

“UNO STUDIO IN ROSSO”. SICUREZZA, SISTEMI E
ALTERITÀ ARTIFICIALI*

“A STUDY IN SCARLET”. SECURITY, SYSTEMS AND ARTIFICIAL
ALTERITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 54-83

* Questo saggio è destinato al volume che raccoglie gli Scritti in onore di Raffaele De Giorgi.



Manolita
FRANCESCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: L'“incolore matassa della vita” è scandita dal filo rosso delle forme di sicurezza, rese negli ambienti del biopotere, della statistica-finanziaria e, infine, dell'intricato mercato farmaceutico. Molteplici forme di razionalità – genetica, economica, statistica, scientifica – incidono sui sistemi sociali che le autogenerano, tanto da produrre una compressione dei diritti fondamentali e, nell'attualità come in passato, l'emersione di nuove alterità artificiali.

PALABRAS CLAVE: Sicurezza; sistemi; razionalità; alterità artificiali.

ABSTRACT: *The “colorless skein of life” is punctuated by the scarlet thread of forms of security, provided in the circles of biopower, financial statistics and, finally, the intricate pharmaceutical market. Multiple forms of rationality – genetic, economic, statistical, scientific – affect the social systems that self-generate them, producing a compression of fundamental rights and, in actuality as in the past, the emergence of new artificial alterities.*

KEY WORDS: *Security; systems; rationalities; artificial alterity.*

SUMARIO.- I. SICUREZZA, FIDUCIA E RAZIONALITÀ.- II. QUATTRO IMMAGINI A CONFRONTO: UNO STUDIO IN ROSSO.- I. Razionalità genetica e sicurezza della popolazione.- 2. Razionalità statistica e sicurezza del sistema finanziario.- 3. Razionalità economica e sicurezza del mercato.- 4. Razionalità scientifica e stabilità del sistema.- III. ALTERITÀ ARTIFICIALI (O ECCEDENZE DI ALTERITÀ) E ESPULSIONE DELLA DIFFERENZA.

I. SICUREZZA, FIDUCIA E RAZIONALITÀ.

Parlare di sicurezza nel tempo della pandemia apre a suggestioni distoniche. Viene naturale interrogarsi sulle evoluzioni del medesimo principio e chiedersi se – da sovrastruttura del linguaggio razionale – esso contribuisca alla configurazione di alterità artificiali, funzionali esclusivamente alla sua stessa esistenza¹.

È sufficiente una osservazione approssimativa del contesto culturale determinato dallo stato di pandemia perché venga alla mente che la paura è da sempre fattore propulsivo di movimenti sociali, economici e politici. Dunque, la gestione della sicurezza è altresì gestione di un ordine: incide sul linguaggio sociale, su quello comunicativo, e intorno ad essa si sviluppa l'azione comune, di una comunità e dei suoi appartenenti². La minaccia di un pericolo, di un rischio, muta il comportamento razionale collettivo³, mentre include provoca naturali esclusioni di ciò che è considerato pericoloso. Ciò accade con il rischio di contagio al pari di

1 Sia consentito un rinvio a FRANCESCA, M.: "Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", *Rass. dir. civ.*, 2020, in corso di pubblicazione.

2 FOUCAULT, M.: *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it. di P. Napoli, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 21 ss., spec. p. 49 ss., allorché è sottolineato che "la normalizzazione disciplinare consiste nell'introdurre un modello ottimale costruito in funzione di un certo risultato in modo da rendere le persone, i loro gesti e atti conformi a tale modello: normale è chi è capace di conformarsi a questa norma, anormale è chi non riesce. Nella normalizzazione disciplinare non è prioritario il normale e l'anormale, ma la norma stessa, che detiene un carattere originariamente prescrittivo da cui discende la possibilità stessa di determinare ciò che è normale e anormale". A proposito di come si normalizza Foucault richiama il caso dell'epidemia di vaiolo nel XVIII secolo, come esempio primo di reazione razionale della scienza e di governo della popolazione: "il carattere certo e generalizzabile dell'inoculazione e della vaccinazione permetteva di considerare il fenomeno in termini di calcolo delle probabilità, grazie agli strumenti statistici di cui si disponeva".

3 È suggestiva l'immagine richiamata da HOBBS, T.: *Il Leviatano*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1955, p. 91, con traduzione, introduzione e note a cura di GIAMMANCO, R. dell'edizione critica del testo del 1651 ad opera di POGSON SMITH, W.G.: "il terrore, disgiunto dalla coscienza del perché e del come nasce, è il *timor panico*, così denominato dalla leggenda che ne attribuiva la causa a Pan, laddove in verità è sempre da sospettarsi come la causa di questo sia colui che per il primo si lascia dominare dal panico perché gli altri scappano imitando l'esempio altrui, ciascuno pensando che il suo vicino conosca il perché di quello stato d'animo generale, ed è perciò che questa passione si presenta solo dove è radunata una moltitudine di popolo".

• Manolita Francesca

Professore ordinario IUS 01 presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università del Salento, attualmente Prorettore vicario dell'Università del Salento. E-mail: manolita.francesca@unisalento.it

quanto accada in termini di scelta efficiente nel sistema economico. La sicurezza è dunque un elemento strutturale della comunità, ne fissa le regole di funzionamento e allontana ciò che non è riconoscibile in essa o ciò che semplicemente determina insicurezza. Nelle società moderne, la sicurezza alimenta la fiducia, che ne costituisce il sostituto funzionale e si distacca profondamente dalla tradizionale *fides*; quella stessa *fides* che trovava i suoi addentellati nel rapporto tra il singolo, la comunità e il potere divino⁴. La gestione del rischio è insomma coeva all'uomo e alla necessità di creare raggruppamenti o, probabilmente, ne è la giustificazione profonda⁵.

La medesima struttura delle regole è ontologicamente conformata sulla sicurezza e alimenta la speranza⁶: esse sono infatti prescrittive, esibiscono la funzione se A consegue B, che consegna certezza rispetto al futuro, sicurezza rispetto agli effetti che un dato comportamento produrrà in termini di valutazione⁷. Attraverso le regole si controlla il comportamento di una pluralità di soggetti, a loro volta garantiti nell'aspettativa che nutrono verso comportamenti altrui⁸. In questo senso, le regole sono predittive: esse consentono di coltivare speranze verso il futuro, rispetto a comportamenti che sono assunti dalla norma come attendibili⁹, in quanto governati dalla coercibilità propria dell'ordinamento, ma

4 DE GIORGI, R.: "Evoluzione della fiducia e periferie dell'accadere", in Id., *Temì di filosofia del diritto*, Pensa Multimedia, Lecce, 2006, p. 26 ss.

5 Il ruolo della paura nella proiezione della dimensione sociale-politica è evidente già in HOBBS, T.: *Elementi filosofici sul cittadino (De cive) (1647)*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1948, p. 77, allorché conclude che "l'origine delle grandi e durevoli società deve essere stata non già la mutua simpatia degli uomini, ma il reciproco timore". Nella nota al testo specifica, in una ideale argomentazione contro i detrattori della tesi sostenuta, che i contraddittori "scambiano il timore con il terrore. Io, invece, intendo significare, con questa parola, una specie di previsione di un male futuro". Più avanti spiega ancora che "dato l'immenso numero di pericoli di cui gli istinti naturali degli uomini seminano quotidianamente la vita umana, non possiamo scandalizzarci se questi si premuniscono [...]. Ciascuno infatti, è portato alla ricerca di quel che, per lui, è bene, e a fuggire quel che, per lui, è male, specialmente poi il massimo dei mali naturali, cioè la morte: il che accade secondo una ferrea legge di natura, non meno rigida di quella per cui una pietra cade verso il basso". Nella nota 10 N. Bobbio spiega come "questa celebre definizione del diritto è uno dei punti più controversi e mal compresi della dottrina di H. L'obbiezione è infondata. Anche per H. il diritto è la facoltà di agire secondo una regola; solo che la regola fondamentale che guida l'uomo nello stato naturale è quella che prescrive di fare quanto giova alla propria conservazione".

In una prospettiva attuale, *vid.* ancora la gestione della paura nelle democrazie moderne di FERRAJOLI, L.: "Democrazia e paura", in *La democrazia in nove lezioni*, (a cura di M. BOVERO e V. PAZÈ), Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss., spec. p. 120: qui l'affermazione che "la paura è sempre stata la principale risorsa e la principale fonte del potere" è preceduta dall'osservazione amara del tempo che vede "la sicurezza sociale aggredita dalle politiche di riduzione dello Stato sociale e di smantellamento del diritto del lavoro e minacciata dal crescente impoverimento economico, le campagne securitarie valgono infatti a soddisfare il sentimento diffuso dell'insicurezza sociale mobilitando contro il deviante e il diverso"; *cfr.* anche MORI, L.: "Paura e consenso politico", *Cosmopolis*.

6 "Nel linguaggio della quotidianità sicurezza e pulizia convergono, delimitano lo spazio dell'agire dei singoli e dell'agire politico. Sicurezza e pulizia descrivono la trasparenza di uno spazio aperto al futuro, come l'orizzonte. Speranza è l'altro additivo che conferisce energia ad un agire che rischierebbe di bloccarsi nel non sapere del futuro. [...] Al rischio opponiamo la sicurezza": DE GIORGI, R.: "Il governo della paura", in Id.: *Futuri passati. Il mondo visto da Campone*, Pensa, Lecce, 2010, p. 233 ss.

7 Kelsen, H.: *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, p. 148 ss.

8 HART, H.L.A.: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, p. 47 ss.

9 La fattispecie normativa guarda al futuro ma va ricostruita nel momento applicativo quale risultato della combinazione di regole e principi, *vid.* PERLINGIERI, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018, *passim*.

ancóra prima da una razionalità intrinseca. Si tratta di razionalità che affonda le sue radici nei comportamenti valutati come necessari, giusti (leciti) dall'ordinamento attraverso il confronto con la realtà sociale.

Per dirla con Orestano: "La riflessione del giurista continuamente riduce e "traduce" in un mondo di parole il mondo della realtà, della realtà concreta, di quella che potremmo dire la "realtà umana" (intendendo quanto gli uomini di una determinata esperienza vivono, fanno, perseguono, pensano, soffrono una realtà)"¹⁰.

Ma cosa traducono quelle parole quando il campo di osservazione non è la realtà umana, quando il medesimo campo assume forma e sostanza dell'utopia di una specifica disciplina, del cammino verso qualcosa di sperato?

Il risultato complessivo sarà in questo caso il risultato del contenuto della speranza e della realtà voluta con le sue specifiche leggi.

Shylock, nel Mercante di Venezia, fu messo di fronte alla scelta tra asportare una libra di carne dal corpo di Antonio, quale conseguenza contrattuale dell'inadempimento, o rinunciare all'azione. Nel primo caso, assumeva il rischio di essere giudicato colpevole dell'attentato alla vita di un cittadino veneziano, là dove l'asporto avesse determinato la perdita anche soltanto di una goccia di sangue. Un rischio che Shylock decise di non correre, perché il giudizio successivo sarebbe stato ovvio, in quanto ovvia era la conoscenza comune della base scientifica cui sarebbe poggiata la futura valutazione.

Ma le esigenze di sicurezza e di pulizia nella storia dei popoli iniziano lentamente a spostarsi da una radice antropologica e comune, di regole affermate su prassi, pratiche, comportamenti che hanno dimostrato nel tempo la capacità di produrre vantaggi sociali e individuali¹¹, alla tecnocrazia scientifica che vincola sia le scelte

10 ORESTANO, R.: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Feltrinelli, Bologna, 1987, p. 386.

11 Secondo HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, London, 1982, p. 126 ss., spec. p. 127: "the difference in meaning between "law" as it is applied to the *nomos* and "law" as it is used for all the other *theses* which emerge from legislation, comes out most clearly if we consider how differently the "law" relates to its application in the two cases. A rule of conduct cannot be "carried out" or "executed" as one carries out an instruction. One can obey the former or enforce obedience to it; but a rule of conduct merely limits the range of permitted action and usually does not determine a particular action; and what it prescribes is never accomplished but remains a standing obligation on all. Whenever we speak of "carrying out a law" we mean by the term "law" not a *nomos* but a *thesis* instructing somebody to do particular things. It follows that the "law-giver" whose laws are to be "executed" stands in a wholly different relation to those who are to execute them from the relation in which a "law-giver" who prescribes rules of just conduct stands to those who have to observe them. The first kind of rules will be binding only on the members of the organization which we call government, while the latter will restrict the range of permitted actions for any member of the society. The judge who applies the law and directs its enforcement does not "execute" it in the sense in which an administrator carries out a measure, or in which the "executive" has to carry out the decision of the judge". Sul punto cfr. la recente analisi di GRONDONA, M.: "Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su Hayek": *"The Political Order of a Free People"*)", in *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview* (a cura di C.A. D'ALESSANDRO e C. MARCHESI), Romatre-Press, Roma, 2018, p. 295 ss.

normative sia quelle di giudizio. Nella seconda prospettiva, è la storia della paura artificiale, non più mossa da quella dell'ignoto, del non conosciuto, ma suffragata dalla conoscenza fondata su leggi scientifiche.

Se al diritto è coeva la distinzione, per ciò che non è e, appunto, non ha diritto, e se l'idea di giustizia risponde al fondo a una logica organizzativa fondata sulla risoluzione dei conflitti e, a volte, lontana dal concetto della giustizia del riconoscimento, le leggi scientifiche hanno talvolta contribuito alla creazione di una alterità artificiale, che potremmo definire come sistemica, propria cioè della medesima funzione del sistema¹².

La razionalità non è quella a stati discreti descritta da Turing¹³ nel discorso intorno alla prima intelligenza artificiale, quella indotta genericamente dai bisogni dell'uomo; essa ha subito una evoluzione e ha superato abbondantemente le esigenze primarie della collettività per specializzarsi in altrettante razionalità: genetica, statistica, economica, scientifica¹⁴. Queste razionalità governano i medesimi sistemi che le producono e, attraverso la loro connessione, incidono sul funzionamento di più generali stati complessi¹⁵.

-
- 12 COSÌ DE GIORGI, R.: "Por Una Ecologia Dos Direitos Humanos", *R. Opin. Jur. Fortaleza*, 2017, p. 324 ss. "Ma fu così, anche, che si vide quanto grande era lo spazio dell'azione che poteva essere occupato dalla *dérason*. Una eccedenza di alterità. Si spiega in questo modo il fatto che l'invenzione della ragione moderna ebbe come sua reale conseguenza il grande internamento di cui parla splendidamente Foucault. L'internamento di massa si giustifica con la necessità di proteggere la ragione. Ma, nell'universo dell'inclusione, ciò che deve essere protetto è la ragione del diritto, la ragione dell'economia, la ragione della politica. Sono queste le ragioni della ragione" (traduzione in italiano del testo originale in portoghese).
- 13 TURING, A.M.: *Computing machinery and intelligence*, *Mind*, 59, 1950, p. 433 ss., trad. it. *Macchine calcolatrici e intelligenza*, in *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale* (a cura di V. SOMENZI e R. CORDESCHI), Einaudi, Torino, 1986, p. 157 ss. *Vid.* la recente riflessione di FEMIA, P.: "Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico", *Atti S.I.S.Di.C., Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Esi, Napoli, 2020, in corso di pubblicazione.
- 14 AGAMBEN, G.: *Homo Sacer*, Feltrinelli, Torino, 1995, *passim*; FOUCAULT, M.: *Surveiller et punir: la naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, p. 222, "storicamente, il processo con cui la borghesia divenne nel corso del diciottesimo secolo la classe politicamente dominante viene mascherato con l'istituzione di una cornice giuridica esplicita, codificata e formalmente egualitaria, resa possibile dall'organizzazione di un regime rappresentativo parlamentare. Ma lo sviluppo e la generalizzazione di meccanismi disciplinari costituirono l'altro lato – quello buio – di tali processi. La forma giuridica generale che garantiva un sistema di diritti, egualitari in linea di principio, era sorretta da questi minuscoli, quotidiani, fisici meccanismi, da tutti questi sistemi di micro-potere – essenzialmente non-egualitari ed asimmetrici – che noi chiamiamo discipline". Sul punto *cfr.* DE GIORGI, R.: *Por Una Ecologia*, *cit.*, p. 324 ss. *Vid.* anche *Id.*: "Niklas Luhmann e i paradossi del diritto", in *Id.*: *Temi*, *cit.*, p. 161 ss.
- 15 *Vid.*, in particolare, FEMIA, P.: *Essere norma*, *cit.*, in corso di pubblicazione, che ricorda come ci siano "tante menti per quante strutture comunicative le contengano. Ecco: se la comunicazione è struttura, le menti sono la sua funzione, il prodotto della comunicazione strutturata. La comunicazione il veicolo, la mente la funzione, il pensiero la materia oscura, che amiamo immaginare preesistere alla struttura e alla funzione: il prima del processo, l'istante zero".

II. QUATTRO IMMAGINI A CONFRONTO: UNO STUDIO IN ROSSO.

Dalla selezione di alcuni eventi, fatti, costruzioni dell'ingegneria economico-sociale è possibile verificare quanto sopra avvertito e – “per usare un linguaggio artistico” – isolare il filo rosso “lungo l'incolore matassa”¹⁶ degli accadimenti.

I. Razionalità genetica e sicurezza della popolazione.

Le leggi razziali sono necessariamente il primo esempio, quello storicamente conclamato e, in quanto tale, immediatamente evidente. Qui l'alterità è appunto artificiale, in quanto creata *in vitro*, sul conosciuto, su quanto era fin a quel momento perfettamente integrato nella struttura sociale, tanto da dover essere rimosso in applicazione di quelle leggi¹⁷.

Il 5 agosto del 1938, sulla rivista “La difesa della razza”¹⁸, è pubblicato il Manifesto di quelle Leggi, redatto da studiosi fascisti di diverse Università italiane¹⁹. Da lì fu breve il passo ai numerosi provvedimenti amministrativi che spogliarono cittadini, fino ad allora parti cospicue del corpo civile e culturale della Nazione, dei diritti civili di partecipazione e di riconoscimento.

16 CONAN DOYLE, A.: *A Study in Scarlet*, in *Beeton's Christmas Annual*, 1887.

17 Quando la giustificazione non è più l'altro non riconoscibile, ma l'interiorizzazione della differenza è realizzata attraverso la non accessibilità ai c.d. contesti di funzione di coloro che quotidianamente partecipano alla vita sociale LUHMANN, N.: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Springer, Opladen, 1975, p. 160, *vid.* anche le riflessioni di CEVOLINI, A.: “Inclusione ed esclusione nel funzionalismo sociologico tedesco”, *Soc. pol. sociali*, 1999, p. 247 ss., spec. p. 252.

18 MAZZACANE, A.: “Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei”, in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. SPECIALE), Pàtron, Bologna, 2013, p. 23 ss. che descrive il seguente episodio all'ombra della proclamazione di quelle leggi: Mussolini impartì a Landra istruzioni opportune il 24 giugno. Successivamente “dieci docenti, appartenenti in varia misura all'indirizzo antropologico-positivista, furono poi riuniti il 2 luglio dal ministro della Cultura popolare Alfieri perché esaminassero e sottoscrivessero il testo. Di spicco fra loro erano Nicola Pende e Sabato Visco, senatore il primo, deputato il secondo. Pende però chiese che ne fosse fatta una redazione diversa, e sul punto insisté anche in seguito. Di Visco è riferito un episodio assai colorito. Pare che esclamasse indignato: “Non avalleremo le castronerie di qualche giovane a cui abbiamo avuto il torto di dare la laurea uno o due anni fa”. Chiamato in disparte dal ministro, che lo informò di come le “castronerie” fossero state dettate da Mussolini, moderò i toni, ma non la sostanza della sua posizione (...). Né Pende né Visco erano antifascisti. (...) il loro dissenso rimandava a questioni di “scuola”, ad orgoglio di “scienza”. Cfr. anche FALCONIERI, S.: “Tra “silenzio” e “militanza”. La legislazione antiebraica nelle riviste giuridiche italiane (1938-1943)”, in *Le leggi* (a cura di G. SPECIALE), o.u.c., p. 159 ss. Cfr. anche TONDI DELLA MURA, V.: “La parola «razza» nella Costituzione, ovvero: della rilevanza costituzionale di una nozione scientificamente infondata”, in *Razza, identità, culture. Un approccio interdisciplinare. Atti dell'incontro di studio Lecce, 28 settembre 2018* (a cura di S. DONADEI, M. FRANCESCA, e V. TONDI DELLA MURA), Esi, Napoli, 2019, p. 9 ss., che ricorda come basti pensare che il “Manifesto della razza fu sottoscritto da studiosi di discutibile e variegata qualificazione scientifica, accademica e professionale, ricorrendo a una motivazione appositamente “alogica”, così da corroborare “un fatto squisitamente politico”; FRANCESCA, M.: “Razza e diritto. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale”, *ivi*, p. 3 ss.

19 STOLLEIS, M.: “Comprendere l'incomprensibile: l'Olocausto e la storia del diritto”, in *Le leggi* (a cura di G. SPECIALE), o.u.c., p. 9 ss., il quale descrive “Lo sterminio degli ebrei europei” (R. Hilberg) al più tardi dalla Conferenza del Wannsee come un delirio nutrito “ad un tempo di politica e biologismo e si prefiggeva una “pulitura del corpo del popolo” veniva a comprendere tutti i gruppi menzionati ed è questo il contesto da cui prendere le mosse”. *Id.* anche RESTA, G. e ZENO-ZENCOVICH, V.: *Riparare Risarcire Ricordare Un dialogo tra storici e giuristi*, Esi, Napoli, 2012, p. 33 ss.; NUZZO, L.: “Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?”, in *Alberico Gentili e lo jus post bellum. Prospettive tra diritto e storia. Atti del convegno della XVIII Giornata Gentiliana, San Ginesio, 21-22 settembre 2018* (a cura di L. LACCHE e V. LAVENIA), Eum edizioni università di macerata, Macerata, 2020, p. 37 ss.

Il diritto aveva continuato a lavorare per distinzione e, questa volta, aveva operato attraverso leggi scientifiche sulle origini genetiche e culturali, rendendosi servitore di una apologia culturale. L'antico concetto giuridico di *status* operò una riduzione artata della capacità giuridica²⁰, ciò sebbene mancasse la giustificazione eziologica di sempre: quella della necessità – parimenti ingiustificabile – di regolare il diverso da sé, per consentire la creazione di una egemonia culturale reputata in sé giusta²¹.

2. Razionalità statistica e sicurezza del sistema finanziario.

Una donna di ottanta anni chiede un prestito ad un istituto finanziario, esibendo un certificato di buona salute, tuttavia il tempo di vita media stimato dalle statistiche sulla popolazione le è avverso. Ciò accade a prescindere dalla sua consistenza patrimoniale, dal fatto che goda di pensione e, dunque, a prescindere anche dalla garanzia offerta dall'art. 2740 c.c. Il finanziamento le viene negato. Il prestito avrebbe dovuto avere una vita massima di cinque anni e, comunque, i suoi beni avrebbero fornito una adeguata garanzia di rientro, anche nell'ipotesi di sopravvenuta morte o incapacità, per il tramite degli eredi o degli amministratori/tutori. La ragione del rifiuto non è infatti nel suo *rating* finanziario, ma nell'impossibilità di accendere – per limite d'età – il contratto collegato di assicurazione che, attualmente, assiste sia il finanziamento personale sia il mutuo. Un *tie-in* abbastanza moderno, tra finanziamento e assicurazione, che dovrebbe favorire l'inclusione finanziaria, atteso che attraverso l'assicurazione il finanziatore è coperto dal rischio di inadempimento per sopravvenuta morte, invalidità o perdita del lavoro. Al *rating* finanziario del soggetto si aggiungono, infatti, strumenti di copertura dei rischi collegati ad evenienze della vita del debitore che potrebbero precludere il corretto adempimento, senza gli appesantimenti procedurali legati alle azioni contro eventuali garanti personali o eredi.

Si tratta di collegamento negoziale unilaterale, che trova fonti abbastanza variegata ed è obbligatorio soltanto nei casi di cessione del quinto. Il collegamento è definito unilaterale perché la persistenza dell'assicurazione è esclusivamente funzionale al credito e non viceversa: una vicenda che interrompa il rapporto finanziario incide sull'assicurazione, attraverso la restituzione delle quote

20 In proposito, Piero Calamandrei ebbe a parlare di "discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stesse legge intesa come norma generale e astratta": CALAMANDREI, P.: "La relatività del concetto di azione", *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 24 ss. Sullo *status* in particolare, *vid.* l'ampio esame offerto da RESCIGNO, P.: "Situazione e *status* nell'esperienza del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 219 ss. *Vid.* anche TREGGIARI, F.: "Questione di stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro-Passarelli", in *Per Satvram. Studi per Severino Caprioli* (a cura di G. DIURNI, P. MARI e F. TREGGIARI), Spoleto, 2008, p. 832 ss.; CARETTI, P.: "Il corpus delle leggi razziali", in *Le leggi* (a cura di G. SPECIALE), o.u.c., p. 73 ss.

21 NUZZO, L.: "Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del soggetto indigeno", *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003/2004, p. 463 ss.; *Id.*: "Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica", *ivi*, 2014, p. 651 ss.

anticipatamente pagate, ma non è vera la reciproca. Questo per sommi capi è il dato tecnico²² che opera in *pendant* con le statistiche di vita media degli assicurati.

L'origine è sicuramente meritoria, giacché la quadratura dei due strumenti nasce per agevolare il credito a chi non goda di una struttura patrimoniale adeguata; a chi risulti, insomma, lavoratore o nullatenente. Tuttavia, nel tentativo di aumentare la sicurezza della circolazione e quindi agevolare l'accesso al credito e, attraverso questo, al mercato, si aprono spazi di discriminazione²³.

Fatti negoziali che limitano la dignità di soggetti pari nei presupposti di trattamento. Per essere più precisi, i limiti di età per una assicurazione sulla vita vanno dai sessantacinque anni ai settanta; dunque, la nostra ottantenne non avrebbe avuto alcuna speranza già da anni prima di godere di un prestito personale²⁴. La sua unica speranza è quella di intestare il finanziamento al figlio, se

22 Sul punto *vid.* l'attenta ricostruzione di QUARTA, F.: "Assicurazione e costo totale del credito. Rilevanza della *payment protection insurance* nel computo del TAEG", *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 17 ss. Sia consentito il rinvio alle conclusioni ivi esposte a FRANCESCA, M.: "Inclusione", *cit.*, in corso di pubblicazione.

23 È stato efficacemente dimostrato che la discriminazione praticata dagli operatori economici è più subdola di quella praticata dal "decisore pubblico", in quanto non è mossa da un intento odioso o propriamente discriminatorio, ma dall'interesse oggettivo dell'impresa a rendere efficiente la produzione e massimizzare il guadagno. In questo senso resta esemplare lo studio condotto negli anni '80, sul mercato delle autovetture usate a Chicago, da AYRES, I.: "Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation", *Harvard L. Rev.*, 1991, p. 817 ss.: la stessa auto costa di più per i neri che per i bianchi, più per le donne che per gli uomini; tuttavia se è vero che i neri sono gli acquirenti più sfavoriti, è vero pure che i venditori neri sono tra quelli che riservano loro il trattamento peggiore. Un tale risultato non si spiega con l'odio razziale, bensì con la volontà di "spremere il cliente" sfruttando caratteristiche che si reputano proprie degli appartenenti a un certo gruppo (minore pazienza nelle trattative, minore capacità di reperire informazioni, maggiore desiderio di procurarsi i beni simbolo del gruppo dominante ad ogni costo). L'esempio è ripreso da FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, spec. p. 456 ss., per il quale la discriminazione contrattuale si iscrive in una "strategia di massimizzazione del profitto o, in generale, di allocazione efficiente delle risorse". La tutela contro la discriminazione si può reputare un principio generale dell'ordinamento italo-europeo, che gradualmente ha trovato riconoscimento anche in materia contrattuale: in dottrina, con diversità di prospettive, *vid.* MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*; LA ROCCA, D.: "Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario* (a cura di M. BARBERA), Giuffrè, Milano, 2007, p. 289 ss.; GENTILI, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Esi, Napoli, 2013, *passim*; NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.

24 Non è casuale che il nodo della discriminazione nell'accesso al mercato delle coperture assicurative stia venendo al pettine nell'attuale congiuntura, caratterizzata dall'arretramento del *welfare* pubblico. In dottrina, ha fatto molto discutere la decisione di Corte giust., Grande sezione, 1 marzo 2011, c. 236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c. Conseil des ministres, su un ricorso proposto dalla Corte costituzionale belga contro la normativa nazionale che ammette un trattamento diverso secondo il genere nei contratti di assicurazione sulla vita. La Corte di Giustizia ha sancito l'invalidità della norma (art. 5, comma 2, della direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne) che consente agli Stati membri di derogare alla regola dei premi e delle prestazioni assicurative *unisex* quando la differenza di genere sia determinante nella valutazione dei relativi rischi, esattamente come accade nel caso dell'assicurazione sulla vita dove i dati relativi alla mortalità della popolazione danno conto oggettivamente di un'aspettativa di vita sensibilmente diversa fra uomini e donne. S'interroga sulle conseguenze della pronuncia sui futuri contratti, prefigurando un inevitabile aumento dei premi che le donne saranno destinate a versare: VENCHIARUTTI, A.: "Il principio di parità di trattamento tra i sessi in materia assicurativa: riflessione a margine della sentenza della corte di giustizia *test-achats*", *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 1505 ss.; in argomento *cfr.* VIRGADAMO, P.: "Appunti sulla figura femminile nel diritto civile e sulla tutela ordinamentale della donna nei rapporti familiari", *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 777 ss.; MARANO, P.: "Le assicurazioni discriminano o differenziano in base al sesso?", *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 265 ss.; PERSANO, F.: "Parità di trattamento tra donne e uomini e rilevanza del genere a titolo di

c'è e se gode, a sua volta, di un *rating* favorevole. La sua autonomia cede di fronte a evidenze statistiche sulla sua durata in vita. È ormai "fuori casta".

3. Razionalità economica e sicurezza del mercato.

Non ha avuto gli onori della cronaca la questione giudiziaria collocata in Sudafrica e relativa all'accesso agli antiretrovirali, necessari per la cura dell'AIDS.

Nell'ottobre 2003, Hazel Tau e TAC (Treatment Action Campaign) sporgono reclamo alla RSA Competition Commission²⁵, contro le imprese Glaxo-Smith-Kline e Boehringer. La questione sottoposta alla Commissione lamenta il prezzo eccessivo dei farmaci per il trattamento dell'HIV/AIDS e l'abuso di posizione dominante per l'esercizio di pratiche escludenti da parte delle imprese titolari del brevetto sul prodotto farmaceutico. Al reclamo veniva allegata una valutazione del Medical Research Council (MRC) che dimostrava come l'HIV avesse assunto, in Africa, la dimensione di una malattia sociale²⁶.

La Commissione dà ragione ai cittadini e alle associazioni di azione politica. In particolare, dopo avere avviato una attività di controllo attraverso l'ausilio di esperti indipendenti, la medesima decide di deferire la questione al Tribunale della concorrenza. Il 16 ottobre 2003, la Commissione rende pubblico un comunicato con il quale diffonde la decisione di avere accertato le pratiche anticoncorrenziali delle società farmaceutiche e deferito il giudizio al Tribunale della Concorrenza. Le parole del Commissario, che accompagnano la divulgazione della decisione, suonano come un monito:

considerato che l'indagine compiuta "ha rivelato che ciascuna delle aziende si è rifiutata di concedere in licenza i propri brevetti a produttori generici in cambio di

fattore di rischio nei servizi assicurativi", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1269 ss.; ANTONUCCI, A.: "Premio unisex: il paradosso della parificazione semplificata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 498 ss. Il problema è destinato ad acuirsi, fino ad assumere forme endemiche, con l'avvento dei "Big data", in un mercato dove le imprese assicurative potranno fare leva su una maggiore disponibilità di informazioni e sull'impiego di strumenti di calcolo sempre più invasivi per la sfera personale dei clienti. Ne analizza il funzionamento, concentrandosi sulle conseguenze negative che possono derivarne in termini di discriminazione: PORRINI, D.: "Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i big data?", *Conc. merc.*, 2016, p. 139 ss. Soprattutto l'acquisizione di informazioni genetiche degli assicurati può avere un impatto nocivo sui diritti della persona: ARMBRUSTER, C. e OBAL, M.: "Informazioni e analisi genetiche nell'ambito della sottoscrizione dei contratti assicurativi in Germania", *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 269 ss.; CASSONATO, C. e TOMMASI, M.: "Regulating genetic data in insurance and employment: the italian "upstream" way", *Annuario dir. comp.*, 2018, p. 441 ss.

25 South Africa Competition Commission, 16.10.2003, *compcom.co.za*; Law and Treatment Access Unit of the AIDS Law Project und Treatment Action Campaign, The Price of Life. Hazel Tau and Others v GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the Excessive Pricing Complaint to South Africa's Competition Commission, Juli 2003, *alp.org.za*. Il riferimento è in apice al lavoro di TEUBNER, G.: "La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo", *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 9 ss.; cfr. anche CASONATO, C.: "I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali", in *Riv. AIC online*.

26 Il rapporto MRC stimava, infatti, che nel solo 2000 circa il 40% dei decessi di adulti (di età compresa tra 15 e 49 anni) fosse dovuto all'HIV/AIDS e che la maggior parte delle vittime non aveva mai avuto accesso ai medicinali, capaci di prolungare o comunque migliorare la qualità di vita (*vid. retro*, nota 25).

una *royalty* ragionevole. Ritenuto che ciò sia fattibile e che i consumatori trarranno vantaggio da versioni generiche più economiche dei farmaci interessati; ritenuto inoltre che la concessione di licenze ripristinerebbe la concorrenza tra le aziende e i loro concorrenti generici; chiederemo al Tribunale di emettere un'ordinanza che autorizzi chiunque a sfruttare i brevetti per commercializzare versioni generiche dei medicinali brevettati [...], in cambio del pagamento di una ragionevole *royalty*. Inoltre, raccomanderemo una penale del 10% del fatturato annuo [...] degli imprenditori in Sud Africa per ogni anno di violazione della legge²⁷.

La storia ha un lieto fine, essa infatti si conclude con una transazione tra le società farmaceutiche e la TAC che consentirà la concessione del brevetto a tutti i produttori di farmaci generici, con un abbattimento dei costi tale da consentire la distribuzione gratuita degli antiretrovirali in tutti gli ospedali pubblici sudafricani. Le esternalità positive prodotte dall'azione giudiziaria, promossa da espressioni associative della società civile, hanno progressivamente travolto l'intera Africa subsahariana.

Non ha un pari lieto fine la vicenda relativa al Sofosbuvir, farmaco di nuova generazione per la cura dell'Epatite C.

Le organizzazioni Medici Senza Frontiere (MSF), Médecins du Monde, Just Treatment e gruppi della società civile hanno presentato opposizione all'Ufficio Brevetti Europeo (EPO) con la richiesta di ritrattare – o quantomeno emendare in favore della tutela salva vita dei pazienti – la decisione relativa alla concessione del brevetto Sofosbuvir a favore della società farmaceutica Gilead. La società è titolare del brevetto e commercializza il prodotto a prezzi elevati dal 2013, mentre le riferite associazioni, per le caratteristiche scientifiche del farmaco e per i relativi costi contenuti di produzione, reputano ormai venuto meno il carattere dell'innovatività²⁸.

È noto che l'infezione può portare a cirrosi epatica e cancro del fegato. Infatti, L'OMS nel 2015 ha stimato che 325 milioni di persone nel mondo sono affette da infezione cronica da epatite, con 1,34 milioni di decessi correlati, con una particolare diffusione nei Paesi a basso livello di reddito.

La società Gilead ha commercializzato il Sofosbuvir nel 2013, dopo l'acquisizione della *start-up* Pharmasset, che aveva, a sua volta, sviluppato la ricerca sulla molecola. La commercializzazione ha preso avvio nel 2013 negli Stati Uniti, per poi giungere,

27 Vid. documenti ufficiali presenti su KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL, "Assistere e riparare l'ecosistema della conoscenza", keionline.org.

28 Il dato è puntualmente riportato sul sito ufficiale di Medici senza frontiere, medicisenzafrentiere.it. Qui si precisa che "nel marzo 2017, le organizzazioni della società civile di 17 Paesi europei hanno depositato un'opposizione al brevetto di Gilead sul principio attivo di base del Sofosbuvir, affermando che la richiesta di brevetto di Gilead non fosse legittima, principalmente perché mancante di elementi innovativi".

nel 2014, in Europa²⁹. Questi anni sono stati caratterizzati da un monopolio assoluto della società farmaceutica. La medesima società ha successivamente consentito, in regime di licenza volontaria e dietro versamento di una *royalty*, la produzione del farmaco a undici case farmaceutiche indiane, con conseguente creazione di c.d. flussi di necessità per i pazienti europei³⁰.

È recente la decisione dell'EPO³¹ che ha confermato il monopolio della Gilead Sciences sul Sofosbuvir.

L'Italia ha inizialmente limitato il trattamento ai soli soggetti reputati gravi, quelli a rischio di trapianto, con un'inevitabile discriminazione tra medesimi malati³². Attualmente, l'AIFA ha raggiunto un segretissimo negoziato con la società Gilead³³, al fine di consentire l'acquisizione di un altro farmaco di portata analoga al precedente. Il farmaco è così entrato, a prezzi elevatissimi, nella disponibilità del Sistema Sanitario Nazionale³⁴. Il risultato conseguito garantisce una piena

29 CASONATO, C.: "I farmaci", cit.; cfr. anche ROY, V. e KING, L.: "Betting on hepatitis C: how financial speculation in drug development influences access to medicines", *BMJ*, 2016, 354:3; HU, Y., EYNIKEL, D., BOULET, P. e KRICKORIAN, G.: "Supplementary protection certificates and their impact on access to medicines in Europe: case studies of sofosbuvir, trastuzumab and imatinib", *Hu et al. Journal of Pharmaceutical Policy and Practice*, 2020, 13:1.

30 I contratti intervenuti tra la Gilead e le società farmaceutiche indiane stabiliscono una serie di vincoli alla commercializzazione, tra i quali il divieto di vendita in molti paesi a medio reddito, ciò indipendentemente dallo stato dell'infezione. I suddetti accordi sono noti e citati nelle interrogazioni parlamentari e mozioni cui alla nota 27. Il Tribunale di Roma, in data 2 settembre 2016, *biodiritto.org*, ha adottato un'ordinanza di annullamento del provvedimento di sequestro alla dogana di una quantità limitata all'uso personale – in presenza di prescrizione medica – del medicinale proveniente dall'India e ne ha ordinato la restituzione al malato.

31 Opposition Division EPO, 5 ottobre 2016, application n. 08732818.3. L'intera documentazione è rinvenibile presso la pagina ufficiale EPO, register.epo.org. La decisione è stata confermata successivamente, nonostante le numerose richieste di revisione. Diverso l'approccio seguito in Cina: vid. KMIETOWICZ, Z.: "China rejects patent on hepatitis C drug sofosbuvir", *British Medical Journal*, Vol. 350, 22 Jun 2015 - 28 Jun 2015, secondo l'a. "[t]he decision comes after a challenge by the Initiative for Medicines, Access and Knowledge (I-MAK), a US based group that campaigns for better access to affordable drugs. The group claimed that Gilead Sciences, the US biotechnology company that makes sofosbuvir, which recorded sales of more than \$10bn in 2014, was seeking "illegitimate patents" for sofosbuvir and "blocking millions of people around the world from getting the treatment" for hepatitis C. It alleged that the base compound in sofosbuvir was not new and was already covered by earlier patents. Key patents on sofosbuvir have already been rejected in Egypt and India".

32 Vid. Interrogazione a risposta scritta, Camera dei Deputati, n. 4-08186, 27 febbraio 2015, seduta n. 383 (Legislatura: 17); Atto di Sindacato Ispettivo, n. I-00603 Testo 2, pubblicato il 1 febbraio 2017, seduta n. 752 (Legislatura: 17), dove si legge che "il 28 maggio 2016 l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha deliberato il programma per l'eliminazione globale di HCV entro il 2030 ed il Governo francese ha garantito l'accesso alle cure orali di tutti i pazienti infetti, indipendentemente dalla gravità della malattia epatica". Cfr. anche Atto di Sindacato Ispettivo n. I-00774, pubblicato il 6 aprile 2017, seduta n. 803 (Legislatura: 17); Atto di Sindacato Ispettivo n. I-00776, pubblicato il 11 aprile 2017, seduta n. 805 (Legislatura: 17).

33 Vid. § successivo.

34 Sulla questione sono intervenute diversi Atti di Sindacato Ispettivo n. I-00780, pubblicato il 11 aprile 2017, seduta n. 805 (Legislatura: 17). Qui, in particolare, è lamentato che: "l'AIFA, tramite una procedura di negoziazione durata alcuni mesi, ha definito e ammesso alla rimborsabilità il prezzo del farmaco Sovaldi (sofosbuvir) prodotto dall'azienda Gilead e utilizzato per il trattamento dell'epatite cronica da HCV; [...] nel mondo, il costo di detto farmaco varia a seconda del costo medio della vita e della contrattazione fatta da ciascun Paese; il costo dei farmaci, in generale, ivi inclusi quelli per la cura dell'epatite C e del Sovaldi stesso, in particolare, è sensibilmente contenuto nelle aree che registrano un prodotto interno lordo sensibilmente più basso rispetto ai Paesi del blocco occidentale; detta disparità di costi dello stesso farmaco nei diversi mercati mondiali e la difficoltà dei pazienti di accedere alle cure hanno dato origine al "turismo farmacologico" verso destinazioni più accessibili, per esempio l'India, tristemente noto anche in Italia".

accessibilità alla cura, fermi i limiti che possono frapporsi a livello ragionale in ragione dell'operatività del c.d. vincolo di bilancio per la spesa sanitaria³⁵.

Discriminazioni diverse si palesano all'orizzonte³⁶: da un lato, quella tra capacità economica delle regioni e dall'altro, la possibilità per pochi di utilizzare il farmaco principale Sofosbuvir, necessario in caso di incompatibilità con quello negoziato dal Sistema Sanitario Nazionale³⁷.

La razionalità economica in campo farmaceutico conduce a tre azioni prevalenti:

a) indirizzo della ricerca scientifica verso patologie tipicamente occidentali³⁸, quelle proprie di paesi economicamente agiati, come affezioni cardiovascolari,

35 Negli ultimi anni il tema del dissidio tra diritti sociali fondamentali e vincoli di bilancio ha acquisito un rilievo crescente in dottrina. Nella letteratura civilistica *vid.* RODOTÀ, S.: "Crescita e benessere", *Atti S.I.S.Di.C.*, cit., p. 18 s.; VETTORI, G.: "Il tempo dei diritti", *Pers. merc.*, 2013, p. 179 ss.; MIGNONE, C.: "Una via costituzionale all'impact investing", in *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi* (a cura di M. FRANCESCA e C. MIGNONE), Esi, Napoli, 2020, p. 3 ss.; PERLINGIERI, G.: "Sostenibilità, ordinamento giuridico e "retorica dei diritti". A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.; *Id.*: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 42 ss. Copiosa la produzione di scritti di diritto costituzionale e pubblico, senza pretese di completezza *vid.* SPADARO, A.: "I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)", *Rivista AIC*, 2011, p. 1 ss.; SALAZAR, C.: "Crisi economica e diritti fondamentali", *ivi*, 2013, p. 1 ss.; MORANA, D.: "I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività", *ivi*, 2014, p. 1 ss.; GABRIELE, F.: "Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima", *ivi*, 2013, p. 1 ss.; RUGGERI, A.: *Crisi economica e crisi della Costituzione*, *ivi*, 2014, p. 407 ss.; GAMBINO, S. e NOCITO, W.: "Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto", in *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali* (a cura di L. CHIARA, F. FORTE, S. GAMBINO, G. MOSCHELLA, P. NAVARRA, W. NOCITO e A. RUGGERI), Giappichelli, Milano, 2013, p. 75 ss.; MORRONE, A.: "Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa", *Quad. cost.*, 2014, p. 79 ss.; ALBANESE, A.: "Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi", *Quest. giust.*, 2015, p. 94 ss.

36 La tutela contro la discriminazione è un principio generale dell'ordinamento italo-europeo. È vietato discriminare in tutti i contratti che danno accesso a beni e servizi, con l'espressa inclusione dell'assistenza sanitaria e delle prestazioni sociali. Il divieto è indirizzato a tutte le persone, sia nel settore pubblico che nel settore privato (art. 3, comma 1, d.l. 9 luglio 2003, n. 215).

37 Queste le vicende di un farmaco salva vita e non molto distinte da quelle della Myriad Genetics: una società di ricerca genetica che ha scoperto la collocazione e la sequenza di due geni la cui mutazione produce un forte rischio di cancro del seno e dell'ovaio. La Società ha brevettato la scoperta mettendo a punto una serie di test per la quantificazione dell'aumento di rischio nei pazienti. La questione è giunta al vaglio della Corte suprema degli Stati Uniti, la quale ha smentito quanto statuito dalla Corte distrettuale e ha riconosciuto piena tutela brevettuale del DNA e di quello complementare, costruito sinteticamente. Sul punto *vid.* l'articolato e lucido commento di RESTA, G.: "La conoscenza come bene comune: quale tutela?", *personadanno.it*. *Vid.* anche FRANCESCA, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in *L'operatività dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), Esi, Napoli, 2017, p. 473 ss.

38 In tema di *race-oriented medicine*, ha assunto valore paradigmatico il caso del farmaco BiDil. Nel 2005 la FDA approva negli Stati Uniti il BiDIL, primo farmaco "razziale" raccomandato per curare affezioni cardiache negli afro-americani (dal foglio illustrativo: "BiDil is indicated for the treatment of heart failure as an adjunct to standard therapy in self-identified black patients to improve survival, to prolong time to hospitalization for heart failure, and to improve patient-reported functional status"). Secondo i dirigenti della NitroMed, la ditta produttrice del BiDil, la popolazione statunitense nera ha un rischio più elevato rispetto ai concittadini bianchi di morire per disturbi al cuore e vasi, in quanto le cure esistenti, utili nel controllo della pressione e dello scompenso, sono meno efficaci sui neri a causa delle differenze genetiche che li distinguono dai caucasici. Di contro, studi condotti nella popolazione nera dell'Africa hanno osservato che la maggiore prevalenza dei disturbi al cuore, di cui soffrono i neri negli Stati Uniti, non sembra trovare la sua ragione in una predisposizione innata, ma piuttosto ha cause ambientali specifiche: la persistente discriminazione sociale che crea disagio esistenziale ed economico. I critici parlano di storico passo falso della FDA e lamentano l'assenza di ulteriori studi clinici (mai effettuati) e soprattutto di una raccolta di dati che coinvolga la popolazione generale per provare l'efficacia "selettiva" del farmaco. Ma c'è di più. A quanto

Parkinson o Alzheimer e dove il profitto è netto in ragione di una domanda caratterizzata da medio reddito e, per effetto, costituzione della categoria dei c.d. farmaci orfani (la cui domanda non giustifica il costo della ricerca);

b) costruzione di situazioni monopolistiche per farmaci che abbisognano di una elaborazione scientifica costosa per settori di mercato non sempre sufficienti³⁹;

c) valore dei farmaci stabilito in ragione del potere di acquisto dei Paesi.

L'utilità marginale è un calcolo quantistico che poco ha a che fare con la qualità del prodotto sottostante e con l'idoneità del medesimo a incidere sul diritto fondamentale-vita. Eppure la razionalità economica, che fonda la predilezione di rotta per il volume d'affari e il ritorno dell'investimento, produce un ordine meta-statuale che incide sul livello di tutela dei diritti fondamentali.

La fonte della discriminazione è, come nel caso precedente, il contratto⁴⁰, quello a valle dell'intrapresa economica, guidato da una logica razionale di efficienza economica⁴¹ che vincola la perseguibilità, in concreto, dei diritti fondamentali in vaste aree del mondo.

Le regole di privativa sono in sé neutre. Esse rispondono all'esigenza di protezione dell'investimento economico nell'attività di ricerca, elemento necessario di qualsiasi prodotto: dall'*high tech* fino alla farmacologia, senza alcuna distinzione sulla sua capacità di impatto concreto.

pare, il vero ostacolo per queste nuove sperimentazioni sarebbe la sete di profitti della NitroMed. Se la casa farmaceutica avesse proposto il farmaco anche per i bianchi si sarebbe esposta a tre rischi: anzitutto, non giungere a risultati favorevoli da sottoporre all'FDA, che aveva già bocciato una volta il *mix*; in secondo luogo, gettare il BiDil in un mercato già saturo di valide alternative; infine, regalare il farmaco, e gli sforzi per metterlo in commercio, ai suoi concorrenti, poiché il brevetto di BiDil generico – per bianchi e neri – scade nel 2007, mentre il brevetto di BiDil per soli neri scade nel 2020 (la posta in palio è una quota di mercato con un potenziale guadagno di 800 milioni di dollari all'anno per la cura di 750.000 neri malati di cuore). Il problema della *racially-tailored medicine* è stato svelato da tempo nella dottrina d'oltreoceano: HOFFMAN, S.: "Racially-tailored Medicine Unraveled", *American Univ. L. Rev.*, 2005, p. 395 ss.; KAHN, J.: "How a Drug Becomes 'Ethnic': Law, Commerce, and the Production of Racial Categories in Medicine", *Yale J. Health Pol. L. & Ethics*, 2004, p. 25 ss.; MALINOWSKI, M.: "Law, Policy, and Market Implications of Genetic Profiling in Drug Development", *Hous. J. Health L. & Pol.*, 2002, p. 40 ss.

39 DARROW, V.J.J., SINHA, M.S. e KESSELHEIM, A.S., "When Markets Fail: Patents and Infectious Disease Products", *Food and Drug Law Journal*, Vol. 73, 2018, p. 361 ss., secondo i quali "[t]he infectious disease context presents an entirely different type of challenge to the patent system, one that derives not so much from pricing issues that prevent access once products are developed, but from a failure to sufficiently incentivize the development of new products in the first instance. This shortcoming arises because the incentive of high prices associated with patent exclusivity is inherently tied to market size and ability to pay and not to public health value or future costs avoided by the health care system as a whole. Many infectious disease markets are small and therefore do not offer sufficient profit potential even under monopoly conditions".

40 Per l'opinione che ravvisa nel divieto di discriminazione la reazione ordinamentale ad un effetto di disuguaglianza creato dall'atto di autonomia e non giustificato oggettivamente da un interesse meritevole vid. CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Divieto", cit., p. 159 ss.; FEMIA, P.: *Interesse*, cit., p. 523 ss.

41 Individuano il fondamento assiologico del divieto di discriminare nel principio della dignità umana: MAFFEIS, D.: "Offerta", cit., p. 44; GENTILI, A.: "Il principio", cit., p. 228 ss. Respinge l'idea di un unico riferimento assiologico CARAPEZZA FIGLIA, G.: o.u.c., p. 179 ss., sulla scorta del rilievo che il carattere plurioffensivo della discriminazione contrattuale e la varietà di esiti applicativi del divieto non si prestano ad una cristallizzazione della fattispecie nei termini dell'illecito aquiliano.

Cionondimeno, nell'osservare le regole del mercato emerge con chiarezza un dato: mentre siamo tutti garantiti nell'accesso ai beni di consumo – siamo tutti consumatori –, non siamo altrettanto garantiti, in parità di accesso, ai farmaci salvavita. È necessario appartenere a una categoria: ora relativa alla gravità/non gravità della malattia ora all'aspettativa statistica di vita ora alla cittadinanza⁴².

A questa stregua, la sicurezza eteroimposta nel mercato dei beni di consumo, attraverso le discipline relative al diritto di recesso, alla garanzia dei beni di consumo e alle clausole vessatorie acquista un retrogusto amaro⁴³. Essa risponde alla medesima funzionalità del mercato, nel senso di garantire i contraenti rispetto alle attività di consumo e così alimentare la fiducia nel suo funzionamento⁴⁴. Qui la sicurezza assume il valore del suo sostituto funzionale (fiducia)⁴⁵. Nel caso del mercato farmaceutico, invece, la razionalità impone scelte di sopravvivenza delle imprese. In quest'area, il mercato non necessita di meccanismi che incrementino il bisogno di sicurezza nelle contrattazioni, per la sua stessa promozione: siamo innanzi a "non scelte" di beni irrinunciabili. La razionalità economica riappare nella sua purezza, per misurare il mero valore di profitto.

4. Razionalità scientifica e stabilità del sistema.

Il concetto di fiducia nel mercato farmaceutico acquista il valore di sicurezza della qualità del prodotto, attestata dall'evidenza scientifica del percorso di creazione. La razionalità è qui resa dall'evidenza scientifica e, dunque, dalla sua legge.

42 *Vid. retro*, nota 55.

43 "La teoria moderna del contratto è in larghissima parte incentrata sulla tutela di un contraente economicamente debole, rispetto ad un contraente economicamente forte [...], sicché null'altro, in definitiva, si direbbe possa trasparire da una visione riduzionistica dell'autonomia privata": così MIGNONE, C.: *Identità della persona e potere di disposizione*, Esi, Napoli, 2014, p. 227 ss., il quale coglie in questa visione il rischio "di tagliare fuori, metodicamente, l'interesse meritevole a partecipare in condizioni di eguaglianza al sistema economico di soddisfazione dei bisogni nel quadro della piena e libera realizzazione di sé e del proprio progetto di vita". Rendono plasticamente il concetto le pagine di BARCELLONA, M.: "L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali", *Eur. dir. priv.*, 2011, spec. p. 339 e p. 342 ss.: "[a]l di là dell'apparenza, dunque, il segno di questo nuovo interventismo europeo è tale che gli si può riconoscere il senso reale di aver ripristinato la sovranità del mercato", ciò innanzitutto "sul piano della ri-economicizzazione di quanto il Welfare State aveva de-economicizzato" (ossia sottratto al mercato) attraverso la creazione di rapporti che, "per i soggetti (servizi, ecc.) o per la provvista (imprese in mano pubblica, ecc.), fuoriuscivano dalla logica economica". Quest'emancipazione dell'economia "si dà, per l'appunto, attraverso la "purificazione" del diritto dalle interferenze con cui la "misura" politica aveva insidiato la sua autoreferenzialità nell'epoca del Welfare State". La dinamica "che presiede a queste "soluzioni interne" dell'accresciuta complessità dei sistemi sociali vale anche a farne comprendere i limiti": su tutti, il limite derivante dal fatto di vedere il mercato delle merci e i "professionisti" e "consumatori" che in esso si confrontano" senza però riuscire a "distinguere le merci per quel che di specifico possono avere".

44 *Vid.* le riflessioni in FRANCESCA, M.: "Dalle ADR *offline* alle procedure di *Online Dispute Resolution*: statuti normativi e suggestioni di sistema", *Corti Salernitane*, 2015, p. 7 ss. e *ivi* ampia bibliografia. *Vid.* anche le digressioni di POLIDORI, S.: "Situazioni esistenziali, beni e diritti: dal negozio a contenuto non patrimoniale al mercato dei segni distintivi della personalità", *Annali SISDir*, 2020, p. 227 ss., a proposito del ruolo della fiducia nel mercato, quand'anche ad oggetto siano situazioni esistenziali, in particolare a proposito del rapporto tra messaggio pubblicitario e clausola morale.

45 DE GIORGI, R.: "Evoluzione", *cit.*, p. 26 ss.

A monte vi sono sempre delle espressioni dell'autonomia privata, questa volta si tratta delle clausole di non *disclosure* che accompagnano i contratti di ricerca.

Le clausole sono funzionali a tutelare la medesima attività di ricerca, di scoperta, che conduce alla brevettabilità per innovatività e originalità. Rispondono, in apice, a regole di razionalità economica, di controllo del mercato e di tutela dell'attività imprenditoriale e tuttavia capaci di incidere, in chiusura, sull'azionabilità dei diritti e sulla relativa tutela.

Un esempio chiaro di come la segretezza sia un aspetto fondamentale di questo tipo di produzione, al pari di tutti gli altri settori caratterizzati da alta innovatività, è rinvenibile nella sentenza del Consiglio di Stato n. 1213 del 17 marzo 2017⁴⁶.

Il Consiglio di Stato esamina la clausola di riservatezza, relativa alla contrattazione intervenuta tra l'AIFA e la Gilead Sciences sulla rimborsabilità del prezzo relativo ai già noti farmaci Sovaldi e Harvoni⁴⁷, e la reputa legittima, anche alla stregua di un controllo di meritevolezza. Conclude il Consiglio:

“non v'è una norma che direttamente o indirettamente vieti, chiaramente e nettamente, la stipula di accordi di riservatezza in relazione agli interessi commerciali di un'impresa”.

Tuttavia, nell'affermazione di principio richiama le ragioni della scelta caduta su una procedura di contrattazione diretta, in luogo di quelle proconcorrenziali proprie della PA. Il Consiglio di Stato spiega che, quando il segmento di riferimento è quello dei farmaci coperti da brevetto e ammessi al rimborso del Sistema Sanitario Nazionale, per il loro potenziale terapeutico, “il monopolista può portare il prezzo al di sopra del livello di equilibrio senza con ciò subire la sanzione da parte del mercato, come avverrebbe in un sistema competitivo, dall'altro il consumatore che ha un problema di salute potenzialmente risolvibile con un farmaco non è interessato a ricercare il punto di ottimo tra benefici e costi, e soprattutto - con specifico riferimento ai farmaci in fascia A rimborsabili – non è indotto a cercare il prodotto che minimizza i costi, poiché l'onere finanziario per l'acquisto è sostenuto dal Sistema sanitario pubblico sulla base di una decisione pubblica di protezione della salute collettiva”.

Con riferimento poi alla clausola di riservatezza, il Consiglio di Stato giustifica la sua presenza in senso biunivoco, sia come difesa del medesimo produttore sia

46 Cons. St., 17 marzo 2017, n. 1213, *Dejure* online. Il procedimento si apre su appello dell'AIFA e della Gilead Sciences S.p.a. per la riforma della sentenza del TAR Lazio, 25 novembre 2016, n. 11819. Nella citata sentenza è stato parzialmente accolto il ricorso proposto dalla AbbVie S.r.l. avverso il diniego opposto dall'AIFA sull'istanza di accesso al procedimento che ha condotto alla stipula tra l'AIFA e la Gilead sciences dell'accordo sulla rimborsabilità del prezzo dei farmaci Sovaldi e Harvoni (intervenuto il 29 gennaio 2015).

47 *Vid. retro*, § 2.3.

come mezzo utile, per il negoziatore pubblico, a ottenere maggiori vantaggi in termini economici⁴⁸.

Dunque le clausole di riservatezza si dimostrano essenziali in caso di contrattazione a valle, al pari di quanto lo siano, a monte, in fase di ricerca innovativa. Ma cosa accade quando esse producono la c.d. *publication bias*? Il riferimento è al caso di vincolo di non divulgazione dei risultati negativi inerenti alla ricerca finanziata da un soggetto privato. La ragione di simili clausole è rintracciabile nella necessità di controllare il mercato dei possibili fruitori. Un clima positivo – di fiducia appunto – dell'opinione pubblica rispetto all'oggetto della ricerca diventa fondamentale per creare un clima di sicurezza rispetto al risultato. Questa sicurezza non è quella del risultato scientifico in sé, ma quella dovuta all'applicazione della razionalità economica, anche detta avviamento del prodotto. È stato chiarito⁴⁹ in proposito che quando “una razionalità economica usurpa una razionalità scientifica, sostituendo il codice scientifico con quello economico, la violazione della libertà di scienza è evidente. Ma proprio questo normalmente non avviene nel *publication bias*. L'industria farmaceutica si guarda, saggiamente, dall'intervenire direttamente nei processi di ricerca e dettare risultati agli scienziati. [...] Le manipolazioni di cui si parla qui sono di gran lunga più sottili e tanto più pericolose perché si inscrivono in maniera quasi impercettibile nello stesso processo scientifico, creando il *publication bias*. Perciò è anche difficile produrne una prova. Solo dispendiose ricerche empirico-statistiche, come si scrivevano una volta, potrebbero finalmente dimostrare la falsificazione sistematica del processo di pubblicazione”⁵⁰.

Quanto detto fa il paio con quanto già noto in materia di giurisprudenza sul danno da vaccino e impone un ripensamento o, quanto meno, una riflessione sulle razionalità che vincolano le decisioni e, da qui, le tutele.

48 Vid. Cons. St., 17 marzo 2017, n. 1213, cit., secondo cui “nelle situazioni in cui la concorrenza è rarefatta, la conoscenza delle condizioni economiche offerte dal concorrente attuale o potenziale costituisce elemento, utile per il soggetto che vuole entrare nel mercato, ad orientare la propria azione commerciale in modo da essere competitivo, nei soli e ristretti limiti in cui ciò sia utile ad eguagliare o sopravvivere all'avversario, senza troppo sacrificio per i margini di ricavo. L'apposizione della clausola di riservatezza, operante nei rapporti tra imprese, consente invece al negoziatore pubblico di tenere celati i risultati economici raggiunti nella negoziazione - che ovviamente rimangono sempre utilizzabili quale parametro interno - e di “spuntare” tutti gli sconti che il produttore sia oggettivamente e soggettivamente in grado di concedere in base ai suoi costi ed alle sue aspettative di profitto. Ciò è proprio quegli sconto che il produttore sarebbe restio a concedere se dovesse preparare anche una “difesa” successiva rispetto ad altro produttore che venisse a conoscenza dei propri criteri per fissare il prezzo”.

49 HENSEL, I. e TEUBNER, G.: “*Matrix Reloaded*. Critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del *publication bias* (errore sistematico di pubblicazione)”, *confinediritto.istitutoviszero.it*; TEUBNER, G.: “I rapporti precari tra diritto e teoria sociale”, in *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca* (a cura di P. FEMIA), Esi, Napoli, 2018, p. 255 ss.

50 HENSEL, I. e TEUBNER, G.: *o.l.u.c.*

È nota la giurisprudenza⁵¹, anche della Corte costituzionale⁵², sul danno da vaccino. In sintesi, in caso di vaccino obbligatorio, il danno – nelle forme dell'indennizzo previsto dalla l. n. 210 del 1992 – è riconosciuto là dove sussista un nesso causale tra somministrazione del vaccino e danno patito dal soggetto passivo del trattamento sanitario obbligatorio. Tuttavia, attesa la riconosciuta irrilevanza del nesso fattuale tra tempo di inoculazione del vaccino e manifestazione del danno, l'unico riferimento ammissibile per la configurazione di quel nesso è proprio la legge scientifica. È la questione della probabilità logico-scientifica fondata sul legame eziologico ricostruito su coefficienti scientifici di tipo probabilistico o su c.d. evidenze scientifiche⁵³. Insomma, l'evidenza scientifica acclarata può essere abbattuta soltanto là dove sia possibile provare il suo opposto: l'incertezza scientifica⁵⁴. La prova diventa diabolica allorché non vi siano analisi di segno contrario o se queste siano cadute nel c.d. *publication bias*.

Anche la Corte di giustizia affronta la questione e sposta l'attenzione sul vizio del prodotto, ammettendo che l'incertezza si possa rintracciare nella produzione

- 51 Tra la giurisprudenza significativa in merito, si segnala App. Bologna, 13 febbraio 2015, n. 1767, *DeJure* online, resa in séguito all'appello promosso da parte del Ministero della Salute contro la sentenza emessa dal Trib. Rimini n. 148 del 2012, la pronuncia stigmatizza la metodologia seguita dalla curia riminese che aveva recepito "acriticamente" le conclusioni della CTU, senza curarsi della copiosa letteratura medico-legale contraria riversata in atti, di fatto abdicando alla propria funzione di *peritus peritorum*. In particolare, la Corte rileva che "posta la non pertinenza e la irrilevanza degli studi medici citati dal primo CTU, ciò che resta a collegare il vaccino e l'autismo è il solo "criterio temporale", il quale, tuttavia, si legge in sentenza, "non ha evidenza scientifica", con la conclusione che "non è quindi possibile ritenere valido il riportato assioma che, in assenza di dimostrazione di altre cause evidenti, che comunque potrebbero non essere del tutto assenti, l'origine del disturbo sia da riferire alla vaccinazione sulla base del solo criterio temporale". Secondo Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, *DeJure* online, "un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi del "tipo" di quello verificatosi in concreto". Cfr. anche Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, *DeJure* online, dove è richiamato il precedente orientamento e stabilisce che il *dies a quo* inizi a decorrere "non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche". La Cassazione precisa, inoltre, che l'elemento riguardante le conoscenze scientifiche non deve essere parametrato in relazione al soggetto danneggiato, bensì "in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti a cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi) la persona lesa".
- 52 In particolare, Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 27, *giurcost.org* e *Giur. cost.*, 1998, p. 148 ss. Poi ripresa da Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, *giurcost.org*, con la quale è estesa l'applicazione anche alle vaccinazioni non obbligatorie. V., sul punto, l'esame di VETTORI, N.: "L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali", *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 237 ss.; CARTABIA, M.: "La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana", *Quad. cost.*, 2012, p. 455 ss.
- 53 In dottrina, tra gli altri, si segnalano: BREDA, R.: "Danno da vaccinazione tra indennizzo e risarcimento del danno", *Riv. it. med. leg.*, 2018 p. 296 ss.; CHIEFFI, L.: "Scientific questions nel diritto giurisprudenziale", *Federalismi.it*, 2017, p. 2 ss.; PUCELLA, R.: "Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni", *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1796 ss.; DONINI, M.: "La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici", *Riv. dir. proc. pen.*, 1999, p. 49 ss.; BRUSCO, C.: "Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità", *Cass. pen.*, 2008, p. 1879. In una prospettiva di diritto comparato cfr. ROSSI, S.: "Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 749 ss.
- 54 MIRA, A.: "La forza dell'incertezza: la statistica come guida alle scelte nel mondo del probabile", *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1437 ss.

del vaccino. A proposito della somministrazione di un vaccino antiepatite e la successiva comparsa della sclerosi multipla, la Corte apre un varco:

“il nesso causale tra difetto del vaccino e danno provocato a séguito della somministrazione non deve essere determinato in maniera scientifica e avallato dalla ricerca medica”, con l'avvertenza comunque “che la sussistenza di un nesso di causalità tra vizio del vaccino e danno non possa considerarsi dimostrata dalla mera presenza di indizi fattuali predeterminati (quali la vicinanza temporale tra somministrazione ed insorgenza, l'assenza di precedenti familiari e personali rispetto alla patologia)”⁵⁵.

Rispetto alla legge scientifica, ritorna dunque la possibilità di agire in un'unica chiave: la produzione del bene. In questo senso, è possibile dimostrare come le attività di esportazione del prodotto al mercato abbiano inciso sulla sua assenza di qualità, tanto da essere causa di un danno alla vita del soggetto.

Ancóra una tutela di mercato, che riecheggia quella da prodotto difettoso. Il linguaggio economico diventa sovrabbondante al pari della logica di eguagliare tutto in un'unica funzione: la generale ed astratta legittimazione ad agire per la tutela di una propria situazione soggettiva mostra la corda nella selettività delle categorie economiche riconosciute al piano della protezione. L'azionabilità della tutela diventa possibile soltanto quando non si scontra con l'inamovibilità della legge scientifica e ritorna a parlare un linguaggio di mercato, ossia quello della qualità della produzione.

III. ALTERITÀ ARTIFICIALI (O ECCELENZE DI ALTERITÀ) E ESPULSIONE DELLA DIFFERENZA.

Il tema di fondo è quello delle presunte sicurezze che attraversano i relativi linguaggi, ergono sistemi distinti e non comunicanti. Il mercato, attraverso i suoi strumenti, da luogo espressivo delle libertà economiche di ciascuno trova la sua stabilizzazione attraverso la continua produzione di alterità, rese necessarie dal linguaggio di efficienza. Gli esempi precedenti raffigurano spaccati di interferenza tra esigenze di sicurezza del mercato – nelle declinazioni fiducia nel mercato/ fiducia o avviamento al prodotto – e diritti fondamentali. È altresì evidente che

55 Corte giust., 21 giugno 2017, n. 621, c. 621/15, N.W., L. W., C. W. c. Sanofi Pasteur MSD. In dottrina v. BITETTO MURGOLO, A.L.: “Danno da vaccini e prova del nesso causale tra “product liability” e indennizzo”, *Danno resp.*, 2017, p. 668 ss.; FUSARO, A.: “Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di giustizia”, *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 345 ss.; Id.: “Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 898 ss.; PURPURA, A.: “Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova”, *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 817 ss.; TORIELLO, F.: “Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 331 ss.

i secondi subiscano forti compressioni attraverso una logica di esclusione che muove dalla tenuta del singolo sistema.

Tanto si è visto accadere nel sistema finanziario, con l'elezione dei "fuori casta", di coloro cioè che sono considerati statisticamente inidonei a ricevere il finanziamento⁵⁶. L'apertura, in questo caso, provocherebbe un *vulnus* di funzionamento e un aumento del rischio legato al recupero del credito.

Le immagini contenute nei paragrafi 2.3 e 2.4 mostrano un ambiente a tenuta stagna, completamente autoreferenziale e insensibile ai diritti sottostanti. Gli episodi si snodano con un lemma comune di razionalità/efficienza, che spiega i suoi effetti in una doppia direzione:

a) scelte di *return on investment* e *return on equity* necessarie per il rientro del costo sostenuto per la medesima attività di ricerca, momento necessario alla scoperta scientifica;

b) politiche di protezione del prodotto che incidono sulla concreta possibilità di tutela, attraverso l'effetto distintivo tra categorie di soggetti tutelabili e possibilità concreta dell'azione.

Era il 1978 quando la Corte costituzionale⁵⁷ riconosceva la necessità di estendere la protezione brevettuale alle scoperte scientifiche in materia medica e rilevava che non corrispondeva "a realtà la preoccupazione di favorire (o di non impedire) il "rincarimento" dei prezzi dei medicinali come conseguenza dei diritti di esclusiva a profitto di chi detiene il brevetto, perché i prezzi dei prodotti farmaceutici sono determinati e modificati di imperio sia in base alle leggi sanitarie sia per effetto della normativa sul Comitato interministeriale prezzi (cfr. da ultimo per il C.I.P. art. 33 d.l. 26 ottobre 1970, n. 745). Del resto, l'esperienza degli altri paesi, nei quali è ammessa la brevettabilità dei prodotti farmaceutici (o quanto meno dei procedimenti di fabbricazione), dimostra come non sia possibile stabilire un legame di causa-effetto tra brevettabilità e livello dei prezzi, risultando ovunque il mercato dei medicinali largamente corretto da interventi autoritativi, che debbono tener conto non solo del costo delle materie prime e della mano d'opera, del normale profitto e della spesa di confezionamento, ma pure della possibile diffusione del farmaco, dell'incidenza della ricerca, nonché di altri fattori più peculiari".

56 *Vid. retro* § 2.2.

57 Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20, *Consulta online*; CASONATO, C.: "I farmaci", cit.; Una ricostruzione delle vicende normative e della dottrina in tema è stata offerta all'epoca dei fatti da PARDOLESI, R.: "Sul divieto di brevettazione di farmaci", *Foro it.*, 1978, c. 809.

La normativa allora vigente sui brevetti si componeva con il Regio Decreto 29 giugno 1939, n. 1127, che prevedeva un onere di attuazione della privativa nel territorio dello Stato “in misura tale da non risultare in grave sproporzione con i bisogni del paese” e dall’art. 54 della stessa legge nel nuovo testo disposto dall’art. I del D.P.R. 26 febbraio 1968, n. 849.

Entrambe le disposizioni sono state abrogate e, nella specie, dal d.lg. n. 30 del 2005. Ma merita, comunque, un richiamo il citato art. 54, che faceva dipendere dall’insufficiente attuazione del brevetto, misurata con la “grave sproporzione con i bisogni del Paese”, la concessione di “licenza obbligatoria per l’uso non esclusivo dell’invenzione medesima, a favore di ogni interessato che ne faccia richiesta”. Il sistema contrastava dal suo interno la rarefazione del prodotto, come conseguenza della privativa.

Questa è l’origine storica del contesto attuale, nel quale sono venuti meno i correttivi di sistema, che per quanto orientati sulla domanda del singolo Stato membro avevano al fondo una razionalità aggregata di funzionamento, capace di bilanciare gli interessi contrapposti e spiegare la funzione normativa in una prospettiva di trasformazione⁵⁸.

Attualmente, nel microcosmo di mercato puro, nel quale il brevetto farmaceutico trova disciplina, si è passati dalla privativa ventennale rinnovabile per altrettanti anni, alla riduzione del tempo del rinnovo a cinque anni. Il tempo è considerato necessario per il recupero dei costi di ricerca, tanto che la prosecuzione del brevetto opera come riutilizzazione degli anni tra il deposito della domanda del brevetto a quello dell’effettiva commercializzazione. Il meccanismo è, insomma, costruito per garantire l’effettiva copertura dei costi necessari per la ricerca scientifica sul prodotto che conduce alla sua commercializzazione.

È evidente che siamo in un mercato a sé stante o almeno con un funzionamento a sé stante: la Corte di giustizia ha coniato un nuovo principio, quello di concorrenza sui meriti⁵⁹ con funzione terapeutica di mercati fortemente condizionati da posizione dominante.

58 Vid. le considerazioni di CASONATO, C.: *o.l.u.c.*, secondo il quale: “alcuni casi più e meno recenti, in particolare, conducono a ritenere che il mercato e la brevettabilità dei farmaci abbiano non di rado perso il collegamento con la tutela della libertà di ricerca e, soprattutto, con la promozione della salute individuale e collettiva, per assumere, viceversa, una prevalente connessione con logiche estreme di profitto e di speculazione economico-finanziaria; connessione che porta a invertire le priorità e il rapporto di mezzo a fine fissato dalla Corte costituzionale”.

La questione delle licenze obbligatorie previste all’art. 31 dell’Accordo TRIPS adottato a Marrakech 15 aprile 1994, relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, ratificato dall’Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747 sono sostanzialmente limitate ad alcuni paesi in condizioni di particolare povertà secondo quanto stabilito anche negli obiettivi della *Declaration on the TRIPS agreement and public health*, Doha, 9 - 14 Novembre 2001.

59 Corte giust., 6 dicembre 2012, c. 457/10 P AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea. MASSIMINO, V.F.: “Il commento”, *Dir. ind.*, 2013, p. 128 ss., e ivi ampi riferimenti alla giurisprudenza sui meriti.

La Corte, insomma, riconosce lo stato dell'arte, soprattutto nel mercato farmaceutico, e cerca di recuperare il bandolo della matassa attraverso la considerazione che dichiarazioni ingannevoli o prive di trasparenza danno luogo a un abuso di posizione dominante, senza favorire una concorrenza sui meriti. In particolare, la Corte funzionalizza la c.d. concorrenza sui meriti agli interessi dei consumatori, anche in condizione di protezione con privativa e correlata posizione dominante. Il passaggio è netto e cerca di bilanciare le legittime pratiche protettive della singola posizione concorrenziale e il vantaggio per gli utenti ultimi del peculiare mercato⁶⁰. L'impressione è che un bagliore sia rintracciabile proprio in questo frangente e cioè nel riconoscere in via diretta azione ai consumatori e relative associazioni, ciò proprio alla stregua di quanto stabilito dall'art. 140 bis⁶¹ del codice del consumo. È infatti superata da tempo la scissione tra regole di mercato, proprie dei rapporti tra imprese, e rapporti contrattuali a valle, ai fini della valutazione di pratiche non competitive⁶². La questione è, al più, quella di superare le maglie del diritto dei consumi, entro le quali ha maggiore difficoltà a trovare sistemazione il prodotto farmaceutico, se non nei limiti di prodotto di consumo difettoso⁶³.

Ma se l'autonomia privata incide con regole di mercato sulla misura di tutela del fondamentale diritto alla vita, gli anticorpi rimediali vanno riconosciuti nel medesimo sistema e generalizzati in ragione della tutela del bene primario⁶⁴. La

60 Corte giust., 6 dicembre 2012, cit., qui è stabilito che "l'elaborazione da parte di un'impresa, anche in posizione dominante, di una strategia finalizzata a minimizzare l'erosione delle proprie vendite e a porsi in condizione di far fronte alla concorrenza dei prodotti generici è legittima e rientra nel gioco normale della concorrenza, a condizione che il comportamento pianificato non si discosti dalle pratiche proprie di una concorrenza basata sui meriti, tale da andare a vantaggio dei consumatori. Tuttavia, contrariamente a quanto fanno valere le ricorrenti, non rientra in tale concorrenza un comportamento come quello censurato nel contesto del secondo abuso, consistente nella domanda di revoca, senza giustificazione oggettiva e successiva alla scadenza del diritto esclusivo di sfruttamento dei risultati delle prove farmacologiche, tossicologiche e cliniche riconosciuto dalla direttiva 65/65, delle AIC per le capsule di Losec in Danimarca, in Svezia e in Norvegia, con cui l'AZ, come il Tribunale ha dichiarato al punto 814 della sentenza impugnata, intendeva ostacolare l'introduzione dei prodotti generici e le importazioni parallele". Vid. anche Commissione UE, 10 dicembre 2013, c. 142/10, AT c. Fentanyl. La decisione riguarda un cosiddetto accordo di "co-promozione" concluso dalle filiali olandesi delle imprese farmaceutiche Johnson & Johnson e Novartis AG. L'accordo prevedeva pagamenti mensili da Johnson & Johnson fino a quando il (almeno) potenziale concorrente Novartis si astenesse dall'entrare sul mercato nei Paesi Bassi con la sua versione generica del prodotto.

61 Vi sono proposte normative di asportare l'art. 140 dal codice del consumo, per una sua migliore collocazione all'interno del codice di procedura civile proposta di legge n. 1335 recante "Modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'articolo 140 bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206", *osservatorioantitrust.eu*. La proposta introduce un nuovo titolo nel libro dedicato ai procedimenti speciali interamente dedicato all'azione di classe e composto dagli artt. 840 bis – 840 sexiesdecies c.p.c., così da recidere il vincolo funzionale di tutela (esclusiva) dei consumatori ed utenti.

62 Vid. sul punto Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 27 febbraio 2014, caso La Roche e Novartis, la quale ha stabilito che "i gruppi Roche e Novartis hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, contraria al diritto antitrust comunitario, nel mercato dei farmaci per la cura di gravi patologie vascolari della vista, sanzionando i due gruppi con oltre 180 milioni di euro". L'istruttoria è stata avviata, tra gli altri, dall'associazione di consumatori Altroconsumo.

63 Vid. retro, nota 55.

64 PERLINGIERI, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. aspetti giuridici e sociologici", in Id., *La persona e i suoi diritti - problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1972, p. 73 ss., che anzitempo osserva

matrice del conflitto risulta allora riformulata: tra difettosità del prezzo, in ragione della sua non rispondenza ai costi di produzione con forte elisione del diritto alla tutela del bene vita⁶⁵, e tutela di malattie sociali (razionalità economica vs. razionalità sociale), con possibile incidenza sul tempo di durata del brevetto⁶⁶.

Insomma, il filo scarlatto del quale si parlava in apertura, a proposito delle immagini a confronto, è rintracciabile nell'elevazione del concetto di sicurezza dalle singole regioni di attuazione, in un diverso livello di normalizzazione. È in fondo un ritorno alla sicurezza esaminata da Foucault, proprio con riferimento alle malattie pandemiche. Queste ultime sono, infatti, ragioni di paura di massa, di insicurezza collettiva, di delimitazione dei rapporti, di espulsione di alterità, eppure nella storia del XVII e XVIII secolo hanno consentito lo sviluppo di "differenti tecnologie di sicurezza" capaci di trasformare la categoria "di malattia regnante", quale "specie di malattia sostanziale che fa corpo con uno stato, una città, un clima, un gruppo di persone, una regione, una maniera di vivere", in integrazione dei "fenomeni individuali in campo collettivo". Qui la norma, con la sua capacità normalizzatrice, torna ad essere "un gioco all'interno di normalità differenziali"⁶⁷.

che "realizzare lo "sviluppo sostenibile" significa, invece, favorire certamente lo sviluppo economico per garantire un livello di vita accettabile, misurandolo tuttavia con le ragioni del suo esistere. Non può esservi un mercato per il mercato né una produzione per la produzione". Nella segnata prospettiva v.: PERLINGIERI, G.: "Sostenibilità", cit., p. 101 ss.

- 65 DE GIORGI, R.: "Niklas Luhmann", cit., p. 161 ss., secondo il quale il punto di discussione è "se questi diritti siano giustiziabili e la discussione si giustifica per il fatto che, la loro giustiziabilità indebolisce la loro funzione. Se restano umani o fondamentali, invece, essi lasciano aperto lo spazio d'azione del sistema politico che al sistema giuridico è accoppiato attraverso le costituzioni moderne. Che è poi lo spazio d'azione all'interno del quale si rende possibile la compatibilità di dignità e nuove schiavitù, di uguaglianza e disuguaglianza, di libertà d'espressione e non sapere, di violenza che produce e violenza che mantiene diritto".
- 66 TEUBNER, G.: "La matrice", cit., p. 9 ss., per il quale "non si tratta tanto di infliggere a singole industrie farmaceutiche un controllo sui prezzi, quanto di sviluppare – sul piano generale – norme di incompatibilità nel rapporto esistente tra settore economico e settore sanitario. Si tratta cioè di sviluppare – nel quadro di un diritto transnazionale dei brevetti – il diritto della "World International Patent Organisation" (WIPO), della "World Trade Organization" (WTO) e dell'ONU, in modo tale da neutralizzare i conflitti che si scatenano tra logiche di azione incompatibili, partendo da una inclusione delle questioni sanitarie all'interno della razionalità economica. Non esistendo nessuna autorità sovraordinata, il conflitto può essere risolto solo nella prospettiva di uno dei regimi in lotta. Tuttavia, la logica concorrente – in questo caso i principi del sistema sanitario – dev'essere introdotta nel contesto della logica giuridico-economica come una sua limitazione interna. È però possibile che ciò non basti a salvaguardare del tutto le pretese implicite in una dimensione genuina dei diritti umani. In altre parole, se la possibilità di "accesso alle cure" non risultasse sufficientemente tutelata dalle misure più recenti, o dai contratti previsti dalla WIPO, il diritto transnazionale dei brevetti dovrebbe trovare un suo nuovo equilibrio – per quanto attiene ai prodotti farmaceutici – sia con la concessione a buon mercato del diritto di licenza attraverso procedure scorporate e trasparenti, sia con un sistema di licenze e di brevetti differenziato in base alla forza economica, sia infine attraverso la "cura radicale" dell'escludere completamente, per un certo periodo, determinate medicine dalla tutela del diritto transnazionale dei brevetti".
- 67 FOUCAULT, M.: *Sicurezza*, cit., p. 51 ss., spec. pp. 53 e 55.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G.: *Homo Sacer*, Feltrinelli, Torino, 1995.

AYRES, I.: "Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation", *Harvard L. Rev.*, 1991, p. 817 ss.

ALBANESE, A.: "Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi", *Quest. giust.*, 2015, p. 94 ss.

ANTONUCCI, A.: "Premio unisex: il paradosso della parificazione semplificata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 498 ss.

ARMBRUSTER, C. e OBAL, M.: "Informazioni e analisi genetiche nell'ambito della sottoscrizione dei contratti assicurativi in Germania", *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 269 ss.

BARCELLONA, M.: "L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali", *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 339 ss.

BITETTO MURGOLO, A.L.: "Danno da vaccini e prova del nesso causale tra "product liability" e indennizzo", *Danno resp.*, 2017, p. 668 ss.

BREDA, R.: "Danno da vaccinazione tra indennizzo e risarcimento del danno", *Riv. it. med. leg.*, 2018 p. 296 ss.

BRUSCO, C.: "Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità", *Cass. pen.*, 2008, p. 1879.

CALAMANDREI, P.: "La relatività del concetto di azione", *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 24 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Esi, Napoli, 2013.

CARETTI, P.: "Il corpus delle leggi razziali", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. SPECIALE), Pàtron, Bologna, 2013, p. 73 ss.

CARTABIA, M.: "La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana", *Quad. cost.*, 2012, p. 455 ss.

CASSONATO, C. e TOMMASI, M.: "Regulating genetic data in insurance and employment: the italian "upstream" way", *Annuario dir. comp.*, 2018, p. 441 ss.

CEVOLINI, A.: "Inclusione ed esclusione nel funzionalismo sociologico tedesco", *Soc. pol. sociali*, 1999, p. 247 ss.

CHIEFFI, L.: "Scientific questions nel diritto giurisprudenziale", *Federalismi.it*, 2017, p. 2 ss.

CONAN DOYLE, A.: *A Study in Scarlet*, in *Beeton's Christmas Annual*, 1887.

DARROW, V.J.J., SINHA, M.S. e KESSELHEIM, A.S., "When Markets Fail: Patents and Infectious Disease Products", *Food and Drug Law Journal*, Vol. 73, 2018, p. 361 ss.

DE GIORGI, R.: "Evoluzione della fiducia e periferie dell'accadere", in ID., *Temi di filosofia del diritto*, Pensa Multimedia, Lecce, 2006, p. 26 ss.

DE GIORGI, R.: "Il governo della paura", in ID., *Futuri passati. Il mondo visto da Campone*, Pensa, Lecce, 2010, p. 233 ss.

DE GIORGI, R.: "Niklas Luhmann e i paradossi del diritto", in ID., *Temi di filosofia del diritto*, Pensa Multimedia, Lecce, 2015, p. 161 ss.

DE GIORGI, R.: "Por Una Ecologia Dos Direitos Humanos", *R. Opin. Jur. Fortaleza*, 2017, p. 324 ss.

DONINI, M.: "La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici", *Riv. dir. proc. pen.*, 1999, p. 49 ss.

FALCONIERI, S.: "Tra "silenzio" e "militanza". La legislazione antiebraica nelle riviste giuridiche italiane (1938-1943)", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. SPECIALE), Pàtron, Bologna, 2013, p. 159 ss.

FEMIA, P.: "Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico", *Atti S.I.S.Di.C., Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Esi, Napoli, 2020, in corso di pubblicazione.

FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996.

FERRAJOLI, L.: "Democrazia e paura", in *La democrazia in nove lezioni* (a cura di M. BOVERO, e V. PAZÉ), Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss.

FOUCAULT, M.: *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it. di P. Napoli, Feltrinelli, Milano, 2005.

FOUCAULT, M.: *Surveiller et punir: la naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975.

FRANCESCA, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in *L'operatività dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), Esi, Napoli, 2017, p. 473 ss.

FRANCESCA, M.: "Dalle ADR offline alle procedure di Online Dispute Resolution: statuti normativi e suggestioni di sistema", *Corti Salernitane*, 2015, p. 7 ss.

FRANCESCA, M.: "Inclusione finanziaria e modelli discriminatori. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", *Rass. dir. civ.*, 2020, in corso di pubblicazione.

FRANCESCA, M.: "Razza e diritto. Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale", in *Razza, identità, culture. Un approccio interdisciplinare. Atti dell'incontro di studio Lecce, 28 settembre 2018* (a cura di S. DONADEI, M. FRANCESCA e V. TONDI DELLA MURA), Esi, Napoli, 2019, p. 3 ss.

FUSARO, A.: "Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di giustizia", *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 345 ss.

FUSARO, A.: "Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 898 ss.

GABRIELE, F.: "Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima", *Rivista AIC*, 2013, p. 1 ss.

GAMBINO, S. e NOCITO, W.: "Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto", in *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali* (a cura di L. CHIARA, F. FORTE, S. GAMBINO, G. MOSCHELLA, P. NAVARRA, W. NOCITO e A. RUGGERI), Giappichelli, Milano, 2013, p. 75 ss.

GENTILI, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.

GRONDONA, M.: "Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su Hayek): "The Political Order of a Free People"", in *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview* (a cura di C.A. D'ALESSANDRO e C. MARCHESE), Romatre-Press, Roma, 2018, p. 295 ss.

HART, H.L.A.: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.

HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, London, 1982.

HENSEL, I. e TEUBNER, G.: "Matrix Reloaded. Critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del *publication bias* (errore sistematico di pubblicazione)", *confinideldiritto.istitutovizzero.it*.

HOBBS, T.: *Elementi filosofici sul cittadino (De cive) (1647)*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1948.

HOBBS, T.: *Il Leviatano*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1955.

HOFFMAN, S.: "Racially-taylored Medicine Unraveled", *American Univ. L. Rev.*, 2005, p. 395 ss.

HU, Y., EYNIKEL, D., BOULET, P. e KRIKORIAN, G.: "Supplementary protection certificates and their impact on access to medicines in Europe: case studies of sofosbuvir, trastuzumab and imatinib", *Hu et al. Journal of Pharmaceutical Policy and Practice*, 2020, 13:1.

KAHN, J.: "How a Drug Becomes "Ethnic": Law, Commerce, and the Production of Racial Categories in Medicine", *Yale J. Health Pol. L. & Ethics*, 2004, p. 25 ss.

KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.

KMIETOWICZ, Z.: "China rejects patent on hepatitis C drug sofosbuvir", *British Medical Journal*, Vol. 350, 22 Jun 2015 - 28 Jun 2015.

LA ROCCA, D.: "Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario* (a cura di M. BARBERA), Giuffrè, Milano, 2007, p. 289 ss.

LUHMANN, N.: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Springer, Opladen, 1975.

MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

MALINOWSKI, M.: "Law, Policy, and Market Implications of Genetic Profiling in Drug Development", *Hous. J. Health L. & Pol.*, 2002, p. 40 ss.

MARANO, P.: "Le assicurazioni discriminano o differenziano in base al sesso?", *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 265 ss.

MASSIMINO, V.F.: "Il commento", *Dir. ind.*, 2013, p. 128 ss.

MAZZACANE, A.: "Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. SPECIALE), Pàtron, Bologna, 2013, p. 23 ss.

MIGNONE, C.: *Identità della persona e potere di disposizione*, Esi, Napoli, 2014.

MIGNONE, C.: "Una via costituzionale all'*impact investing*", in *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi* (a cura di M. FRANCESCA e C. MIGNONE), Esi, Napoli, 2020, p. 3 ss.

MIRA, A.: "La forza dell'incertezza: la statistica come guida alle scelte nel mondo del probabile", *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1437 ss.

MORANA, D.: "I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività", *Rivista AIC*, 2014, p. 1 ss.

MORI, L.: "Paura e consenso politico", *Cosmopolis*.

MORRONE, A.: "Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa", *Quad. cost.*, 2014, p. 79 ss.

NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.

NUZZO, L.: "Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica", *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, p. 651 ss.

NUZZO, L.: "Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del soggetto indigeno", *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003/2004, p. 463 ss.

NUZZO, L.: "Quando la guerra è finita. Quale diritto per una pace giusta?", in *Alberico Gentili e lo jus post bellum. Prospettive tra diritto e storia. Atti del convegno della XVIII Giornata Gentiliana, San Ginesio, 21-22 settembre 2018* (a cura di L. LACCHÈ e V. LAVENIA), Eum edizioni università di macerata, Macerata, 2020, p. 37 ss.

ORESTANO, R.: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Feltrinelli, Bologna, 1987.

PARDOLESI, R.: "Sul divieto di brevettazione di farmaci", *Foro it.*, 1978, c. 809.

PERLINGIERI, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. aspetti giuridici e sociologici", in *Id.*, *La persona e i suoi diritti - problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1972, p. 71 ss.

PERLINGIERI, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, G.: "Sostenibilità, ordinamento giuridico e "retorica dei diritti". A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.

PERSANO, F.: "Parità di trattamento tra donne e uomini e rilevanza del genere a titolo di fattore di rischio nei servizi assicurativi", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1269 ss.

POLIDORI, S.: "Situazioni esistenziali, beni e diritti: dal negozio a contenuto non patrimoniale al mercato dei segni distintivi della personalità", *Annali SISDiC*, 2020, p. 227 ss.

PORRINI, D.: "Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i *big data*?", *Conc. merc.*, 2016, p. 139 ss.

PUCCELLA, R.: "Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni", *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1796 ss.

PURPURA, A.: "Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova", *Eur. dir. priv. prev.*, 2018, p. 817 ss.

QUARTA, F.: "Assicurazione e costo totale del credito. Rilevanza della *payment protection insurance* nel computo del TAEG", *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 17 ss.

RESCIGNO, P.: "Situazione e *status* nell'esperienza del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 219 ss.

RESTA, G.: "La conoscenza come bene comune: quale tutela?", *personadanno.it*.

RESTA, G. e ZENO-ZENCOVICH, V.: *Riparare Risarcire Ricordare Un dialogo tra storici e giuristi*, Esi, Napoli, 2012.

ROSSI, S.: "Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 749 ss.

ROY, V. e KING, L.: "Betting on hepatitis C: how financial speculation in drug development influences access to medicines", *BMJ*, 2016, 354:3.

RUGGERI, A.: Crisi economica e crisi della Costituzione, *Rivista AIC*, 2014, p. 407 ss.

SALAZAR, C.: "Crisi economica e diritti fondamentali", *Rivista AIC*, 2013, p. 1 ss.

SPADARO, A.: "I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)", *Rivista AIC*, 2011, p. 1 ss.

STOLLEIS, M.: "Comprendere l'incomprensibile: l'Olocausto e la storia del diritto", in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze* (a cura di G. SPECIALE), Pàtron, Bologna, 2013, p. 9 ss.

TEUBNER, G.: "I rapporti precari tra diritto e teoria sociale", in *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati Un percorso nella dottrina tedesca* (a cura di P. FEMIA), Esi, Napoli, 2018, p. 255 ss.

TONDI DELLA MURA, V.: "La parola «razza» nella Costituzione, ovvero: della rilevanza costituzionale di una nozione scientificamente infondata", in *Razza, identità, culture. Un approccio interdisciplinare. Atti dell'incontro di studio Lecce, 28 settembre 2018* (a cura di S. DONADEI, M. FRANCESCA e V. TONDI DELLA MURA), Esi, Napoli, 2019, p. 9 ss.

TORIELLO, F.: "Efficacia della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 331 ss.

TREGGIARI, F.: "Questione di stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro-Passarelli", in *Per Satvram. Studi per Severino Caprioli* (a cura di G. DIURNI, P. MARI e F. TREGGIARI), Spoleto, 2008, p. 832 ss.

TURING, A.M.: *Computing machinery and intelligence*, *Mind*, 59, 1950, p. 433 ss., trad. it. *Macchine calcolatrici e intelligenza*, in *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale* (a cura di V. SOMENZI e R. CORDESCHI), Einaudi, Torino, 1986, p. 157 ss.

VENCHIARUTTI, A.: "Il principio di parità di trattamento tra i sessi in materia assicurativa: riflessione a margine della sentenza della corte di giustizia test-achats", *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 1505 ss.

VETTORI, G.: "Il tempo dei diritti", *Pers. merc.*, 2013, p. 179 ss.

VETTORI, N.: "L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali", *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 237 ss.

VIRGADAMO, P.: "Appunti sulla figura femminile nel diritto civile e sulla tutela ordinamentale della donna nei rapporti familiari", *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 777 ss.