on unpaid leave between March and July 2020 when the farms were seeking solutions to deal with the movement and transport restrictions that were necessary to deal with the COVID-19 pandemic.³⁶ But the sector has swiftly recovered afterwards.³⁷

The EAC-EU EPA does, however, contain limited safeguards regarding the quality of these floriculture jobs. Article 3 EAC-EU EPA is a ‘rendez-vous’ clause. It provides that negotiations in, amongst others, areas of trade environment and sustainable development are left for future discussions that need to be take place within five years after the agreement has entered into force. One notable exception

³¹ Kenya (Office of the Attorney General, Department of Justice) and Kenya National Commission on Human Rights, ‘The National Action Plan on Business and Human Rights in Kenya. Report on the stakeholder Consultations held in Turkana County’ (2017) <<http://nap.knchr.org/Portals/0/Reports/Turkana%20regional%20consultation%20report.pdf?ver=2017-09-04-174649-783>> accessed 28 February 2020 p 3.

³² EAC (n 7).

³³ Treaty Establishing the East African Community (adopted 30 November 1999, entered into force 7 July 2000) 2144 UNTS 255.

³⁴ See also art 1 *ibid*.

³⁵ Whitehouse (n 3).

³⁶ Kenya (Central Bank), ‘Monetary Policy Committee Flower Farms Survey’ (2021) <www.centralbank.go.ke/uploads/market_perception_surveys/848246841_MPC%20Survey%20of%20Flower%20Farms,%20January%202021.pdf> accessed 28 July 2021.

³⁷ *Ibid*.

is a provision that civil society should be represented in a consultative committee which may make communications at its own initiative or at the request of a Committee of Senior Officials.³⁸

This is perhaps surprising. It is useful to highlight two issues that are relevant for floriculture workers. First, there are no safeguards regarding the right to health and safety at work in the EAC-EU EPA, while newspapers in the EU have been reporting on risks to occupational health and safety in the Kenyan floriculture industry since the 1990s.³⁹ Floriculture workers are exposed to extreme temperatures in the greenhouses and cold rooms, and to a plethora of toxic chemicals, including those that are illegally imported. Second, no gender impact assessment has been carried out, while the EAC-EU EPA is likely to further contribute to the feminisation of precarious labour. The higher-paying jobs, such as supervision and construction, are disproportionately given to men in the floriculture sector. Women are concentrated in the more numerous lower-paying jobs, such as planting and picking. The gender factor cannot be isolated from a series of other factors. Many workers are single mothers who have migrated from non-flower growing regions to flower growing areas, such as the farms around Lake Naivasha. These internal migrants rely upon their employers for housing, transport, meals and medical assistance.

The post-Cotonou agreement between the EU and the OACPS, nevertheless, has the promotion, protection and fulfilment of human rights, democratic principles and the rule of law as central objectives and essential elements.⁴⁰ Gender equality requires particular attention to achieve these objectives. This agreement explains that the Parties shall preserve and broaden an enabling space for an active, organised and transparent civil society.⁴¹ The Parties also agreed to promote the involvement of civil society and the private sector in dialogues to address trade and trade related issues of common interest.⁴² The Africa protocol to the post-Cotonou agreement notes in this regard that the Parties shall promote and facilitate dialogue between employers' and workers' organisations in the formal and informal economy and civil society organisations, including through capacity building.⁴³ The Parties shall ensure an open and enabling space for individuals and civil society to voice their aspirations and concerns, express their opinions or make contributions to all political, economic,

³⁸ Art 108(1) EAC-EU EPA.

³⁹ Aleydis Nissen, 'In Kenia is de Ene Rozenplantage de Andere Niet: "Klagen is Ontslag Vragen"' *Knack* (Brussels, 24 October 2020) <<https://www.knack.be/nieuws/wereld/in-kenia-is-de-ene-rozenplantage-de-andere-niet-klagen-is-ontslag-vragen/article-longread-1656597.html>> accessed 24 October 2020.

⁴⁰ Art 1.3 and 9.6 post-Cotonou agreement. See also art 9 Cotonou agreement.

⁴¹ Art 11(4) post-Cotonou agreement.

⁴² Art 50(10) *ibid.*

⁴³ Art 35(6) Africa Protocol to *ibid.*

social and cultural matters, contributing to increasing confidence in public institutions.⁴⁴

Furthermore, the EU and the OACPS reaffirm their commitment to achieving full and productive employment and decent work for all women and men.⁴⁵ While the Parties recognise their respective rights to determine sustainable development policy objectives and priorities and establish their own levels of domestic protection, they stipulate that it is inappropriate to encourage trade and investment by lowering or offering to lower the level of domestic protection afforded in labour and environmental laws, or their enforcement.⁴⁶ The Parties agree to ensure respect for labour and social standards enshrined in the conventions and protocols of the ILO. They shall promote safe and secure working environments for all workers in line with the ILO framework.⁴⁷ They commit, in particular, to social dialogue and to the promotion and effective implementation of the core labour standards.⁴⁸ Article 33.2 of the post-Cotonou agreement even determines that the Parties 'shall' make 'sustained and continuous efforts' to ratify or accede to, as appropriate, conventions and protocols relating to core labour standards: the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; the elimination of all forms of forced or compulsory labour; the effective abolition of child labour; and the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.⁴⁹ While it is not expressed that such efforts should be uninterrupted, this is considerably strong language. The Cotonou agreement simply stated that the ACP and the EU reaffirmed their commitment to the ILO core labour standards.⁵⁰ The language used in the Post-Cotonou reflects the language that has been used in the EU's 'new generation' of free trade agreements since 2010.⁵¹ For example, Article 13.4.3 of the Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the EU (2010) determines that the Parties agree to make continued and sustained efforts towards ratifying the fundamental ILO Conventions as well as the other conventions that are classified as 'up-to-date' by the ILO.⁵²

⁴⁴ Art 64 post-Cotonou agreement.

⁴⁵ Arts 33.1 and 33.3 *ibid*. See also art 36 Africa Protocol to *ibid*.

⁴⁶ Art 49.2 and 49.3 post-Cotonou agreement.

⁴⁷ Arts 33.3 and 43.3 *ibid*. See also art 36.3, 36.4 and 41.3 Africa Protocol to *ibid*.

⁴⁸ Arts 33.2 post-Cotonou agreement.

⁴⁹ *Ibid*.

⁵⁰ Art 50 Cotonou agreement.

⁵¹ Aleydis Nissen, 'Towards "More Assertive Enforcement" of Labour Obligations in EU FTAs' (working paper).

⁵² *Ibid*; Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part (signed 6 October 2010, entered into force 13 December 2014) L127 p 6 (EU-Korea FTA).

4. Priorities

In a joint statement published in June 2021, Kenya and the EU re-affirmed their commitment to democracy, the rule of law and human rights.⁵³ They also committed to strengthen cooperation in these issues in their strategic dialogue.⁵⁴ These efforts build upon recent Conclusions made by the Council of the EU that consider Kenya as a strategic partner in the Horn of Africa for various issues, including trade, investment and human rights because Kenya is considered to have strong potential for enhancing regional stability.⁵⁵ As of July 2021, the EU has been reflecting internally on the modalities regarding the bilateral implementation of the Economic Partnership Agreement with Kenya.⁵⁶ This section suggests two priorities for floriculture workers that should be taken into account in the strategic dialogue: sustained and continuous efforts towards Kenya's ratification of the ILO Convention No. 87 on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise and the broadening of an enabling space for an active, organised and transparent civil society. Such priorities build upon the commitments made in the post-Cotonou agreement that were explained in section 3 of this article.

Kenya's ratification of the core labour rights Convention No. 87 – the only core labour rights convention that it has not ratified – should be a priority in the strategic dialogue between the EU and Kenya. Frequent violations of the right to association occur in Kenya. Notoriously, Maina Kiai was reportedly detained at the airport of Nairobi by the immigration authorities before boarding a flight abroad in 2017.⁵⁷ He is the former UN Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association and board member of the NGO Kenya Human Rights Commission (KHRC). The KHRC operates as a shadow national human rights institution that complies with the Paris Principles.⁵⁸ This NGO interviewed 738 floriculture workers for its report “Wilting in Bloom” The Irony

⁵³ Kenya and EU, 'Joint Statement to the Press' (2021)

<www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/06/21/joint-statement-to-the-press-by-the-republic-of-kenya-and-the-european-union/> accessed 28 June 2021.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Council of the EU, 'The Horn of Africa: a Geo-Strategic Priority for the EU – Council Conclusions' (2021) 8135/2 para 34.

⁵⁶ European Commission, 'Overview of Economic Partnership Agreements. Updated in July 2021' (2021)
<https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf> accessed 28 July 2021.

⁵⁷ Communication from Michel Frost, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders, David Kaye, Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression and Annalisa Ciampi, Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and Association to Kenya (25 August 2017) AL KEN 11/2017.

⁵⁸ UN General Assembly, Res 48/134 (1993) UN Doc A/48/49.

of Women Labour Rights in the Cut Flower Sector in Kenya'.⁵⁹ In this report, the KHRC describes instances of intimidation and discrimination against floriculture workers that join the Kenya Plantation and Agricultural Workers Union (KPAWU).⁶⁰ The main effect is that unionised floriculture workers are deprived from collective bargaining opportunities. The report also describes that KPAWU's parent organization, the Central Organization of Trade Unions (COTU-K) suffers from undemocratic top-down governance structures and a general lack of accountability and transparency in the utilisation of union funds.⁶¹ KPAWU and its parent organization regularly violate the freedom of association and the right to organise. They use the legal system – including laws and court procedures – to do this. In the run-up of the 2007 presidential elections, COTU-K pressured then President Mwai Kibaki to adopt its proposed labour laws.⁶² It reportedly threatened to otherwise mobilise its large membership base to vote against him. Due to the time pressure, the laws were passed without broad stakeholder consultations. This allowed COTU-K to strengthen its monopoly position in Kenya. Notoriously, section 14(1)(d)(i) of the Labour Relations Act (2007) determines that a trade union may only apply for registration if no other trade union is already registered. KPAWU has continually been bringing lawsuits in court against the recognition of the Kenya Export Floriculture, Horticulture and Allied Workers Union (KEFHAU), which tried to register for the first time in 2009.⁶³ In so doing, COTU-K and KPAWU deprive floriculture workers of the opportunity to join a union that is tailored to their needs, including specific protection of occupational health and safety and the rights of women workers. Violations of the right to organise are well-known to be correlated with weak protection of the right to safe and healthy work.⁶⁴ Furthermore, COTU-K has a strong masculinist culture that often excludes women's voices and issues.⁶⁵

⁵⁹ KHRC, "'Wilting in Bloom" The Irony of Women Labour Rights in the Cut Flower Sector in Kenya' (2012) <www.khrc.or.ke/publications/63-wilting-in-bloom-the-irony-of-women-s-labour-rights-in-the-cut-flower-sector-in-kenya/file.html> accessed 28 February 2020.

⁶⁰ Ibid p 9.

⁶¹ Ibid p 31.

⁶² Aleydis Nissen, 'Kenyan Vulnerable Flower Workers' Access to Justice: a Case Study' (2021) 7(2) *Labour & Law Issues* p C.32.

⁶³ *KPAWU v David Benedict Omulama and others and the Registrar of Trade Unions* (2017) 141/2014 Court of Appeal (Nairobi); *KPAWU v KEFHAU represented by David Benedict Omulama and others and the Registrar of Trade Unions* (2018) 5/2017 Court of Appeal (Nairobi).

⁶⁴ HRC, 'Principles on Human Rights and the Protection of Workers from Exposure to Toxic Substances. Report of the Special Rapporteur on the Implications for Human Rights of the Environmentally Sound Management and Disposal of Hazardous Substances and Wastes' (2019) UN Doc A/HRC/42/41 Principle 10.

⁶⁵ Nissen (n 62) p C.33.

Kenya has ratified the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, providing for the freedom of association and the enjoyment of just and favourable conditions of work, including safe and healthy working conditions as well as the International Covenant on Civil and Political Right, providing for the right of peaceful assembly and freedom of association.⁶⁶ However, Kenya is not a party to the Optional Protocols to both Covenants. Accordingly, (groups of) individuals are not allowed to submit communications to the committees that monitor these Covenants to claim alleged violations of these obligations. However, complaints against Kenya can be filed by workers' organizations and employers' organizations to the ILO Committee on Freedom of Association. While Kenya has not ratified ILO Convention No. 87, the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work commits Kenya – like all ILO Member States – to respect and promote core labour rights. Ratification of ILO Convention No. 87 remains important (as indicated by the post-Cotonou agreement).⁶⁷ Even if Kenya would not be convinced that trade union rights are important, just paying lip-service to such rights can trigger important changes on the ground. Ciprian Radavoi and Yongmin Bian argue in this regard that purely symbolic adoption can start events that will – in the long run – lead to actual implementation.⁶⁸ For such effect to take place, Thomas Risse and Kathryn Sikkink write that human rights need to be institutionalized in international and domestic law and that public naming and shaming need to be likely to occur when rights violations take place.⁶⁹ The remainder of this section determines that human rights are increasingly institutionalised in Kenya, but that public naming and shaming has become increasingly difficult during Kenyatta's time in office.

Some flaws in the 2007 Labour Relations Act have been remedied by the 2010 Constitution. Women's organisations and other civil society organisations

⁶⁶ Arts 7 and 8 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3 (ICESCR); Arts 21 and 22 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR) (Note that the UN Human Rights Committee that monitors the ICCPR examines this article mostly in relation to political parties and NGOs).

⁶⁷ ILO, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (86th Conference Session Geneva) (1998). See also ILO, Declaration on Social Justice for a Fair Globalization (97th Conference Session Geneva) (2008).

⁶⁸ Ciprian Radavoi and Yongmin Bian, Isomorphic Mutation and Strategic Adaptation in China's CSR Standards for Overseas Investors in Belén Díaz, Nicholas Capaldi, Samuel Idowu and René Schmidpeter (eds) *Responsible Business in a Changing World* (Springer 2020) p 264.

⁶⁹ Thomas Risse and Kathryn Sikkink, 'Conclusions' in Thomas Risse, Stephen Ropp and Kathryn Sikkink (eds), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance* (Cambridge University Press 2013) p 284. Independent courts that can support rights claims are also important. For an analysis, see Nissen (n 62).

succeeded to make their voices heard in this document to a considerable degree.⁷⁰ The Constitution introduces a Bill of Rights that binds all State organs and all persons, including companies, associations and other bodies of persons.⁷¹ Furthermore, Article 2(1) of the Constitution determines that it takes precedence or supersedes any other law. In the absence of a specialised court to address constitutional matters, all Kenyan superior courts have the authority to make interpretations and determinations on the Constitution. Some judges have used this opportunity to determine that provisions in the Labour Relations Act are not in the letter and spirit of the Constitution.⁷² Notably, an Industrial and Labour Relations Court relied upon the Bill of Rights to require the Registrar of Trade Unions to grant KEFHAU registration, noting that floriculture workers need specific protection.⁷³ (At the time of writing, KEFHAU is not yet operational, as the Supreme Court has failed to call out the incompatibility of the single union requirements of section 14(1)(d)(i) Labour Relations Act with Article 24 of the Constitution and Kenya's international obligations, including article 8 ICESCR.⁷⁴)

Public naming and shaming remains, nevertheless, highly problematic. The relations between COTU-K and NGOs were already hostile when prominent figures in former President Daniel Arap Moi's Administration started investing in flower cultivation.⁷⁵ COTU-K still portrays NGOs as self-serving groups that try to weaken the united voice of workers. While NGOs, of course, pursue their own agenda, COTU-K has consistently promoted the myth that labour rights are entirely distinct from human rights, and therefore, so the reasoning goes, its reserved domain. While there is some discussion regarding the relation between labour rights and human rights, it is widely recognised that the core labour rights

⁷⁰ Nkatha Kabira, 'Constitutionalizing Traveling Feminisms in Kenya' (2019) 52 Cornell International Law Journal.

⁷¹ Art 20 Constitution (2010).

⁷² See Kenya (National Council for Law Reporting), 'Legislation / Provisions of the Law Declared Unconstitutional' <www.kenyalaw.org/kl/index.php?id=8662> accessed 28 February 2020.

⁷³ *David Benedict Omulama and others v the Registrar of Trade Unions* (2014) 7/2011 Industrial Court (Nairobi). See also *KPAWU v David Benedict Omulama and others* (2017) 141/2014 Court of Appeal (Nairobi).

⁷⁴ *KPAWU v KEFHAU and the Registrar of Trade Unions* (2020) 4/2018 Supreme Court. See *KEFHAU v KPAWU et al.* (2021) e6451/2020 Employment and Labour Relations Court (Nakuru).

⁷⁵ Eric Otenyo, 'Politics and the Lack of Labor Militancy in Kenya: Trade Unionism after Independence' in Michael Mwenda Kithinji, Mickie Mwanzia Moster and Jerono Rotich (eds), *Kenya After 50* (Palgrave Macmillan 2016) pp 115 and 122.

are human rights.⁷⁶ In Kenya, however, various NGO representatives believe that these are entirely separate concepts.

In addition, the space for civil society has been shrinking since Uhuru Kenyatta took office in 2013. A National Steering Committee was set up through a multi-stakeholder forum to develop a National Action Plan on Business and Human Rights in 2016, but only a limited range of civil society organisations had been consulted.⁷⁷ The government has also actively tried to weaken the impact of the Public Benefits Organizations Act (2013).⁷⁸ Among other things, this Act places the regulation of NGOs and civil society organizations under the authority of the Ministry of Planning and Devolution, responsible for supporting the 47 county governments through policy formulation, capacity support and intergovernmental relations. According to the Constitution, the governments at the national and county levels are distinct but interdependent.⁷⁹ They must conduct their mutual relations on the basis of consultation and cooperation. However, the NGO Co-ordination Board, a central agency working under the authority of the Ministry of Interior and Coordination, has remained in charge.⁸⁰ In 2015, this Board announced its intention to cancel the registration of 957 NGOs, including the KHRC.⁸¹ In 2017, there have been new allegations of intimidation of KHRC. Three UN Special Rapporteurs linked this to the fact that KHRC had questioned the credibility of Kenyatta's re-election. Competition for public office and a considerable degree of participation by citizens in electing governments are important elements to ensure that democratic principles and human rights are respected, promoted and fulfilled.⁸² The Board reportedly advised the Central Bank of Kenya to freeze the KHRC's assets and to 'deport all foreigners'.

⁷⁶ Janice Bellace and Beryl ter Haar, 'Perspectives on Labour and Human Rights' in Janice Bellace and Beryl ter Haar (eds), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law* (Routledge 2019) p 3.

⁷⁷ Kenya (Government), 'NAP' (2019); UN Working Group on Business and Human Rights, 'Statement at the End of Visit to Kenya' (2018) <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23356&LangID=E> accessed 1 December 2018.

⁷⁸ OHCHR, 'UN Experts Urge Kenya to End Crackdown on Rights Groups to Ensure Fair Elections' (2017) <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21172&LangID=E> accessed 30 September 2019.

⁷⁹ Art 6(2) and 189(1) Constitution (2010); Faith Simiyu, 'Demystifying the Quest for Developed Governance of Agriculture in Kenya' (2015) *Jomo Kenyatta University of Agriculture and Technology Law Journal* p 5.

⁸⁰ AL KEN 11/2017 (n 57).

⁸¹ Communication from David Kaye, Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Maini Kiai, Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and Association and Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders to Kenya (6 February 2017) AL KEN 3/2017.

⁸² Cf art 64 post-Cotonou agreement; Risse and Sikink (n 69) p 287.

Designating civil society organisations as ‘foreign agents’ is a well-known tactic to stifle its workings.⁸³

In order to start a meaningful strategic dialogue about human rights with Kenya, the EU should definitely take up these accusations of intimidation of civil society. It has been explained in section 3 above that the Post-Cotonou agreement provides a legal basis to do this. It is also important to stress that the EU should not abuse the bilateral relations to push the interests of business people from the EU in Kenya. This has happened in the past. Together with the Kenyan elite and Indian business people, European business people own the approximately 190 larger flower farms in Kenya.⁸⁴ In response to the allegations regarding human rights violations in the floriculture sector in the 1990s, they have certified their flowers with development aid funded by individual EU Member States.⁸⁵ This development might seem to be a success story, but it emerged from the interviews that it has created two considerable challenges on the ground. First, voluntary standards are reportedly used as an excuse to not create comprehensive mandatory regulation to protect agriculture workers. Second, these standards have created considerable barriers for the approximately 2,500 Kenyan smallholders who have difficulties to understand ethical consumer demands in the EU.

5. Conclusion

While the other EAC Partner States remain reluctant to ratify the EAC-EU EPA, they allowed Kenya to start its implementation under the principle of variable geometry in June 2021. Article 3 EAC-EU EPA planned a ‘rendez-vous’ for the Parties to discuss human rights. In their strategic dialogue, Kenya and the EU referred to cooperation on human rights issues. This article explained that Kenya and the EU need to be careful not to subordinate the perceived interests of floriculture workers to people with economic and political capital. This article identified Kenya’s ratification of core labour rights Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise as a priority. Article 33.2 of the post-Cotonou agreement – that has been initialled in April 2021 – determines

⁸³ David Birchall, ‘The Role of Civil Society and Human Rights Defenders in Corporate Accountability’ in Surya Deva and David Birchall (eds), *The Edward Elgar Research Handbook on Human Rights and Business* (Edward Elgar 2020) p 440.

⁸⁴ Agnieszka Kazimierczuk, Paul Kamau, Bethuel Kinuthia and Catherine Mukoko, ‘Never a Rose without a Prick: (Dutch) Multinational Companies and Productive Employment in the Kenyan Flower Sector’ (2018) ASC Working Paper Nr 142 <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/64705/Working_paper_142.pdf?sequence=1> accessed 20 December 2018 p 18.

⁸⁵ Alex Hughes, ‘Global Commodity Networks, Ethical Trade and Governmentality: Organising Business Responsibility in the Kenyan Cut Flower Industry’ (2001) 26(4) *Transactions of the Institute of British Geographers* p 395.

in this regard that the Parties 'shall' make 'sustained and continuous efforts' to ratify or accede to, as appropriate, conventions and protocols relating to core labour standards. Even if Kenya would not be convinced that trade union rights are important, paying lip-service to such rights can limit the outsized influence of the centralised trade union COTU-K. For such effect to take place, it will be important that active, organised and transparent civil society organisations can voice their aspirations and concerns. This is another priority area of cooperation that the EU and Kenya need to explore. One important issue will be to broaden the space for civil society to monitor Kenya's next general election in August 2022.

Bibliography

Janice Bellace and Beryl ter Haar, 'Perspectives on Labour and Human Rights' in Janice Bellace and Beryl ter Haar (eds), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law* (Routledge 2019).

David Birchall, 'The Role of Civil Society and Human Rights Defenders in Corporate Accountability' in Surya Deva and David Birchall (eds), *The Edward Elgar Research Handbook on Human Rights and Business* (Edward Elgar 2020).

Council of the EU, 'The Horn of Africa: a Geo-Strategic Priority for the EU – Council Conclusions' (2021) 8135/2.

EAC, 'Joint Communiqué: 19th Ordinary Summit of Heads of State of the East African Community' (2019) <<https://www.eac.int/communique/1001-joint-communiqu%C3%A9-19th-ordinary-summit-of-heads-of-state-of-the-east-african-community>> accessed 11 May 2021.

EAC, 'Joint Communiqué: 21th Ordinary Summit of Heads of State of the East African Community' (2021) <www.eac.int/communique/1942-communiqué-of-the-21st-ordinary-summit-of-the-east-african-community-heads-of-state> accessed 11 May 2021.

European Commission, 'East African Community' <<https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/eac/>> accessed 1 December 2020.

European Commission, 'European Union, Trade in Goods with Kenya' (2020) <https://webgate.ec.europa.eu/isdb_results/factsheets/country/details_kenya_en.pdf> accessed 28 July 2021.

European Commission, 'European Union, Trade in Goods with Tanzania' (2020) <https://webgate.ec.europa.eu/isdb_results/factsheets/country/details_tanzania_en.pdf> accessed 28 July 2021.

European Commission, 'Overview of Economic Partnership Agreements. Updated in July 2021' (2021) <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf> accessed 28 July 2021.

Michel Frost, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders, David Kaye, Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression and Annalisa Ciampi, Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and Association to Kenya (25 August 2017) Communication AL KEN 11/2017.

Geoffrey Gertz, 'Kenya's Trade Liberalization of the 1980s and 1990s: Policies, Impact, and Implications' (2010) Carnegie Endowment for International Peace Background Paper <https://carnegieendowment.org/files/kenya_background.pdf> accessed 26 May 2021.

Alex Hughes, 'Global Commodity Networks, Ethical Trade and Governmentality: Organising Business Responsibility in the Kenyan Cut Flower Industry' (2001) 26(4) *Transactions of the Institute of British Geographers*.

HRC, 'Principles on Human Rights and the Protection of Workers from Exposure to Toxic Substances. Report of the Special Rapporteur on the Implications for Human Rights of the Environmentally Sound Management and Disposal of Hazardous Substances and Wastes' (2019) UN Doc A/HRC/42/41.

Nkatha Kabira, 'Constitutionalizing Traveling Feminisms in Kenya' (2019) 52 *Cornell International Law Journal*.

David Kaye, Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Maini Kiai, Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and Association and Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders to Kenya (6 February 2017) Communication AL KEN 3/2017.

Agnieszka Kazimierczuk, Paul Kamau, Bethuel Kinuthia and Catherine Mukoko, 'Never a Rose without a Prick: (Dutch) Multinational Companies and Productive Employment in the Kenyan Flower Sector' (2018) ASC Working Paper Nr 142

<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/64705/Working_paper_142.pdf?sequence=1> accessed 20 December 2018.

Kenya (Central Bank), 'Monetary Policy Committee Flower Farms Survey' (2021) <www.centralbank.go.ke/uploads/market_perception_surveys/848246841_MPC%20Survey%20of%20Flower%20Farms,%20January%202021.pdf> accessed 28 July 2021.

Kenya (Government), 'NAP' (2019); UN Working Group on Business and Human Rights, 'Statement at the End of Visit to Kenya' (2018) <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23356&LangID=E> accessed 1 December 2018.

Kenya (National Council for Law Reporting), 'Legislation / Provisions of the Law Declared Unconstitutional' <www.kenyalaw.org/kl/index.php?id=8662> accessed 28 February 2020.

Kenya (Office of the Attorney General, Department of Justice) and Kenya National Commission on Human Rights, 'The National Action Plan on Business and Human Rights in Kenya. Report on the stakeholder Consultations held in Turkana County' (2017) <<http://nap.knchr.org/Portals/0/Reports/Turkana%20regional%20consultation%20report.pdf?ver=2017-09-04-174649-783>> accessed 28 February 2020.

Kenya and EU, 'Joint Statement to the Press' (2021) <www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/06/21/joint-statement-to-the-press-by-the-republic-of-kenya-and-the-european-union/> accessed 28 June 2021.

KHRC, "'Wilting in Bloom" The Irony of Women Labour Rights in the Cut Flower Sector in Kenya' (2012) <www.khrc.or.ke/publications/63-wilting-in-bloom-the-irony-of-women-s-labour-rights-in-the-cut-flower-sector-in-kenya/file.html> accessed 28 February 2020.

Wanyama Masinde and Christopher Otieno Omolo, 'The Road to East African Integration' in Emmanuel Ugirashebuja, John Eudes Ruhangisa, Tom Ottervanger and Armin Cuyvers (eds), *East African Community Law* (Brill 2017).

Winnie Mitullah, Paul Kamau and Joshua Kivuva, 'Employment Creation in Agriculture & Agro-Processing Sector in Kenya in the Context of Inclusive Growth: Political Economy & Settlement Analysis' (2017) Partnership for African Social & Governance Research Working Paper Nr 20 <www.pasgr.org/wp-content/uploads/2017/08/Employment-creation-in-agriculture-and-agro-

processing-sector-in-Kenya-in-the-context-of-inclusive-growth.pdf> accessed 28 February 2020.

Benjamin William Mkapu, 'Why the EPA is not Beneficial to Tanzania' (*The South Bulletin*, 1 November 2016) <www.southcentre.int/question/why-the-epa-is-not-beneficial-to-tanzania/> accessed 28 February 2020.

Aggrey Mutambo, 'East Africa: Kenya Moves to Implement Trade Deal with EU as Neighbours Lag' *Daily Nation* (Nairobi, 23 June 2021) <<https://nation.africa/kenya/news/kenya-moves-to-implement-trade-deal-with-eu-as-neighbours-lag-3447546>> accessed 28 July 2021.

Aleydis Nissen, 'The European Union as a Manager of Global "Business and Human Rights" Regulation: Country-by Country Reporting Rules' (2019) 8(2) UCL Journal of Law & Jurisprudence.

Aleydis Nissen, 'In Kenia is de Ene Rozenplantage de Andere Niet: "Klagen is Ontslag Vragen"' *Knack* (Brussels, 24 October 2020) <<https://www.knack.be/nieuws/wereld/in-kenia-is-de-ene-rozenplantage-de-andere-niet-klagen-is-ontslag-vragen/article-longread-1656597.html>> accessed 24 October 2020.

Aleydis Nissen, 'Kenyan Vulnerable Flower Workers' Access to Justice: a Case Study' (2021) 7(2) Labour & Law Issues.

Aleydis Nissen, 'Towards "More Assertive Enforcement" of Labour Obligations in EU FTAs' (working paper).

OHCHR, 'UN Experts Urge Kenya to End Crackdown on Rights Groups to Ensure Fair Elections' (2017) <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21172&LangID=E> accessed 30 September 2019.

Phoebe Okowa, 'The Pitfalls of Unilateral Legislation in International Law: Lessons from Conflict Minerals Regulation (2020) 69 International and Comparative Law Quarterly.

Eric Otenyo, 'Politics and the Lack of Labor Militancy in Kenya: Trade Unionism after Independence' in Michael Mwenda Kithinji, Mickie Mwanzia Moster and Jerono Rotich (eds), *Kenya After 50* (Palgrave Macmillan 2016).

Eric Pichon, 'Briefing. International Agreements in Progress. Economic Partnership Agreement with the East African Community' (2018)

<[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/620218/EPRS_BRI\(2018\)620218_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/620218/EPRS_BRI(2018)620218_EN.pdf)> accessed 28 February 2020.

Ciprian Radavoi and Yongmin Bian, *Isomorphic Mutation and Strategic Adaptation in China's CSR Standards for Overseas Investors* in Belén Díaz, Nicholas Capaldi, Samuel Idowu and René Schmidpeter (eds) *Responsible Business in a Changing World* (Springer 2020).

Thomas Risse and Kathryn Sikkink, 'Conclusions' in Thomas Risse, Stephen Ropp and Kathryn Sikkink (eds), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance* (Cambridge University Press 2013).

Faith Simiyu, 'Demystifying the Quest for Developed Governance of Agriculture in Kenya' (2015) *Jomo Kenyatta University of Agriculture and Technology Law Journal*.

Amy Steward, 'Flower Power' (2007) 161 *Foreign Policy*.

UN General Assembly, Res 48/134 (1993) UN Doc A/48/49.

David Whitehouse, 'Kenya's Flower Growers to Share Brexit Pain' *The Africa Report* (Paris, 17 April 2019) <www.theafricareport.com/11976/kenyas-flower-growers-to-share-brexit-pain/> accessed 20 September 2019.

X, 'Study Reveals What Sustained Kenya's Economy in 2020' *Further Africa* (London, 15 July 2021) <<https://furtherafrica.com/2021/07/15/study-reveals-what-sustained-kenyas-economy-in-2020/>> accessed 28 July 2021.

Robert Yin, *Case Study Research and Applications. Design and Methods* (Sage 2018).