

Scritti in onore di Patrizia Borsellino

a cura di

Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Chiara Buzzacchi

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Costanza Honorati

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Giulio Enea Vigevani

Scritti in onore di Patrizia Borsellino

a cura di

Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3960-2

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Gli Autori</i>	XI
<i>Introduzione</i>	XIII
EL CONSTITUCIONALISMO INCOMPLETO DE UBERTO SCARPELLI <i>Francisco Javier Ansuátegui Roig</i>	
1. Premisa	1
2. Las integraciones del positivismo	4
3. ¿Un constitucionalismo sin derechos?	10
DI CHE COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI “RAZZISMO RICREATIVO”? <i>Adolfo Ceretti</i>	15
RIFLESSIONI SULLA LEGGE SULL’ABORTO IN ITALIA E SUI SUOI ATTACCHI IDEOLOGICI, RICORDANDO MOMENTI DI DIDATTICA COMUNE <i>Marilisa D’Amico</i>	
1. Patrizia Borsellino e il suo impegno scientifico e umano	25
2. I diritti della donna e quelli del concepito nel bilanciamento del legislatore del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale	26
3. Gli aspetti tecnico-scientifici controversi	29
4. Il “diritto” di sollevare obiezione di coscienza	31
5. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali condanna l’Italia	32
6. L’ideologia non difende i diritti	34

BIOETICA, DIRITTO, LAICITÀ: PATRIZIA BORSELLINO
E L'IDEA DEL DIRITTO COME STRUMENTO
DI TRASFORMAZIONE CULTURALE ED ETICA
DELLA SOCIETÀ ITALIANA

Emilio D'Orazio

1. Introduzione	39
2. La nascita della bioetica laica in Italia e l'eredità di Uberto Scarpelli	41
2.1. La regolazione giuridica delle questioni bioetiche secondo Scarpelli	42
2.2. Il dibattito sul Manifesto di bioetica laica e i principi della bioetica	44
3. L'etica laica come etica procedurale	46
4. Questioni di metabioetica	47
4.1. L'etica e la bioetica come autonomo contesto giustificativo	48
4.2. Il principio di autonomia come metaprinzipio	49
4.3. Il posto della ragione e dei sentimenti nelle scelte bioetiche: una critica a E. Lecaldano	50
5. Modelli di regolazione legislativa delle questioni bioetiche a confronto	52
6. Le ragioni della laicità procedurale	55
6.1. Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa	56
7. Bioetica tra "moralì" e diritto (2009)	58
7.1. Quale diritto per la bioetica laica? Repliche ai critici	60
8. Bioetica tra 'moralì' e diritto (2018) e il diritto come strumento di trasformazione culturale e etica della società italiana in direzione laica	64

DIRITTO E LETTERATURA AL FEMMINILE. L'INCONTRO TRA
TEORIA GIURIDICA FEMMINISTA E DIRITTO E LETTERATURA

Carla Faralli

1. Teoria giuridica femminista e Diritto e letteratura: Origine e sviluppi	67
2. Una nuova direttrice di ricerca: Law as Narrative	71

LA BIOETICA LAICA DI PATRIZIA BORSELLINO:
IMPEGNO E LIBERTÀ

Lorena Forni

Una breve premessa	77
1. Impegno e bioetica	78
1.1. Impegno <i>per la</i> bioetica	78
1.2. Impegno <i>nella</i> bioetica: attenzione alle prassi e all'elaborazione normativa	80

	<i>pag.</i>
2. Bioetica e libertà	82
3. Considerazioni conclusive	84

IL CONTRIBUTO DI PATRIZIA BORSELLINO AL NEOILLUMINISMO

Eugenio Lecaldano

1. Borsellino e il neoilluminismo	87
2. Il confronto con Bobbio e Scarpelli a proposito della meta-etica di morale e diritto	90
3. Una impostazione neoilluminista e laica sulle relazioni tra morale e diritto nella riflessione critica sulle questioni della bioetica	92

ECRASEZ L'INFAME!

Claudio Luzzati

1. L'illuminismo: una grande esagerazione, un'autoillusione, o invece il dovere morale di prese di posizione chiare e consapevoli? La profondità dell'illuminismo normativo	99
2. Teoria e prassi dell'illuminismo	107
2.1. I presupposti	107
2.2. Come cambia il paradigma della neutralità	113
2.3. Chi parla con chi? L'interlocutore assente	116

PATRIZIA BORSELLINO SULLE PRIORITÀ D'ACCESSO ALLA TERAPIA INTENSIVA E AL VACCINO COVID-19. PER UN APPROFONDIMENTO DELL'ANALISI BIOETICA E BIOGIURIDICA

Maurizio Mori

1. Premessa	125
2. Il contributo di Patrizia Borsellino alla bioetica e al biodiritto	126
3. Il contributo di Borsellino sul triage circa l'accesso alla TI (Terapia Intensiva)	128
4. Il problema dei criteri per la priorità di accesso alla vaccinazione Covid-19	131
4.1. La simmetria tra "contesto di cura" e "contesto di prevenzione"	131
4.2. L'oscillazione del CNB sulla nozione di "vulnerabilità"	132
4.3. Qual è il criterio per la priorità di accesso al vaccino sotteso al Piano nazionale?	133
5. Conclusioni brevi	134

IMMAGINI DELLA BIOETICA
NEL PENSIERO DI PATRIZIA BORSELLINO

Demetrio Neri

1. Premessa	135
2. Una bioetica pacificatrice	136
3. Una bioetica procedurale	137
4. Una bioetica procedurale in quanto laica	138
5. La laicità procedurale e i suoi “nemici”	140
6. Nota finale	141

IL POTENZIAMENTO COGNITIVO E MORALE:
RIFLESSIONI BIOETICHE

Laura Palazzani

1. Potenziare le menti	143
2. Potenziamento farmacologico	144
3. Potenziamento neuro-tecnologico	147
4. Il potenziamento morale	149
5. La riflessione biogiuridica di Patrizia Borsellino sul tema	151

GLI ATTI DI DISPOSIZIONE DEL PROPRIO CORPO E DEI
TESSUTI *POST MORTEM* A FINI DI STUDIO, DI DIDATTICA
E DI RICERCA SCIENTIFICA: SPUNTI DI RIFLESSIONE
A MARGINE DELLA NUOVA LEGGE N. 10/2020

Federico Gustavo Pizzetti

1. L’oggetto della legge n. 10/2020	153
2. I contenuti della legge n. 10/2020	155
3. La legge n. 10/2020: profili costituzionali	161

KELSEN, CLAUSOLA ALTERNATIVA TACITA,
NORME ILLEGITTIME

Adrián Rentería Díaz

167

pag.

L'ILLUSIONE SOVRANISTA

Francesco Riccobono

- | | |
|--------------------------------|-----|
| 1. Introduzione | 179 |
| 2. I due sovranismi | 180 |
| 3. L'illusione della sovranità | 182 |

DATA GOVERNANCE E CONSENSO INFORMATO

Andrea Rossetti

- | | |
|---|-----|
| 1. Definire il consenso | 187 |
| 2. Le regole degli Stati Uniti per il eIC | 192 |
| 3. Le app per la ricerca medica e il consenso | 193 |
| 3.1. L'uso delle app | 193 |
| 3.2. La diffusione delle app | 194 |
| 3.3. I problemi nell'uso delle app | 195 |
| 4. DICE (Digital Informed Consent Experience) | 197 |
| 5. Conclusioni | 200 |

LIBERTÀ DAL VACCINO: RAGIONI ED ECCEZIONI

Roberta Sala

- | | |
|---|-----|
| 1. Introduzione | 201 |
| 2. Le obiezioni degli individui all'obbligo vaccinale e le ragioni pubbliche a suo favore | 205 |
| 3. Paternalismi liberali | 210 |
| 4. Conclusione | 213 |

L'ATTUALITÀ DEL PENSIERO DI MARIO CALDERONI:
QUESTIONI BIOETICHE DI FRONTIERA COME *CASE STUDY**Silvia Salardi*

- | | |
|---|-----|
| 1. Scenario | 215 |
| 2. L'etica della chiarezza nel pensiero di Calderoni | 216 |
| 3. Libero arbitrio, determinismo e responsabilità nel pensiero di Calderoni | 218 |
| 4. Questioni bioetiche di frontiera come <i>case study</i> | 224 |

IL SENSO DEL VALORE E IL VALORE DEL SENSO.
DAL DISCORSO AXIOLOGICO ALL'ORIZZONTE BIOETICO

Michele Saporiti

- | | |
|---|-----|
| 1. L'orizzonte del discorso axiologico | 233 |
| 2. Il valore nell'«epoca della critica» | 235 |
| 3. L'etica della «modesta lanterna» | 240 |
| 4. La bioetica: la scelta dei valori e la costruzione del senso | 244 |

LA QUESTIONE DEL SERGENTE GRISCHA: UN ESPERIMENTO
LETTERARIO SUL CONFRONTO TRA UMANITÀ DEL DIRITTO
E DISUMANITÀ DEL POTERE

Alberto Scerbo

- | | |
|---|-----|
| 1. Per una introduzione | 249 |
| 2. Il diritto tra forma e sostanza | 251 |
| 3. La sconfitta dell'uomo (e del diritto) di fronte al gioco del potere | 254 |
| 4. Breve dialogo finale con il testo | 260 |

RACISM AND LAW: SITUATED VULNERABILITY

Gianfrancesco Zanetti

- | | |
|---|-----|
| 1. From Salgari ... | 263 |
| 2. ... to Lombroso | 264 |
| 3. Julius Evola (and Giorgio Almirante) | 267 |
| 4. The Manifesto of Italian Racists: Jewish people and black Africans | 269 |

GLI AUTORI

Francisco Javier Ansuátegui Roig, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Carlos III di Madrid.

Adolfo Ceretti, Professore ordinario di Criminologia e docente di mediazione reo-vittima, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Marilisa D'Amico, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Prorettrice con delega a Legalità, trasparenza e parità di diritti, Università degli Studi di Milano.

Emilio D'Orazio, Direttore di POLITEIA. Centro per la ricerca e la formazione in politica e etica, Milano.

Carla Faralli, Professoressa di Filosofia del diritto, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

Lorena Forni, Ricercatrice di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Eugenio Lecaldano, Professore emerito di Filosofia morale, Università di Roma La Sapienza.

Claudio Luzzati, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano.

Maurizio Mori, Professore ordinario di Filosofia morale e Bioetica, Università degli Studi di Torino.

Demetrio Neri, già Professore di Bioetica, Università degli Studi di Messina.

Laura Palazzani, Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università di Roma LUMSA.

Federico Gustavo Pizzetti, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Milano.

Adrián Rentería Díaz, Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi dell'Insubria.

Francesco Riccobono, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Andrea Rossetti, Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Roberta Sala, Professoressa ordinaria di Filosofia politica, Università Vita-Salute San Raffaele di Milano.

Silvia Salardi, Professoressa associata di Filosofia del diritto e Bioetica, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Michele Saporiti, Ricercatore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Alberto Scerbo, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

Gianfrancesco Zanetti, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

INTRODUZIONE

Questo volume nasce dalla comune volontà di rendere un omaggio corale ad una Studiosa, Patrizia Borsellino, alla cui Scuola abbiamo avuto l'onore e la fortuna di formarci.

Nell'arco di più di quarant'anni di studi, riflessioni e intenso impegno civile, Patrizia Borsellino ha fornito un contributo prezioso al dibattito filosofico-giuridico e bioetico italiano, sviluppando in modo del tutto originale molte delle intuizioni dei Suoi Maestri e ponendo le basi perché nuove generazioni di studiosi potessero ampliare il campo d'indagine verso sentieri poco battuti ed altri non sufficientemente esplorati.

Sempre attenta alle opzioni etico-politiche alla base delle scelte legislative e alle ricadute sociali ad esse collegate, Patrizia Borsellino ha saputo conciliare la propria vocazione scientifica e didattica con una rara sensibilità civica, che l'ha portata nel corso dei decenni a profondere energie per cause civili, forse ancor prima che intellettuali, nella convinzione che ognuno di noi debba sempre fare la sua parte, quale componente di una società liberale e democratica.

Non è questa la sede per tentare di rendere conto, nemmeno in modo conciso, della sua articolata biografia intellettuale, che abbraccia quasi mezzo secolo di storia. Lasciamo questo delicato compito ai contributi degli amici, colleghi e sodali che hanno avuto l'opportunità di incontrare e apprezzare questa Maestra di eccezionale profondità, generosità e intelligenza, e che ringraziamo per aver accettato il nostro invito.

Questo volume non chiude un percorso, ma dà solo conto di quanto Patrizia Borsellino potrà insegnarci ancora. Esso non è che una delle tante tappe nel cammino di una Studiosa che ha sempre onorato il lascito dei suoi Maestri e valorizzato con cura i contributi dei Suoi colleghi.

Non crediamo, allora, di prenderci eccessiva libertà nel volerLe esprimere la più profonda gratitudine, anche a nome di tutti gli Autori di questo volume, per aver rappresentato e per continuare a rappresentare una Voce autorevole, una Intellettuale coraggiosa, una infaticabile Studiosa.

Alla Maestra Borsellino va, infine, il ringraziamento dei Suoi allievi, per questo tratto di strada che abbiamo avuto la fortuna e il piacere di percorrere al Suo fianco, e per l'ulteriore cammino che ci farà l'onore di voler proseguire insieme.

Lorena Forni, Silvia Salardi, Michele Saporiti

EL CONSTITUCIONALISMO INCOMPLETO DE UBERTO SCARPELLI

*Francisco Javier Ansuátegui Roig**

SOMMARIO: 1. Premisa. – 2. Las integraciones del positivismo. – 3. ¿Un constitucionalismo sin derechos?

1. *Premisa*

En alguna ocasión anterior he dedicado atención a algunos extremos del pensamiento de Uberto Scarpelli. En un trabajo que a estas alturas claramente puede considerarse como un trabajo de juventud, me dediqué a analizar algunos planteamientos críticos con el positivismo jurídico, o con algunas versiones del mismo, que se podían encontrar en las aportaciones de Gustavo Zagrebelsky y Uberto Scarpelli¹. Aquel trabajo era el resultado de mis primeros encuentros con el debate iusfilosófico italiano en torno al positivismo, sobre el que se discutía en términos de crisis, y posiblemente de crisis definitiva². A lo largo del tiempo, he conservado el interés por los planteamientos de Scarpelli sobre el positivismo, sobre los que se han desarrollado interesantes debates y reflexiones³, si bien en

*Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho/Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. ORCID: 0000-0002-6899-2857. Agradezco a Francesco Riccobono, Francesco Mancuso, Adrián Rentería, Thomas Casadei, Tommaso Greco y a María del Carmen Barranco los comentarios efectuados a una primera versión del trabajo; y a Emilio D’Orazio el haberme facilitado el acceso a cierta bibliografía.

¹Vid. F.J. ANSUATEGUI ROIG, *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli* in *Derechos y Libertades*, n° 2, 1993-1994, pp. 113-151.

²Vid. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano: Giuffrè, 1987. Y el comentario que Patrizia BORSELLINO dedicó al libro de Jori: *Crisi definitiva per il giuspositivismo analitico italiano?* in *Notizie di Politeia*, anno 4, n° 12, 1988, p. 31 y ss.

³En este caso la referencia imprescindible es la constituida por el debate en torno su libro *Cos’è il positivismo giuridico*, celebrado en Pavia a principios de mayo de 1966 y que se recoge en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderni della Rivista “Il Politico”, n° 4, Milano: Giuffrè, 1967. Y también L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano:

ocasiones se han señalado razones de la poca discusión crítica acerca de la obra de Scarpelli, que tendrían que ver, de un lado, con una lectura errónea de sus tesis por parte de los filósofos no analíticos que creen ver un supuesto certificado de defunción del positivismo jurídico y, de otro, con la desconfianza de los juristas positivos, los operadores jurídicos, ante una teoría que presuntamente pone en entredicho la objetividad del Derecho que les genera confianza y seguridad⁴. Me parece que esos planteamientos han constituido una referencia en la evolución del positivismo jurídico italiano que tanta influencia – a través, en un primer momento, de la recepción del pensamiento de Norberto Bobbio y Renato Treves, aunque no sólo-, ha desarrollado en la evolución de la filosofía del Derecho española a partir del último cuarto del siglo XX. No obstante, lo cierto es que la reflexión directa sobre los planteamientos de Scarpelli tampoco ha sido muy abundante y extensa en el ámbito español⁵. A la hora de explicar esta circunstancia, podemos manejar dos hipótesis: por una parte, creo que el reconocimiento del valor de las ideas de Scarpelli de alguna manera ha podido sufrir el hecho de que las tesis de su maestro Norberto Bobbio se hayan entendido como la referencia básica en el desarrollo de esa influencia; por otra, el hecho de que, posiblemente como consecuencia del contexto jurídico y político español en buena parte de la segunda mitad del pasado siglo, el desarrollo de los planteamientos positivistas no tuvo un ritmo comparable al que se vivió en Italia. El homenaje a Patrizia Borsellino es una buena ocasión para retornar a Uberto Scarpelli, su maestro, y para volver a explorar el potencial de alguna de sus propuestas referidas a la mejor forma de entender el positivismo jurídico.

En este sentido, mi intención es centrar la atención en algunas cuestiones

Giuffrè, 1997; y P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Torino: Giappichelli, 2014.

⁴Vid. M. JORI, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, introd. a U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965, pp. 24-25. En el mismo sentido A. RENTERIA, *El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho*, en *Derechos y Libertades*, n° 42, 2020, pp. 186-187. A. SCHIAVELLO se ha referido a la heterodoxia de los planteamientos de Scarpelli en *La lungimirante "eterodossia" del positivismo giuridico di Scarpelli*, en *Notizie di Politeia*, n° 73, 2004, pp. 77-89.

⁵Entre las excepciones podemos citar E. GARCIA MAYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México: UNAM, 1986, p. 42 y ss.; la monografía de F. MORALES LUNA, *La filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, pról. de M. Jori, Madrid: Marcial Pons, 2013; y el artículo de A. RENTERIA, *El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho*, ya citado. Hubo que esperar hasta 2001 para contar con una traducción castellana del libro de Scarpelli: *¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. de J. Hennequin, Puebla: Editorial Cajica, 2001. En 2020 y 2021 han aparecido traducciones castellanas en Chile (ed. Olejnik) y en Perú (ed. Zela), respectivamente. Adrián Rentería reunió algunos artículos incluidos originariamente en *L'etica senza verità* en U. SCARPELLI, *Etica jurídica sin verdad*, México: Fontamara, 2007, e incluyó la traducción del artículo "El método jurídico" en la recopilación *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*, Ed. Cajica, Puebla, 2005, pp. 47-66. L. HIERRO es consciente del injusto olvido de las tesis de Scarpelli en *¿Por qué ser positivista?*, in *Doxa*, n° 24, 2002, p. 272.

específicas. Mario Jori ha puesto de relieve las “dos grandes ideas” de Scarpelli. Por una parte, la que tiene que ver con la revolución prescriptivista en el marco de su reflexión sobre la semiótica del lenguaje prescriptivo. En segundo lugar, la referida a la justificación político-moral del positivismo jurídico⁶. Lo que me interesa en esta ocasión es analizar determinadas consecuencias que se pueden derivar de los últimos escritos de Scarpelli en relación con el positivismo jurídico, en los que se presentan algunas tesis que permitirían aproximar a Scarpelli a algunos planteamientos constitucionalistas⁷. El «*diritto dei giudici fondato sui principi*»⁸ del que nos habla en alguno de sus últimos escritos dedicados al tema parece compartir elementos con el Derecho del constitucionalismo. Ello no implica desconocer la importancia de la contribución de Scarpelli al desarrollo de la filosofía del Derecho analítica, en la senda inicial marcada por Bobbio a partir de su artículo seminal, *Scienza del diritto e análisis del linguaggio*⁹. Me limitaré a apuntar que una de las razones del interés de la aproximación analítica de Scarpelli consiste precisamente en compaginar la exigencia metodológica de claridad y la consideración de que la limpieza del lenguaje es el requisito de cualquier discusión teórica con el reconocimiento de que el análisis del lenguaje y la reflexión filosófica no constituyen fines en sí mismos, sino que su finalidad es la de abordar y guiar las cuestiones éticas, políticas, jurídicas, y las elecciones que se llevan a cabo en relación con las mismas. En definitiva, un análisis orientado a la praxis y no puro ejercicio intelectual¹⁰. Así, Mario Jori ha vinculado la rigurosidad y claridad del lenguaje en Scarpelli a un «*ideale terapeutico*», reconociendo la dimensión instrumental de esa claridad¹¹.

⁶ Vid. M. JORI, *Uberto Scarpelli tra semántica e pragmática del diritto*, en L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., pp. 447-448.

⁷ P. BORSELLINO destaca la anticipación de Scarpelli en relación con el paradigma constitucionalista en “Uberto Scarpelli filosofo attuale”, P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L’eredità di Uberto Scarpelli*, cit., p. 11.

⁸ U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia*, vol. LXXVIII, n° 1, aprile, 1987, p. 14.

⁹ Vid. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/1950, pp. 342-367.

¹⁰ Vid. S. ZORZETTO, *La filosofia analítica di Uberto Scarpelli. Dall’analisi del linguaggio valutativo ai principi della bioética*, in *Biodiritto*, 3/2012, p. 126.

¹¹ M. JORI, *Scarpelli, giurista e filosofo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1994, pp. 182-183.

2. Las integraciones del positivismo

Voy a tomar como referencia de mi reflexión en este momento la última parte de *Cos'è il positivismo giuridico*, el capítulo XIII presentado como conclusiones. Me parece que este capítulo contiene bastante más que unas simples conclusiones, ya que adelanta planteamientos a los que el autor volverá 20 años después y que posiblemente permiten hablar de un segundo Scarpelli. En este sentido, hablar de un segundo Scarpelli no implica sólo hacer alusión a la parte de su obra en la que desemboca en la bioética (y en la que ciertamente se reflejan planteamientos metaéticos articulados a lo largo de su obra), sino tomar también en consideración un cierto replanteamiento de las iniciales tesis presentadas en el libro de 1965.

En realidad, esta parte puede ser interpretada como una presentación de la estrategia a través de la cual Scarpelli quiere hacer frente a determinadas críticas derivadas de la consideración de su positivismo como positivismo ideológico¹². Scarpelli intenta hacer frente a esas críticas a través, como veremos, de determinadas correcciones o integraciones, que permitirían considerar su posición más como un ejemplo de ideología positivista que de positivismo ideológico¹³. Como es sabido muchos de los reproches dirigidos al positivismo ideológico tienen que ver con su dificultad de justificar planteamientos críticos respecto al Derecho positivo.

El capítulo conclusivo de *Cos'è il positivismo giuridico* se abre con una cita de Pio XII, que Scarpelli toma como referencia para aludir a aquellas posiciones que establecen vínculos entre el positivismo y el absolutismo de Estado. Me parece que esa cita tiene todo el sentido si pensamos, por una parte, en un pensador laico que quiere identificar bien las posiciones críticas con su propuesta; y, por otra, si lo que se quiere es mostrar uno de tantos renacimientos del Derecho natural¹⁴.

Scarpelli identifica adversarios a los que el positivismo jurídico tiene que hacer frente: el iusnaturalismo, y tres manifestaciones del totalitarismo como

¹² Vid. la intervención N. BOBBIO en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., p. 73. También, A. CATANIA, *Definizione del diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, introd. a U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 16-21.

¹³ Vid. A. RUIZ MIGUEL, *Positivismo ideológico e ideología positivista*, en J.A. RAMOS PASCUA, M.A. RODILLA GONZALEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 463.

¹⁴ Mauro BARBERIS ha identificado una serie de “renacimientos” del Derecho natural a partir del siglo XIX, que van más allá de la discusión que se desarrolla tras la Segunda Guerra Mundial, y que se pueden identificar con la Escuela Científica de Geny, la doctrina de la naturaleza de las cosas, el neiusnaturalismo de Radbruch, la propuesta de Fuller sobre la moral interna del Derecho, John Finnis y el neoconstitucionalismo, e incluso con Rawls. Vid. *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna: il Mulino, 2004, pp. 37-44.

son el marxismo, el nazismo y el fascismo. Pero también en el ámbito liberal el positivismo jurídico encuentra críticas, que tienen que ver con la «*trasfigurazione del diritto inglese di formazione giudiziaria*»¹⁵, que constituiría el ámbito en el que se realizarán los valores de la sociedad y un derecho históricamente natural. Para Scarpelli, más allá de los problemas que se derivan del trasplante de los elementos básicos de un modelo, el anglosajón, con un espíritu diferente, lo cierto es que la referencia a la figura del juez, es un elemento compartido por planteamientos contrarios al positivismo jurídico, como el realismo.

Pero, en todo caso, las críticas al positivismo jurídico son expresión de la crisis en la que se encuentran los postulados profundos en los que se basa la propuesta positivista. Esos postulados tienen que ver con la confianza en la razón como referencia de acuerdo con la cual se puede organizar de manera estable (con mecanismos que van desde las leyes generales y abstractas hasta los códigos) la vida del hombre y de la sociedad. Es explícita la profesión de fe de Scarpelli en la capacidad de la razón (cuya función no es la de describir un orden, sino la de crearlo) a la hora de someter a la voluntad. Esa confianza ilustrada en la razón tiene que hacer frente a determinados factores que certifican su crisis, desde aquellos que recurren a una voluntad y a un orden divinos, a aquellos otros que ven en la historia no tanto un criterio metodológico que permite conocer y comprender a los hombres, cuanto una regla de acción que debe determinar los comportamientos de los individuos.

Pero la crisis de la razón está acompañada por la crisis del Estado. Y desde el momento en que a lo largo de *Cos'è il positivismo giuridico* Scarpelli ha mostrado la conexión entre positivismo jurídico y Estado moderno, esa crisis afecta al positivismo jurídico. En su interior, el Estado es el escenario de un cada vez mayor reconocimiento de esferas de discrecionalidad en las que se reduce la operatividad de las normas generales y abstractas. La fragmentación normativa implica la existencia de «*infinite leggi e leggine, disordinate, confuse, cambiate e ricambiate, una giungla di norme ove nemmeno lo specialista entra sicuro: se nei codici la ragione celebra i suoi fasti, la legislazione speciale di un stato contemporaneo sembra talora il delirio di una mente impazzita*»¹⁶.

Scarpelli presenta una definición unitaria del positivismo jurídico, frente a propuestas, como las de Bobbio y Hart, que identifican distintas versiones o tesis componentes del mismo. Va a ser la interpretación política del positivismo jurídico la que permita afrontar las críticas de un modo más ventajoso que la interpretación científica, cuya superación caracteriza la propuesta de Scarpelli. La opción por una interpretación política no tiene la comodidad de las certezas que acompañan al científico del Derecho, pero permite entrar de lleno en la disputa en torno a los conceptos principales de una cultura. Esa es la función de

¹⁵ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 137.

¹⁶ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 140.

la filosofía con la que el positivismo jurídico propuesto por Scarpelli se compromete.

Es la interpretación política del positivismo jurídico la que permite abordar dos críticas: la de que el positivismo jurídico es imposible y la de que el positivismo jurídico es perjudicial. Con estos rótulos, Scarpelli se está refiriendo a críticas que proceden de planteamientos realistas, en el primer caso, y de planteamientos iusnaturalistas, en el segundo.

Desde las filas del realismo se señala que el positivismo jurídico es prisionero de una ilusión, la que consiste en pensar en la norma más allá de lo que ocurre en los tribunales. Para Scarpelli estos planteamientos suponen definir el Derecho a partir de determinadas situaciones patológicas, que son precisamente aquellas en las que intervienen los jueces. En realidad, frente a la posibilidad de pensar en un modelo rígido y perfecto de Derecho, que funciona como una máquina, Scarpelli propone pensar en el Derecho como una institución humana. La conciencia de sus imperfecciones permite articular las relaciones jurídicas de acuerdo con las exigencias de la seguridad y la certeza, lo cual va a exigir un convencimiento sobre el valor de la seguridad jurídica y de la existencia de una cierta estabilidad y constancia en los significados de las normas.

Pero además, señalan los críticos, el positivismo jurídico es perjudicial. Para Scarpelli, si se esconde la opción política que implica el positivismo, se puede ceder terreno a la crítica que lo relaciona con la aceptación acrítica de normas con contenidos injustos e inmorales, como las que establecían la persecución racial, por ejemplo. Pero dicho planteamiento supone para Scarpelli no reconocer el papel que tiene la conciencia individual a la hora de juzgar las normas. Para Scarpelli la crítica desde la que el iusnaturalismo evalúa el Derecho positivo no se articula desde la libre conciencia individual, sino por un conjunto de contenidos y valores objetivos y universales, que se presentan como preexistentes al individuo. La propuesta iusnaturalista supone una negación de una tesis central para Scarpelli: *«la base di ogni struttura etica regionale rimane sempre in una scelta totalmente libera: onde il corollario importantissimo che ogni struttura può essere modificata e reformata e anche rovesciata in condizioni nuove»*¹⁷. El sacrificio que el iusnaturalismo supone para la libertad, para la libre elección de los valores, hace que aquel no pueda asumir la relación entre libertad y razón.

Para Scarpelli es importante explicitar la opción política que implica el positivismo jurídico. Pero las opciones políticas pueden ser asumidas o no dependiendo de determinadas condiciones. Es aquí donde se presentan las dos condiciones que permiten la aceptación del positivismo jurídico; son condiciones que, como vamos a ver más adelante, constituyen la vía de apertura de las

¹⁷ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 148.

tesis de Scarpelli a desarrollos futuros. Son dos condiciones que deben entenderse como respuesta a planteamientos críticos a los que el positivismo jurídico debe hacer frente, y que marcan diferencias con otros autores en los que el ideal de racionalización neo-ilustrada del positivismo no se explicita¹⁸.

En efecto, Scarpelli propone dos integraciones del positivismo jurídico: la integración democrática y la integración constitucionalista. La primera pretende encarar los planteamientos que señalan que el positivismo jurídico facilita el sometimiento a la voluntad de quien gobierna y elabora las leyes. La alternativa consiste en reivindicar el carácter democrático de los procedimientos y de los órganos legislativos. De esta manera, «*la soggezione al diritto positivo può essere allora intesa come fedeltà alle leggi che la società dà a se stessa in armonia con i propri valori*»¹⁹. La integración democrática del positivismo jurídico lo hace compatible, así, con el ideal del autogobierno²⁰.

La integración constitucionalista pretende hacer frente a la crítica que señala que el positivismo jurídico facilita que el poder pueda afectar, a través de sus decisiones, a los aspectos básicos y estructurales del modelo jurídico-político. Situar en el nivel constitucional estos aspectos básicos (entre los que se encuentran los “derechos subjetivos principales”), articulando mecanismos específicos referidos a la reforma de las normas constitucionales y asegurando que las normas legislativas respeten las normas constitucionales, son estrategias tendentes a garantizar que la expresión máxima de la fidelidad al Derecho sea precisamente la fidelidad a la constitución.

Integración democrática e integración constitucionalista permiten al positivismo jurídico presentarse como una respuesta a lo que Scarpelli considera «*il problema liberale*»: ¿cómo es posible defender la riqueza de las diversas elecciones, su transformación y la convivencia entre todas ellas, frente a la reivindicación de lo absoluto proclamada por el iusnaturalismo y el historicismo? La respuesta es la del Estado moderno entendido como Estado de Derecho, constitucional y democrático.

Una de las virtudes de Scarpelli es tener bien presente la realidad jurídica, política, social, cultural que han de constituir el marco en el que se ha de aplicar sus propuestas, no entendidas como «*verità perenni*»²¹. Y lo que observamos es que la transformación de esa realidad tiene un efecto en sus propuestas, en las que se constata una evolución. Una evolución que le lleva a abandonar, o por lo

¹⁸ Así lo señala C. LUZZATTI, refiriéndose a Kelsen, en *La norma in bilico*, en GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., p. 573.

¹⁹ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 149.

²⁰ Y demuestra, a sensu contrario, el carácter contingente del vínculo entre positivismo jurídico y democracia. Vid. G. PINO, *Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*, en *Doxa*, n° 34, 2011, p. 212.

²¹ U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, cit., p. 12.

menos a matizar, planteamientos básicos de su inicial propuesta sobre el positivismo.

En efecto, el contexto en el que Scarpelli está pensando a la hora de elaborar su propuesta sobre el positivismo jurídico está caracterizado por la preminencia de la ley general y abstracta (vinculada a un discurso sobre la certeza, la libertad y la igualdad, que el propio Scarpelli articula a través de Hobbes, Montesquieu y Rousseau) y por el código, caracterizado en este caso por una estructuración lingüística y por la inmanencia de los principios²². En 1987 publica *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, en donde constata, con la ayuda de la idea de descodificación propuesta por Natalino Irti²³, que ese contexto ya no existe. El nuevo contexto es el protagonizado por los principios entendidos como normas abiertas al futuro, encaminadas a justificar decisiones a través de la argumentación. Aquí nos encontramos con algunas aperturas o reformulaciones que demuestran, como ya se ha señalado, que el pensamiento de Scarpelli está abierto a la transformación en función de la transformación de los contextos jurídicos.

En unos de los últimos trabajos que Scarpelli dedicó a la cuestión del positivismo jurídico²⁴, explicita sus divergencias con Bobbio (divergencias que por otra parte ya se habían expuesto en el coloquio de Pavia) y algunas líneas de transformación de sus propios planteamientos. Scarpelli reitera las ventajas, frente a la división bobbiana²⁵, de una definición unitaria del positivismo jurídico como ideología. Bobbio presenta una interpretación científica del positivismo y Scarpelli no niega la posibilidad de una aproximación científica al Derecho (es «*un ideale epistemologico da perseguire*»²⁶), pero la cuestión es que ese no es el ideal que debe perseguir el jurista. Es un ideal para el que se aproxima al Derecho desde un punto de vista externo, que es la perspectiva desde la cual se formulan teorías empíricas, proponiendo hipótesis que se pueden verificar o no. Uno de los puntos centrales de la propuesta de Scarpelli en relación con el positivismo jurídico es el que consiste en afirmar que el jurista se aproxima al Derecho desde un punto de vista interno. Determinar qué es el Derecho implica una elección, no es una cuestión de mera observación de un

²² U. Scarpelli subraya la dimensión racionalizadora de los principios en *Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale*, en C. FARALLI, E. PATTARO (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1987, pp. 247-262.

²³ Vid. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, III ed., Milano: Giuffrè, 1989.

²⁴ U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, en *Rivista di filosofia*, vol. LXXX, n° 3, dicembre 1989.

²⁵ Que constituye una referencia básica en la caracterización del positivismo, aunque sea para criticarla (vid M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, en J.A. RAMOS PASCUA, M.A. RODILLA GONZALEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., p. 767.

²⁶ U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, cit., p. 469.

objeto cuya existencia es empíricamente identificable. Y esa elección es política. Este planteamiento ya era claro en *Cos'è il positivismo giuridico*, pero Scarpelli reconoce que tuvo que haber profundizado más en él poniendo de relieve que el carácter ideológico del positivismo jurídico no tiene que ver sólo con la propuesta, justificación y enmascaramiento de una norma fundamental, sino también con el enmascaramiento de una metodología vinculada a determinados valores.

Por otra parte, Scarpelli reconoce su ingenua confianza en la democracia liberal y en el papel de la ley, y en las capacidades del legislador a la hora de atender a los intereses generales con amplitud de miras. La ingenuidad no justifica, en opinión de Scarpelli, un arrepentimiento por haber defendido una teoría ilustrada de la ley; en todo caso, la ingenuidad ha dado paso a una desilusión provocada por la constatación de los rasgos del modelo y de las consecuencias de la crisis de la ley, que permite hablar más que de una *età della decodificazione*, de una *età della delegificazione*²⁷. La descomposición de la ley tiene como consecuencia una ampliación de los poderes de los jueces, y en particular de los jueces constitucionales en lo que, en opinión de Mario Jori, no supone renegar de sus planteamientos iniciales sino un cambio de política del Derecho²⁸.

En todo caso, lo interesante es poner de relieve que Scarpelli reconoce la necesidad de recurrir a un «*utile correttivo della democrazia in direzione liberale*»²⁹. La confianza en una visión ilustrada de la ley se sustituye por la confianza en élites judiciales que permiten pensar en una integración aristocrática de la democracia, que tendría que añadirse a las dos integraciones, democrática y constitucionalista, a las que se refería al final de *Cos'è il positivismo giuridico*. Es interesante en este punto considerar como esta confianza en los jueces, en los que se deposita la responsabilidad de corregir la democracia, dificulta marcar una conexión entre el positivismo scarpelliano y desarrollos posteriores, como los de Tom Campbell o Jeremy Waldron que, propugnando un positivismo normativo, prescriptivo o ético, profesan una desconfianza en relación con los mecanismos de garantía jurisdiccional de la constitución, basando en este argumento algunas de sus críticas al constitucionalismo³⁰.

²⁷ *Ibidem*, p. 473.

²⁸ Vid. M. JORI, *L'illuminismo giuridico di Scarpelli*, en *Notizie di Politeia*, n° 71, 2003, p. 13. P. BORSELLINO se refiere a la posibilidad de que el "arrepentimiento" positivista de Scarpelli conduzca a un iusnaturalismo sociológico en *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, en L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., p. 165.

²⁹ U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, cit., p. 475.

³⁰ Vid. T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth, 1996; ID., *El sentido del positivismo jurídico*, trad. de A. Ródenas, *Doxa*, n° 25, 2002, pp. 303-331; ID., *El sentido del positivismo jurídico (II): el positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano*, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, n° 27, 2004, pp. 27-44; J. WALDRON, *Normative (or Ethical)*

3. ¿Un constitucionalismo sin derechos?

Principios, jueces, democracia, constitución ... Todos son alusiones a los elementos del escenario constitucionalista. Por cierto, un escenario que ya parecía identificar Bobbio cuando en 1967, en su trabajo *Essere e dover essere nella scienza giuridica* señalaba: «È noto che una delle direzioni in cui si evolve la scienza del diritto nei paesi a diritto codificato è l'apertura verso il diritto giudiziario. L'altra direzione appena cominciata, ma destinata a far sentire il suo peso anche nella teoria generale, è quella che conduce a prender coscienza, soprattutto negli ordinamenti a costituzione rigida, della funzione non solo interpretativa ma integrativa e creativa dei principi»³¹. En todo caso, la cuestión que nos podemos plantear es hasta qué punto Scarpelli puede considerarse incluido entre la nómina de filósofos del Derecho que se concentran en el modelo constitucionalista a la hora de elaborar su teoría³². Ello, con una cautela inicial: la valoración positiva que las aproximaciones (neo)constitucionalistas hacen de los ordenamientos jurídicos contemporáneos³³ no se produce necesariamente en el caso de Scarpelli, cuyas propuestas de integración no implican una valoración de esos ordenamientos, aunque parten de una descripción de los mismos. En todo caso, por lo que se refiere al contexto, no surgen demasiadas dudas. Pero me parece que en la propuesta de Scarpelli falta un elemento imprescindible cuando se habla de constitucionalismo: me refiero a la centralidad de los derechos.

El constitucionalismo, entendido como un modelo encaminado a someter a límites jurídicos al poder, tiene su razón de ser en el reconocimiento y garantía de los derechos. Es precisamente en esta relación con los derechos en donde la organización jurídica y política presenta su carácter instrumental y artificial. Los derechos son la razón de ser del modelo y los elementos básicos del mismo deben ser interpretados a la luz de los mismos y en función de sus exigencias³⁴.

Positivism en J. COLEMAN (e.), *Hart's Poscript. Essays on the Poscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 411-433. En España se ha referido a la confluencia de estas propuestas con las de Bobbio y Scarpelli R.M. JIMENEZ CANO en *Raíces continentales europeas del positivismo prescriptivo*, en F.J. ANSUATEGUI ROIG, A. IGLESIAS GARZON (eds.), *Norberto Bobbio. Aportaciones al análisis de su obra y de su vida*, Madrid: Dykinson, 2011, pp. 383-394; ID., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 85-93.

³¹N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, en ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Torino: Giappichelli, 2012, p. 132.

³²Una posición escéptica al respecto es la de A. PINTORE, *Scarpelli e l'aristocrazia giuridica*, en *Notizie di Politeia*, n° 73, 2004, pp. 125-136.

³³Vid. M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*, en *Criminalia. Annuario di Scienze Penali*, 2017, p. 72.

³⁴Vid. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna: il Mulino, 2017, p. 17. También, ID., *In difesa del costituzionalismo dei diritti*, en *Lo Stato*, anno VI, n° 10, 2018, pp. 59-78.

Así, la idea de democracia vinculada al constitucionalismo es aquella en la que los derechos se consideran un componente conceptual. La democracia es, en este sentido, más que regla de las mayorías, participación y deliberación. Con independencia de que algunos derechos sean auténticos prerequisites de la democracia (pensemos, por ejemplo, en la libertad de expresión), lo cierto es que la relación que los derechos tienen con la democracia se explicita – entre otras cosas – en la dimensión limitativa que los primeros presentan en relación con aquella. Las decisiones democráticas lo son cuando respetan las exigencias de los derechos. Esta es la razón por la que la tensión entre derechos y democracia, implícita en el constitucionalismo, debe ser analizada en términos funcionales y no conceptuales. Pues bien, la integración democrática que Scarpelli añade a su concepción del positivismo no parece demasiado condicionada por los derechos considerados como objetivos últimos del modelo jurídico y político. Más bien, parece encaminada a someter la voluntad del gobernante en aras del autogobierno. La reivindicación es la del carácter democrático de procedimientos y órganos legislativos, pero no encontramos una alusión al carácter democrático de las decisiones condicionadas por los derechos.

Sabemos, además, que la posición y las funciones del juez han sufrido importantes alteraciones en el modelo constitucional. Una simple comparación con el juez en el que piensa el positivismo formalista, el positivismo teórico en términos de Bobbio, parece suficiente para constatarlo. Esa transformación tiene que ver con el trabajo que el juez desarrolla en relación con un Derecho cuya morfología se ha visto alterada a partir, por ejemplo, de la presencia de principios, valores, que hacen que una concepción mecanicista de la interpretación y aplicación del Derecho demuestre sus – o más bien, directamente, su inviabilidad – aumentando el rango de las posibilidades interpretativas y de las exigencias argumentativas y justificativas. Pero también tiene que ver con las funciones que el modelo encomienda al juez, vinculadas a la garantía de la constitución, a la garantía de los derechos. Por lo tanto, la nueva consideración del juez implica, en el contexto del constitucionalismo, prestar atención al papel central de los derechos. La integración aristocrática de la democracia que propone Scarpelli, y que supone reconocer al juez una posición que hasta el momento no se le había reconocido, no tiene como razón de ser, central y primera, la garantía de los derechos. Por el contrario, parece explicarse como respuesta a la transformación del modelo jurídico, caracterizado por una crisis de la ley y por la confianza en la racionalidad que puede proyectar el juez, antes que por una vinculación a los derechos.

Por otra parte, cuando el constitucionalismo plantea un modelo de constitución no piensa en una mera norma superior. La constitución del constitucionalismo es la constitución de los derechos. Eso es lo que la diferencia de otras constituciones que, con independencia de su denominación, como normas superiores son de presencia necesaria en otros modelos jurídicos que no

comparten sentido con el constitucionalismo. El constitucionalismo propone una constitución cuya función no es sólo la de establecer un modelo de organización del poder desde el punto de vista institucional, sino también la de reconocer derechos y articular mecanismos de garantía. Es aquí donde cobra sentido la referencia anterior a las funciones del juez. Pues bien, lo que se observa en la integración constitucional que plantea Scarpelli es que la misma obedece a un intento de proteger determinados contenidos respecto a la voluntad del poder, en respuesta a las críticas que puede recibir su propuesta positivista. Es cierto que a la hora de señalar qué contenidos deberían ser esos, Scarpelli hace referencia a los “derechos subjetivos principales”. Pero esta alusión parece constituir una excepción en el conjunto de su discurso. En todo caso, el sentido de esta integración constitucional no tiene tanto que ver con el blindaje de los derechos que caracteriza su presencia constitucional, considerado como un objetivo a alcanzar, sino más bien el objetivo parece ser, como señalo, el de salvar las críticas dirigidas a su modelo de positivismo y que señalan la ausencia de parapetos frente al ejercicio del poder del Estado.

Hemos señalado que en la obra de Scarpelli se pueden observar progresivas aperturas a dimensiones del constitucionalismo que no estaban, o que estaban *in nuce*, en el libro de 1965. En efecto, la conclusión a la que llega es que, pese a todo, se puede seguir considerando un positivista, más allá de arrepentimientos y desilusiones. Reconoce explícitamente que los contenidos materiales (entre los que llega a considerar el mismo derecho natural³⁵) ingresan en el ordenamiento jurídico a través de las deliberaciones de los órganos competentes³⁶. En definitiva, una concepción del Derecho en la que se acentúa el protagonismo de los actos de deliberación frente a los actos de voluntad y en donde el foco de atención ha pasado de la ley al ordenamiento, pudiendo identificar, junto a la dinámica que permite transitar de la ley a los principios, otra que permite hacerlo de la ley al ordenamiento. Defender un concepto de Derecho con estos instrumentos permite seguir distinguiendo lo que es Derecho positivo de lo que no lo es, lo cual constituye el objetivo del positivismo.

En fin, la posible consideración de un Scarpelli abierto al constitucionalismo debe matizarse como consecuencia del escaso papel que juegan los derechos en su modelo. El que a los derechos no se les reconozca toda la operatividad que despliegan en el modelo constitucional no debe interpretarse como una falta de compromiso de Scarpelli con los derechos. Eso conviene dejarlo bien claro. Baste recordar su posición en relación con la libertad de conciencia o su

³⁵ Vid. U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, cit., p. 475.

³⁶ La cuestión sobre la posibilidad de identificar en este punto alguna semejanza con planeamientos incorporacionistas no puede ser tratada aquí. Por otra parte, la existencia de dimensiones estáticas y dinámicas en el modelo de ordenamiento propugnado por Scarpelli ha sido puesta de relieve por P. BORSELLINO, en *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, cit., pp. 138-140.

aproximación laica – articulada a través del principio de tolerancia – a los problemas bioéticos. Me permito plantear una hipótesis final a la hora de encontrar razones que puedan justificar la no presencia explícita de los derechos en las tres integraciones que propone Scarpelli y que permitirían adecuar su propuesta positivista a un nuevo escenario bien definido por él mismo y que no deja de ser el del constitucionalismo. La hipótesis tiene que ver con el hecho de que las posiciones metaéticas de Scarpelli³⁷ quizás puedan suponer una cierta dificultad o, al menos, incomodidad, a la hora de articular un discurso explícito en relación con los derechos. Creo que hay buenas razones para reconocer que la participación en el discurso de los derechos exige un cierto objetivismo, si se quiere mínimo, sin el cual no sólo no es fácil identificar un conjunto de valores que fundamentan los derechos, sino que tampoco lo es señalar las violaciones de los derechos. Me pregunto si los planteamientos metaéticos de Scarpelli, vinculados al no objetivismo y al no cognoscitivism, pueden tener alguna responsabilidad en lo que pudiéramos considerar un constitucionalismo incompleto o débil³⁸.

³⁷Vid L. FERRAJOLI, *Etica e meta-etica laica nel pensiero di Scarpelli*, en *Notizie di Politeia*, n° 73, 2004, pp. 137-147.

³⁸De acuerdo con Carlos S. NINO, es posible manejar conceptos más o menos robustos de constitucionalismo, en función de la presencia de diferentes características. El concepto débil es aquel en donde no se asume nada en relación con el aspecto sustancial de la constitución. Vid. *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R.P. Saba, Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 16-18.

DI CHE COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI “RAZZISMO RICREATIVO”?

Adolfo Ceretti

Cara Patrizia,

mi ha rallegrato – e reso orgoglioso – l’invito delle Tue allieve e dei Tuoi allievi a contribuire, con una mia riflessione, a questo volume in Tuo onore, e mi allietta scrivere queste pagine per Te, un’amica, un’amica vera.

Quando ci siamo conosciuti io ero uno studente e Tu, da poco (gli anni che ci separano sono a malapena una manciata), già assistevi la cattedra del Professore Uberto Scarpelli. Seguì il suo corso di Filosofia del diritto per tre anni consecutivi.

Il primo “ricordo organizzato” che ho della Tua persona risale a un pomeriggio di una primavera inoltrata della seconda metà degli anni Settanta. Nell’aula 304, gremita, dell’allora Università Statale di Milano dissertasti, con la chiarezza dell’eloquio e la profondità del pensiero che ti hanno sempre contraddistinta, su *Norberto Bobbio metateorico del diritto*. Alla Tua destra, il Maestro prendeva meticolosamente appunti, in modo austero.

Non avrei mai potuto prevedere che qualche decennio più tardi – per esattezza nel 2006 – saresti diventata la mia “vicina di stanza” nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Milano-Bicocca, dove entrambi insegniamo: Tu Filosofia del diritto e Bioetica; io Criminologia e Mediazione reo-vittima.

A partire da quella data la nostra amicizia – che aveva preso forma nel corso del tempo durante alcuni sporadici eventi culturali che avevano convocato i nostri saperi – ha assunto una sua precisa configurazione e, negli anni, si è consolidata.

Ed è proprio da qui che desidero iniziare.

Per focalizzare un argomento su cui scrivere ho fatto riferimento – invece che a una tematica strettamente accademica – alle nostre *chiacchierate* in Università. Ho fatto scorrere alcuni ricordi e non ho impiegato molto tempo per convincermi che avrei potuto condividere con Te i pensieri di un nostro illustre collega brasiliano che, sono certo, avranno un’ottima accoglienza da parte Tua.

Come sai, da almeno cinque anni vivo metà dell’anno in Brasile, dove insegno e faccio ricerca nella Universidade Federal di Rio de Janeiro. È a San Paolo,

invece, che ho incontrato, in occasione di un seminario, Adilson José Moreira, che a sua volta vive tra il Minas Gerais e gli Stati Uniti, dove insegna Diritto pubblico comparato nelle Università di Harvard e di Yale.

Ebbene, Adilson ha scritto un libro con un titolo molto intrigante e, sotto certi punti di vista, oscuro: *Racismo recreativo*¹. Questo libro mi ha semplicemente folgorato.

Ho visto, in varie occasioni, passare nei tuoi occhi dei lampi di disgusto o, più semplicemente, di irritazione quando una persona, anche attraverso una *banale* battuta di spirito, ne metteva un'altra (una donna, un migrante, un nero, un gay) su un piano inferiore. Da qui, l'idea di raccontarti quanto Moreira sia originale nello strutturare un pensiero critico intorno a quelle situazioni, apparentemente innocue, in cui alcune forme di umorismo feriscono persone giudicate "diverse" da alcuni stereotipi negativi diffusi nella società (brasiliiana, ma non solo). C'è qualcosa, detto in altre parole, che protegge le donne, i neri, le lesbiche, le transessuali dalla loro rispettabilità sociale anche quando si fa umorismo? Insieme a Te e insieme ad Adilson io credo che *anche* "l'umorismo" possa essere, a volte, un drammatico veicolo di disprezzo sociale.

L'analisi della letteratura brasiliana sul razzismo mostra che studiosi di diversi approcci culturali convergono nel ritenerlo come un "atto" o un "discorso" di carattere discriminatorio basato sul presupposto che tutti i componenti di una minoranza "razziale" siano portatori di caratteristiche e di tratti trasmessi biologicamente – cioè a dire immutabili –, che li classificano come "inferiori". Di conseguenza, gli atti e/o i discorsi discriminatori sono quelli che creano una "relazione ben precisa" tra le caratteristiche fenotipiche e le qualità morali delle persone.

Ma non è, cara Patrizia, del razzismo inteso come una forma di fabbricazione e di differenziazione degli individui, come una pratica che rimanda a obiettivi ben specifici, che intendo parlare. Siamo d'accordo, probabilmente, sul fatto che alcuni individui che appartengono a gruppi economicamente e politicamente dominanti usano la "razza" come un *segno*, come un *marchio* o, meglio ancora, come una "rappresentazione culturale dei tratti fenotipici" per definire, in precisi contesti, le relazioni gerarchiche di potere presenti in una data società. In questa prospettiva la "razza" appartiene – in quanto costruzione culturale – al mondo simbolico, e a essa sono conferiti significati peculiari, creati con una distinta finalità di dominio.

Ha certamente ragione, Moreira, quando sottolinea che sebbene molti attori sociali continuino a identificare il razzismo come un comportamento irrazionale agito unicamente da alcuni individui, la realtà è radicalmente differente: gli stereotipi razzisti sono sostanzialmente presenti nelle menti di tutte le persone, in quanto costituiscono un elemento centrale della storia sociale psichica delle nazioni occidentali. Ma una cosa è certa: nel corso delle ultime decadi, nelle diver-

¹ A.J. MOREIRA, *Racismo recreativo*, Feminismos Plurais, São Paulo: Polén Livros, 2019.

se democrazie liberali la morale sociale nel campo delle manifestazioni pubbliche che hanno per oggetto il razzismo è profondamente mutata. Detto altrimenti, l’*utilizzo* del razzismo nelle agende politiche è, a differenza di tempi ancora recenti, fortemente condannato. Senza richiamare i fantasmi della Shoah, ti ricordi, Patrizia, la domenica di sangue del 7 marzo del 1965 quando John Lewis, che all’epoca aveva venticinque anni, guidò i manifestanti in una marcia di protesta (poi ne seguirono altre due), da Selma verso Montgomery, in Alabama? L’allora Presidente degli Stati Uniti, Lyndon Johnson, aveva, pochi giorni prima, dichiarato pubblicamente a Martin Luther King di non essere pronto ad accettare l’introduzione di una legge sul diritto di voto per i neri. Quel giorno i lacrimogeni, i proiettili di gomma, le fruste e i bastoni elettrificati furono usati senza pietà nei confronti dei manifestanti pacifici, con le telecamere che – erano le prime volte – riprendevano le feroci aggressioni. Lo stesso Presidente Johnson rimase sconvolto. Sappiamo, poi, come andò a finire ... Johnson convocò per il 15 marzo una seduta speciale del Congresso, nel corso della quale pronunciò un discorso appassionato scritto per lui da Richard Goodwin, un uomo che faceva parte dello *staff* del Presidente John Fitzgerald Kennedy. La bellezza sublime di quel testo aiutò Johnson a distaccarsi dal suo personaggio, assai greve e provinciale, e a convincere Deputati e Senatori ad approvare il *Voting Rights Act*.

Tornando a noi, gli atti *apertamente razzisti* sono oggi generalmente riprovati dalla morale pubblica. Lo dimostra la condanna, pressoché globale, dell’uccisione avvenuta a Minneapolis nel maggio del 2020 di George Floyd, il cittadino afroamericano morto soffocato, dopo una agonia durata nove minuti, da una manovra omicida messa in atto da un poliziotto bianco. Ma una condanna unanime a livello pubblico non significa, appunto, che gli atteggiamenti di alcune sfere istituzionali e di singoli soggetti che operano al loro interno (o anche di privati cittadini) si siano completamente trasformati, né che le rappresentazioni negative sulle minoranze razziali siano evaporate.

Il concetto di “razzismo istituzionale” – che designa, per l’appunto, quelle pratiche istituzionali che influiscono negativamente su certi gruppi etnici – può assumere – come insegna sempre il nostro Moreira – quattro forme principali: può accadere quando alcune persone non hanno accesso ai servizi di una istituzione, quando i suoi servizi sono offerti in modo selettivo, quando le persone non riescono ad accedere a posti di lavoro all’interno di un’istituzione o, infine, quando le possibilità di carriera professionale al suo interno sono ridotte perché si appartiene a un gruppo etnico. Queste forme di discriminazione trovano sostegno nella presenza di espressioni culturali razziste che permeano sia le norme che regolano le istituzioni pubbliche e private, sia la mentalità di coloro che le attuano quando rappresentano le istituzioni stesse.

Le società di cui parliamo – e in modo profondamente diverso Brasile e Italia rientrano tra queste – hanno dunque in comune il fatto che presentano disugua-

glianze, discriminazioni, atti di intolleranza, manifestazioni di ostilità collegati a criteri etnici, che incidono concretamente sulle forme dell'organizzazione sociale, economica e politica. In questo aspetto strutturale si coglie la differenza tra un pregiudizio razziale che coinvolge singoli individui – tra i quali ci sarebbero differenze sostanziali e che si comporterebbero come se li separassero differenze fondamentali – e il razzismo come sistema di distribuzione della ricchezza e del potere. L'oppressione è esercitata da «uno o più segmenti ben identificati della popolazione di un sistema sociale che agiscono sistematicamente e con successo per impedire che uno o altri segmenti ottengano l'accesso a risorse pregiate e scarse del sistema»². Nulla di spontaneo o di casuale, dunque, caratterizza le società ad alta soglia di razzismo, ma una interrelazione costante e razionale tra livelli istituzionali – politiche, atti normativi e amministrativi, pratiche giudiziarie – e situazioni quotidiane.

Come ti dicevo, cara amica, il punto su cui desidero confrontarmi con Te riguarda proprio quegli aspetti meno eclatanti del razzismo che hanno, però, ricadute considerevoli sul piano personale della vita quotidiana di uomini e donne. Se è vero – lo ribadisco – che nelle democrazie costituzionali contemporanee le manifestazioni aperte di odio e di disprezzo razziale non sono più tollerate, sono moralmente condannate e possono essere oggetto di condanne penali, ciò non significa – soprattutto in un Paese come il Brasile – che non si continuino a creare e a mutuare numerosi stereotipi che consentono di legittimare pratiche discriminatorie nei confronti dei neri.

Gli stereotipi, come rimarca sempre Moreira, sono false generalizzazioni che riguardano membri di determinati segmenti sociali, e che possono assumere una funzione ideologica perché permettono la riproduzione di relazioni asimmetriche di potere esistenti in una determinata società. I gruppi maggioritari riproducono gli stereotipi con il proposito di modellare la percezione della realtà sociale a partire da una certa prospettiva, di perpetuare alcune condizioni sfavorevoli che riguardano i gruppi minoritari e di rinforzare il loro *status* di dominati. C'è di più: le disegualianze durature promosse dalla circolazione di queste false generalizzazioni convincono molti strati della popolazione che le disposizioni sociali esistenti corrispondono a delle forme “naturali” di organizzazione sociale, il che conduce a trasferire sulle minoranze la responsabilità per la situazione nella quale si trovano.

Ora, per poter diventare una forma di conoscenza condivisa, gli stereotipi necessitano di essere costantemente ripetuti. Ciò può accadere attraverso diverse forme di produzione culturale, compreso l'umorismo.

Esiste, poi, un altro livello di “dis-conoscimento”, che non interviene tanto sul piano culturale ma, più propriamente, su un piano che in un certo senso lo prece-

²J.H. TURNER, R.J. SINGLETON, D. MUSICK, *Oppression. A Socio-History of Black-White Relations in America*, Chicago: Nelson Hall, 1984, p. 134.

de, e che insieme a Roberto Cornelli³ abbiamo individuato quando uomini e donne lottano per ritrovare un posto in seguito allo spregio e all’offesa della loro integrità di persone. Ciò avviene ogniqualevolta nei rapporti interpersonali qualcuno viola gli affetti, offende la vita attraverso un gesto che umilia, lede i diritti e ancora prima degrada la dignità umana. Il rispetto-riconoscimento è dunque un atteggiamento verso una persona, prima ancora che nei confronti di una identità grupale⁴, che reclama azioni non umilianti e non degradanti. L’eliminazione dell’umiliazione – intendendo per quest’ultima «ogni comportamento o condizione che costituisce una valida ragione perché una persona consideri offeso il proprio rispetto di sé» – è, come sostiene Avishai Margalit⁵, un’urgenza per le nostre società. Occorre, allora, fare del rispetto-riconoscimento l’architrave di una politica egualitaria: le società devono impegnarsi a promuovere delle regole capaci di creare e costituire istituzioni tali da non discriminare alcuno considerandolo oggetto, o non umano. Abiteremo così società decenti e civili: decenti perché le istituzioni non umiliano le persone, civili in quanto le persone non si umiliano tra loro.

Il fatto è che noi non abitiamo – nonostante vi siano stati negli ultimi decenni numerosi e significativi incrementi delle sensibilità collettive – in società decenti e, tantomeno, civili.

Psichiatri, sociologi e psicologi hanno ragionato, a differenti latitudini e con metodologie e sguardi diversi, sul peso giocato all’interno delle relazioni interpersonali dalle “microaggressioni” inflitte e/o subite in ragione del colore della pelle – un esempio paradigmatico di dis-riconoscimento nel senso che ho dato poc’anzi a questa espressione. In particolare, la letteratura analizzata dal nostro Moreira⁶ individua tre tipi di microaggressioni: i “microinsulti”, che sono forme di comunicazione che dimostrano in modo esplicito o in maniera velata una assenza di sensibilità nei confronti dell’esperienza, della tradizione o dell’identità culturale di una persona o di un gruppo di persone; le “microinvalidazioni”, che accadono invece quando i soggetti omettono di attribuire rilevanza alle esperienze, ai pensieri e agli interessi di un componente di una minoranza. Per esempio, si attribuisce

³ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano: Feltrinelli, II ed., 2018, p. 210.

⁴ Cfr. CH. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, CH. TAYLOR, *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1996, tr. it. L. CEPPEA, G. RIGAMONTI, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano: Feltrinelli, 1998. Il piano sul quale si svolge la discussione sul riconoscimento culturale, non occorre ricordarlo, ha per oggetto le cosiddette politiche della differenza, le quali chiedono di riconoscere l’identità irripetibile di questo e di quell’altro gruppo, identità che può essere ignorata, trascurata, assimilata a un’identità dominante o maggioritaria, e per la quale si possono avanzare diritti culturali collettivi da far valere in sede politica.

⁵ A. MARGALIT, *The Decent Society*, Cambridge-London: Harvard University Press, 1996, tr. it. A. VILLANI, *La società decente*, Milano: Guerini & Associati, 1998.

⁶ D. WING SUE, *Racial Microaggression in Everyday Life. Implications for Clinical Practice*, in *American Psychologist*, 2007, 62 (4): 271-286.

valore a un'esperienza di *stress* emotivo patito dalle persone del proprio gruppo etnico, ma non lo si fa con la medesima sensibilità quando le minoranze affermano di soffrire mentalmente per aver subito dei trattamenti discriminatori.

Ma è soprattutto dei "microassalti" che desidero parlarti.

I microassalti designano degli atti che esprimono un atteggiamento di disprezzo o di aggressività di una persona in rapporto a un'altra, in ragione della sua appartenenza sociale. Queste microaggressioni sono coscienti e agite di proposito, si manifestano per mezzo di parole o di comportamenti fisici a partire da una differenza percepita di valore tra le persone. Generalmente sono l'espressione di stereotipi negativi.

Ricordo, a tal proposito, quando anni fa un signore, cittadino camerunense, si presentò nel Centro di mediazione dei conflitti del Comune di Milano del quale ero coordinatore scientifico, raccontando che nell'atto di esibire il proprio passaporto a un funzionario di pubblica sicurezza all'aeroporto di Milano Malpensa, dove era sbarcato, si sentì apostrofare con queste parole: «Sporcio negro, il passaporto dammelo aperto»⁷. Non rileva, qui, la *consistenza* sul piano giuridico di tale condotta⁸. Oggi, addirittura, l'ingiuria è stata depenalizzata. In primo piano sono, invece, i contenuti di queste parole, che provocarono una vertiginosa restrizione dei confini del sé, dell'*autenticità*, dell'*originalità* della vittima dell'invettiva. La percezione immediata di un'esperienza di *perdita* e il vissuto repentino di un senso di *incertezza* quanto alla stabilità delle condizioni di valore chiedono quale risposta un equivalente della sofferenza patita, che è lontano dalla mera applicazione di un'etichetta sociale (per esempio: "condanna alla pena") e vicino al desiderio di vedere ridotto l'alone dell'*incertezza* sulla propria immagine di sé. Ancora una volta io sono persuaso che ciò che conta davvero è quella *triangolazione* che può avvenire attraverso il re-incontro tra la vittima (il cittadino camerunense), il portatore dell'offesa (il funzionario di pubblica sicurezza) e il mediatore dei conflitti. Questo cammino può aiutare, se ben condotto: (a) a lavorare concretamente intorno a sentimenti sociali quali l'onore sociale e la vergogna (cioè a dire il sentimento di percepirsi come rifiutati, privati di appartenenza), che risiedono entrambi simbolicamente nel volto, ovvero il luogo egemonico della soggettività e della intersoggettività; (b) a *risemantizzare* il gesto di spregio, a dargli un nuovo nome non necessariamente "concordato", ma per

⁷Le parole "insulto" e "umiliazione" si trovano, a giudizio di Margalit, *The Decent Society*, cit., p. 130, su un *continuum*. L'umiliazione è un caso estremo di insulto, mentre entrambi indicano una lesione dell'onore personale. Margalit, tuttavia, compie una distinzione qualitativa tra i due: "insulto" denota la lesione al proprio onore sociale; "umiliazione" denota una ferita al rispetto di sé. Gli insulti possono ferire la stima di sé della persona offesa. L'umiliazione lede il proprio senso di valore intrinseco della persona.

⁸Sul linguaggio giuridico delle discriminazioni cfr. S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Dall'immigrazione agli sviluppi della techno-scienza. Uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, Torino: Giappichelli, 2015.

lo meno soggettivamente accettato dai protagonisti della vicenda; (c) a ridare a questi ultimi la possibilità di essere a loro volta chiamati con il nome che ognuno si attende dagli “altri significativi”; (d) a restituire a entrambi i confliggenti “pezzi”, “quote” di immagini di sé/di appartenenza culturale; (e) a diminuire il senso di “claustrofobia non virtuosa” vissuto in via principale (se non esclusiva) da chi è stato degradato.

L’*incertezza* in relazione alla propria immagine di sé, come dicevo poc’anzi, può però essere soltanto ridotta, e mai del tutto eliminata. *Guadagnare* una nuova immagine di sé dopo l’elaborazione di *un* conflitto non significa, infatti, sottrarla al rischio che nuove minacce (per esempio, il controllo per strada da parte di un altro esponente delle forze dell’ordine) possano irrompere con prepotenza e gravidanza a minarla.

Nel corso dei microassalti accade dunque che alcuni individui – nel nostro caso il funzionario di pubblica sicurezza all’aeroporto – non trattano le minoranze con la stessa cortesia che riservano alle persone del proprio gruppo sociale.

Cara amica, spero che il filo rosso del mio ragionamento sia chiaro.

Il razzismo – che come recita uno slogan di un’importante associazione, “è una brutta storia” –, si può articolare e solidificare in milioni di “storie”, le quali possono prendere *anche* la forma di una battuta di spirito, l’esempio più concreto del “razzismo ricreativo”.

Ma che cosa, in particolare, rende una battuta di spirito razzista?

Gli studiosi offrono – come è comprensibile – molteplici risposte a questa domanda, anche se l’espressione alla quale fanno ricorso il più delle volte rimanda alla “mancanza di rispetto”: le battute di spirito razziste esprimerebbero, in prima istanza, assenza di rispetto, inteso da me come l’“ascolto” e l’“esercizio della virtù dell’attenzione” alle persone condotti in modo costante, con un’apertura alla considerazione dei loro valori, delle loro sensibilità, dei loro orientamenti morali e sociali. Ne consegue che una battuta di spirito sarà razzista quando produce un danno morale agli individui perché pregiudica la loro aspettativa di essere *sempre* trattati in una forma rispettosa, almeno in quelle società che si fondano sul riconoscimento del medesimo *status* morale dei suoi individui.

Le battute di spirito sarebbero dunque razziste quando diffondono stereotipi negativi nei confronti di chi appartiene a gruppi minoritari, e quando concorrono a riprodurre l’animosità sociale nei loro confronti. C’è, al contrario, chi sostiene che lo *humour* è razzista unicamente se è accompagnato da un atteggiamento ostile o da una considerazione negativa nei confronti delle minoranze razziali. È per tale ragione che un motto di spirito, una barzelletta sarebbero razzisti indipendentemente dal danno causato a soggetti specifici, ma solo perché diffondono l’odio nei confronti di determinati soggetti sociali, con gravi ricadute nelle loro vite quotidiane.

Vi è un’altra questione che può sollevare, anche sul piano giuridico, interrogativi di un certo rilievo. Ti sarai certamente chiesta, Patrizia, se i commenti raz-

zisti posseggono lo stesso significato sociale o psicologico anche quando sono pronunciati in un contesto comico? In questo caso lo scenario non assume connotazioni aggressive, perché lo *humour* serve a generare un *relax* emotivo al pubblico a cui si rivolge. In altri termini, le battute di spirito offensive, degradanti, non potrebbero essere classificate come razziste perché l'atteggiamento psicologico di chi le pronuncia e di chi ride è altro rispetto a un atteggiamento razzista, che ha come obiettivo quello di offendere qualcuno, e non di suscitare la risata di chi appartiene a un gruppo etnico o sociale.

Chi offende intende colpire una persona nei suoi punti deboli, mentre qui si ha in animo di produrre solo un effetto comico. Ed è per questo ordine di motivi che i ragionamenti sui motti di spirito razzisti sono complessi. Resta il fatto che lo *humour* denigratorio provoca un effetto comico perché evoca stereotipi razziali che circolano nella cultura di un Paese. In Brasile, per esempio, tutto ciò ha a che fare con la supposta pericolosità dell'uomo nero, l'exasperata sessualità della donna nera o l'indolenza di chi appartiene a questi gruppi etnici.

In estrema sintesi, il ragionamento torna, pure in questo ordine di casi, esattamente al punto di partenza.

Le parole, dovunque siano pronunciate, esprimono *sempre* il consenso sociale di chi appartiene ai gruppi maggioritari. Ne deriva che anche lo *humour* razzista deve essere letto e interpretato dentro al contesto sociale nel quale è gettato, e non esclusivamente come un'espressione culturale che ha la finalità di produrre un effetto comico. Le battute di spirito razziste acquistano significato soltanto dentro a una situazione contrassegnata dall'oppressione e dalla discriminazione razziale di certi gruppi, di certi soggetti. La violenza, il disprezzo e la condiscendenza sono parte integrante di queste battute di spirito. Ancora, le persone che sono bersaglio dell'umorismo sono identificate soltanto per la loro appartenenza etnica.

In ultima istanza, lo *humour* razzista riconferma l'idea che chi fa parte del gruppo razziale dominante è l'unico attore sociale che merita rispetto. Un bianco che tenta di vilipendere i neri attraverso una barzelletta o una storiella comica non soltanto ribadisce a sé stesso, all'opinione pubblica e a tutti i neri che loro sono inferiori, ma mette pure in atto una *strategia* per difendere la sua posizione sociale privilegiata.

Moreira, per portare un esempio, riprende una *spirtosaggine* molto diffusa in Brasile: «Che differenza c'è tra un sacco di m***a e un negro? Il sacco». Identificare i neri come escrementi è una forma di offesa razzista abbastanza comune a quelle latitudini, perché ribadisce la convinzione che i "negri" non sono umani e sono incapaci di ricoprire qualunque ruolo nello spazio pubblico. In tal senso, una battuta umoristica come questa diviene addirittura immorale, poiché infrange l'aspettativa costituzionalmente garantita (in Brasile come in moltissimi altri Paesi) che nessuno sia disprezzato, insultato o vilipeso.

Passando a un altro esempio, rivolgersi, per scherzo, a un nero o una nera appellandolo/a come una "scimmia" – a parte lo squallore e la volgarità dell'espres-

sione –, diffonde l’idea che lui/lei possa non essere meritevole di empatia. Se, poi, questo “motto di spirito” è pronunciato da una persona che occupa una posizione nella sfera pubblica e ha quale vittima una donna o un uomo che ricoprono cariche istituzionali, la questione può avere serie ripercussioni sul piano politico.

È quanto è accaduto in Italia il 13 luglio del 2013 quando l’allora Vicepresidente del Senato Roberto Calderoli, nel corso di una manifestazione della Lega Nord, definì l’allora Ministra dell’integrazione Cécile Kienge – originaria della Repubblica Democratica del Congo – un “orango”. «Quando vedo Kienge penso a un orango», disse per la precisione il Ministro. Intervistato da Repubblica TV⁹, il Senatore Calderoli si difese con queste parole: «È stata una battuta, una battuta nei termini della simpatia ...». Di diverso avviso è stato il Tribunale di Bergamo, che nel 2019 lo ha condannato a 18 mesi di reclusione per diffamazione aggravata dall’odio razziale.

L’importanza di questa sentenza è fondamentale anche sul piano della comunicazione nei confronti dell’opinione pubblica, perché la forma di razzismo ricreativo messa in atto dall’ex Ministro Calderoli è un tipo di *hate speech* che oltrepassa il piano dell’offesa e della mancanza di empatia, per attaccare e squalificare le competenze professionali di un attore sociale che, per mezzo di quella pronuncia giudiziaria sono, almeno in parte, riabilitate.

Non occorre, infine, fare molti sforzi per rappresentarci che la Televisione sia un luogo privilegiato in cui tutti i gruppi sociali lottano per il riconoscimento (e il controllo) della propria immagine. Non posso, Patrizia, provare neppure pallidamente a narrarTi di come le rappresentazioni della “negritudine”¹⁰ nella TV brasiliana cambino, soprattutto in relazione alla “variabile sesso”. I maschi neri sono quasi sempre immaginati e rappresentati come persone pigre, non avvezze al lavoro, con una disposizione naturale al bere e fortemente attratti sessualmente dalle donne bianche. Le donne nere, a loro volta, sono trattate come persone esasperatamente sessualizzate e infantilizzate.

Mi congedo da Te e da questi temi con un ricordo che risale agli anni della nostra infanzia, nel corso dei quali i primi sintomi di quanto Ti ho narrato in queste pagine hanno fatto capolino anche in Italia, per esplodere – soprattutto per ragioni storiche – solo molti lustri dopo (e soprattutto nella rete, ancora più che in TV¹¹). Noi siamo diventati, difatti, un Paese ad alto tasso di immigrazio-

⁹ https://milano.repubblica.it/cronaca/2019/01/14/news/insulti_a_kyenge_calderoli_condannato-216538412/.

¹⁰ “Negritudine” è un’espressione che Moreira declina in modo diverso da quella pensata, a suo tempo, da Jean Paul Sartre. Moreira la definisce come un’attribuzione negativa di caratteristiche morali a dei tratti fenotipici propri delle popolazioni africane.

¹¹ Molto più interessante che di Televisione sarebbe parlare della *rete web*, vera depositaria, oggi, del razzismo ricreativo. Purtroppo, per tanti motivi, non posso qui entrare nel merito di questa riflessione.

ne poco prima della fine dello scorso millennio e, pertanto, la questione culturale della negritudine si è imposta relativamente da poco.

Scavando nella mia memoria ho ripescato però uno storico *sketch* televisivo che risale all'*Italietta* degli anni Cinquanta, e che riproduce, in modo paradigmatico, tutti gli spunti del razzismo ricreativo che abbiamo fin qui condiviso. Siamo nel 1958, e la RAI ha soli quattro anni di vita. Parodiando una canzone di Luciano Tajoli che ebbe molto successo, *Angeli negri*, Ugo Tognazzi (il “negro”, aspirante angelo) e Gianni Agus (un pittore che sta ultimando la pala di un altare) danno vita a una storiella della durata di tre minuti presentata a *Canzonissima*¹² – quindi di fronte al vastissimo pubblico televisivo del sabato sera. In breve, l’aspirante angelo si rivolge sommessamente al pittore – esattamente come erano soliti fare gli schiavi negli Stati Uniti quando si rivolgevano ai loro padroni¹³ – per chiedere che nella pala sia rappresentato un “angelo negro”. Il dialogo si snocciola con battute del tipo: “Ma io non sono che un povero negro ...”. “Scoccante e deficiente”, ribadisce il ritrattista. O ancora: “Pittore, pittore, tu disprezzi il mio colore?”. “Siiiiiii”, si premura di rispondere l’artista. Lo *sketch* trova la sua degna conclusione quando l’angelo nero Tognazzi consegna una lettera di raccomandazione, scritta di suo pugno da un Ministro, all’artista Agus, e questi si trova costretto, suo malgrado, ad accondiscendere alla richiesta.

Non so, cara amica, se ricordi – immagino di sì – questa *gag*, che definisco volentieri un “archetipo” del razzismo ricreativo, almeno in Italia. Ci dice tanto sul mondo che abbiamo abitato e anticipa un modo di ridere che poi, purtroppo, ha fatto molta strada.

Nell’abbracciarti, mi auguro innanzitutto che Tu abbia gradito questo racconto che – di questo almeno sono certo – tocca questioni che scuotono le nostre sensibilità.

Da parte mia un grazie sincero per i tanti momenti condivisi a ragionare sui temi a noi cari e anche per le “battaglie” accademiche che abbiamo combattuto spesso fianco a fianco.

Adolfo

¹² <https://www.youtube.com/watch?v=LNU9D8ITZ0Q>.

¹³ Tecnicamente, questo modo di comunicare è definito *shuck and jive*. Ancora oggi questa espressione è usata nel Nord America per riferirsi a quelle situazioni in cui i neri parlano in modo ossequioso a un bianco, al fine di ottenere la sua benevolenza. Un esempio di *shuck and jive* lo troviamo in una toccante scena del film *Crash*, di Paul Haggis, che vinse il premio Oscar nel 2005. Una coppia di neri benestanti litiga furiosamente fino al punto in cui la moglie inizia ad accusare il marito di non averla protetta da un atteggiamento razzista di un poliziotto, e di avere fatto *shuck and jive* per non scatenare la sua aggressività.

RIFLESSIONI SULLA LEGGE SULL'ABORTO IN ITALIA E SUI SUOI ATTACCHI IDEOLOGICI, RICORDANDO MOMENTI DI DIDATTICA COMUNE

Marilisa D'Amico

SOMMARIO: 1. Patrizia Borsellino e il suo impegno scientifico e umano. – 2. I diritti della donna e quelli del concepito nel bilanciamento del legislatore del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale. – 3. Gli aspetti tecnico-scientifici controversi. – 4. Il “diritto” di sollevare obiezione di coscienza. – 5. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali condanna l'Italia. – 6. L'ideologia non difende i diritti.

1. Patrizia Borsellino e il suo impegno scientifico e umano

Non sempre le occasioni in cui ci viene chiesto di scrivere in onore di un/a collega sono momenti per ricordare qualcosa che vada oltre gli interessi scientifici e i campi di ricerca comune.

In questo caso, sono felice di far parte di una raccolta di studi in onore di una “maestra” della filosofia del diritto, una delle studiose che ha fondato, insegnato e praticato la bioetica (*rectius*, le bioetiche) in Italia¹, cogliendone la sua natura di “etica applicata al mondo della vita”.

Patrizia Borsellino è famosa per tanti aspetti della sua vita di studiosa e negli ultimi anni anche di studiosa impegnata nelle istituzioni, come testimonia il suo

¹ Cfr., per tutti, P. BORSELLINO, *Quali prospettive per i Comitati etici?*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, n. 1, 1996, pp. 118-123; P. BORSELLINO, *La bioetica: terreno di confronto e di scontro tra moderno e post-moderno*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 1996, pp. 161-170; P. BORSELLINO, *Il diritto alla salute tra libertà e vincoli sociali*, in *Notizie di Politeia*, n. 47/48, 1997; P. BORSELLINO, *Modelli di regolazione giuridica delle questioni bioetiche*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 1999, pp. 167-181; P. BORSELLINO, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”. Una conquista per i pazienti e per gli operatori sanitari, in *Rivista italiana di cure palliative*, n. 1, 2018, pp. 1-10; P. BORSELLINO, *Biotestamento: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura nel disegno della L. n. 219/2017*, in *Famiglia e diritto*, nn. 8-9, 2018, pp. 789-802; P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano: Cortina, 2018; P. BORSELLINO, *La legge n. 219/2017 a un anno dall'approvazione e i nuovi scenari aperti dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, in *Notizie di Politeia*, n. 133, 2019, pp. 84-92.

apporto fondamentale alla prima e importante legge sul fine vita, la legge n. 219/2017.

Per me la professoressa Borsellino è molto più di una collega che stimo e di cui riconosco il valore: è una delle colleghe con cui sono cresciuta negli anni più fecondi della mia vita accademica, quelli che mi hanno visto transitare nell'Università dell'Insubria, dove insegnava anche lei.

In quegli anni siamo cresciute insieme, sperimentando modi di insegnamento innovativi, confrontandoci su argomenti di comune interesse. Ma soprattutto per me, giovane donna ancora molto insicura su tante cose, Patrizia è stata un'amica sincera: quei momenti di confronto anche umano ci hanno legate per sempre. Il nostro destino accademico è stato parallelo perché appena diventate professoresse ordinarie siamo state richiamate dall'Insubria nei due atenei milanesi di Milano Statale e Milano-Bicocca. Da allora non ci siamo frequentate solo come colleghe, ma Patrizia ha sempre appoggiato e condiviso il mio impegno politico e civile, accettando di diventare socia di Vox-Diritti, un'associazione che intende promuovere i diritti umani in Italia, partecipando a tante attività e momenti di riflessione.

Ho voluto rendere pubblico tutto questo, perché credo che in Accademia non sia facile sviluppare relazioni sincere di stima e di amicizia, ma che siano proprio queste relazioni a costituire l'aspetto più bello e significativo del nostro lavoro.

Vorrei quindi offrire alla professoressa Borsellino alcune riflessioni su un tema, quello delle torsioni ideologiche nell'applicazione della legge n. 194/1978, che ci aveva fatto riflettere insieme, all'indomani della decisione n. 35 del 1997, attraverso alcune lezioni comuni per gli studenti, che avevano ad oggetto la legge n. 194, i valori in essa coinvolti e le importanti decisioni della Corte costituzionale, le sentenze n. 27 del 1975 e n. 35 del 1997. Agli studenti io avevo proposto una lettura tecnica delle decisioni costituzionali, mentre Patrizia aveva offerto preziose riflessioni sul tipo di bilanciamento fra i principi contenuti nelle due pronunce.

2. I diritti della donna e quelli del concepito nel bilanciamento del legislatore del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale

In materia di aborto assistiamo a scelte legislative profondamente diverse, corrispondenti alle scelte di principio che gli ordinamenti possono adottare.

Si può osservare come esistano almeno tre modelli: quello che vieta penalmente l'aborto, ritenendolo un "omicidio"; quello che, all'opposto, colloca la scelta nella totale libertà e disponibilità della donna, come se si trattasse di un fatto riguardante solo il "corpo" della donna; quello che, pur ritenendo che il nascituro goda di un "diritto" alla vita, sviluppa una disciplina orientata alla

consulenza e all'aiuto alla donna, ritenendo che lo Stato abbia il dovere di aiutare la donna a superare le difficoltà, essendo questa l'unica strada per tutelare in modo bilanciato i diritti della donna e quelli del nascituro (in questo caso si parla di modello "discorsivo", un modello teorizzato in Germania nel 1994²).

La disciplina italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza si affida ad un modello fondato sulla libertà di scelta della donna, all'interno di un procedimento che tiene in massima considerazione il compito informativo e di sostegno della consulenza statale³.

I dati relativi all'applicazione della legge dimostrano che tale disciplina ha annullato il numero degli aborti clandestini e che, nel complesso, il ricorso all'aborto è diminuito, non solo fra le donne italiane, ma anche fra quelle straniere⁴: dato da cui si deduce che la prima parte della legge, quella che nega il carattere dell'aborto alla stregua di uno strumento contraccettivo, è stata attuata, nonostante le numerose critiche da parte dei suoi delatori.

Occorre osservare anche che il nostro modello legislativo si presterebbe ad una interpretazione "alla tedesca", attraverso una valorizzazione e un potenziamento del ruolo dei consultori, in un'ottica che dia la massima importanza alla possibilità che la donna decida, dopo adeguata riflessione, di non interrompere la gravidanza.

Rispetto ai diritti del nascituro, occorre distinguere fra i primi tre mesi della gravidanza, dove il problema più che medico è psicologico, e dove veramente il ruolo orientativo del consulente è essenziale proprio per garantire al massimo la libertà di scelta della donna (la cui salute fisica e psichica potrebbe essere compromessa da una decisione non meditata), e il secondo semestre, dove l'interruzione della gravidanza è legata a processi patologici della donna o del feto e dove la responsabilità nella diagnosi da parte del medico è massima.

² Sia consentito il rinvio alle più ampie e approfondite considerazioni svolte in M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano: Cortina, 2020, p. 139 ss., e in M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano: Giuffrè, 1994. Per ulteriori profili comparati, si veda G. BOGNETTI, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Milano: Giuffrè, 2015, p. 1 ss. In tema di aborto, si veda P. BORSELLINO, *Desafios de l'autonomia en el ambito reproductivo. La perspectiva del la ley vigente en Italia en materia de aborto*, in B. MENDOZA BUERGO (a cura di), *Autonomia personal y decisiones medicas. Cuestiones éticas y juridicas*, Cizur Menor (Navarra): Editorial Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 163-178; P. BORSELLINO, *Adolescenza e aborto: per una corretta lettura tra etica e diritto*, intervento presentato a: *Crescita sentimentale e sessuale nell'adolescenza tra bioetica e autonomia. Quale ruolo della scuola?*, Milano, 2012.

³ Cfr. M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano: Franco Angeli, 2016, p. 48 ss.

⁴ Cfr. la Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge n. 194/1978) – dati definitivi 2018, anno 2020.

La Corte costituzionale non si sottrae in tema di aborto a decisioni che affrontano in modo approfondito il bilanciamento fra le posizioni della donna e del concepito ed è la stessa Corte costituzionale, nel 1975, che detta l'impostazione di principio che sarà alla base delle scelte del legislatore nella legge n. 194/1978, offrendo spazio, nella decisione n. 35 del 1997, da molti letta ingiustamente come contraddittoria rispetto alla giurisprudenza precedente, a una interpretazione più equilibrata della disciplina.

Nella sentenza n. 27 del 1975, la Corte, giudicando sulla norma che puniva penalmente l'aborto e dichiarandone la parziale incostituzionalità, giustifica l'interruzione della gravidanza nei casi di problemi fisici e psichici della donna. Nella pronuncia la Corte sancisce il principio in base al quale non vi è equivalenza fra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona (la donna) e il diritto di chi persona deve ancora diventare (l'embrione). Tale indicazione di principio è stata recepita dal legislatore nel 1978, ponendola alla base del bilanciamento che caratterizza la disciplina.

Successivamente, in una pronuncia meno nota, la n. 108 del 1981, il giudice costituzionale si è occupato di una diversa questione, il cui eventuale accoglimento avrebbe determinato l'estensione dell'art. 6 anche alle ipotesi di trattamento interruttivo entro i primi tre mesi, introducendo una nuova fattispecie incriminatrice.

Di fatto, si trattava della richiesta di estensione di una norma penale, che la Corte ritiene inammissibile «perché ne preclude l'esame il principio di legalità, sancito nel codice e consacrato nella Carta repubblicana, come fondamentale valore dello Stato di diritto»⁵. Si approfondisce, in questa decisione, il significato della punizione penale per un diritto penale "laico", una visione per la quale lo strumento penale non può essere utilizzato per la promozione di determinati valori.

Non esiste, secondo questa impostazione, un obbligo costituzionale di tutela penale, anche nel caso in cui il valore sia fondamentale e si trovi al vertice della scala di valori – la "Wertordnung" – costituzionale. Tale obbligo non sussiste, allorché lo stesso valore possa essere tutelato efficacemente con uno strumento diverso rispetto al diritto penale.

La successiva decisione n. 35 del 1997 è significativa e in un certo senso problematica: sembra emergere una lettura "nuova" da parte del giudice costituzionale del bilanciamento dei valori in gioco⁶. La sentenza viene infatti resa in

⁵Cfr. sent. n. 108 del 1981, cons in dir. p.to 5.2.

⁶Sulla pronuncia, v. C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 293 ss.; M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 312 ss.; M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 348 ss. Sia permesso inoltre rinviare a M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina sull'interruzione della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1139 ss.

un giudizio sull'ammissibilità del referendum dallo stesso contenuto di quello già deciso dalla Corte nel 1981 (la sentenza è la n. 26), relativo cioè all'abrogazione di alcuni articoli della legge n. 194 riguardanti i consultori e la procedura di certificazione. Questa richiesta aveva l'obiettivo di alleggerire, "liberalizzando" completamente, l'aborto.

Nella decisione la Corte ribadisce con chiarezza, richiamandosi alla sua giurisprudenza precedente, che ha fondamento costituzionale la tutela del concepito; che del pari ha fondamento costituzionale la protezione della maternità (art. 31, comma 2, Cost.); che sono diritti fondamentali anche quelli relativi alla vita e alla salute della donna gestante; che il bilanciamento fra questi diritti fondamentali, quando entrambi siano esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto; che al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento «è obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre nel proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

Diversamente da quanto avvenuto nel 1981, il giudice costituzionale ritiene inammissibile questa richiesta referendaria, perché la disciplina avente ad oggetto l'interruzione volontaria della gravidanza rientra fra quelle aventi un contenuto costituzionalmente vincolato.

Il principio espresso dalla Corte sembrerebbe molto vicino all'impostazione tedesca, nella quale è valorizzato il momento della consulenza da parte dello Stato: la decisione di una donna di interrompere la gravidanza non è un fatto soltanto privato, perché lo Stato, nella procedura con cui si arriva in ipotesi a tale decisione, deve tutelare sia il diritto alla vita del concepito, sia la salute fisica e psichica della gestante.

3. Gli aspetti tecnico-scientifici controversi

Chi continua a invocare la "revisione" della legge n. 194/1978 strumentalizza un problema che è proprio di tutte le leggi rispetto al decorrere del tempo: quello del loro adeguamento al tempo trascorso e anche all'eventuale cammino della scienza.

Come è noto, la legge n. 194/1978 è stata e continua ad essere oggetto di violenti attacchi ideologici. Fra questi, abbiamo assistito anche a contestazioni circa l'attualità "scientifica" del problema.

Il problema principale in gioco era costituito dal termine che viene individuato quale momento ultimo dalla prassi medica per l'aborto terapeutico, che

potrebbe diventare un termine troppo avanzato rispetto ai progressi della scienza quanto alle possibilità di vita dei neonati molto prematuri. Questi ultimi, infatti, oramai anche alla ventiduesima settimana presentano segni di vitalità che consentirebbero loro di sopravvivere. Rispetto a tale problema, però, la legge stessa prevede un adeguamento interpretativo, facendo opportunamente riferimento, nell'art. 7, u.c., al concetto di "possibilità di vita autonoma" del feto, definita altrimenti "vitalità" del feto, come limite all'aborto terapeutico.

Interpretando la legge, allora, molti ospedali avevano già adottato linee guida che anticipavano il limite temporale per l'applicazione del trattamento.

Nel 2008, tale limite è stato oggetto di un opportuno provvedimento ministeriale, che detta «raccomandazioni per le cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse»⁷, e anche di uno specifico, a mio avviso meno opportuno, provvedimento della Regione Lombardia. In un "atto di indirizzo regionale"⁸, infatti, si erano recepite le linee-guida di alcuni ospedali lombardi, stabilendo non soltanto il limite delle 22 settimane più tre giorni⁹, ma anche specifiche norme sulla necessità del parere di due medici e sul divieto di aborto selettivo nel caso di gravidanza gemellare. Meno opportuno perché la disciplina di diritti fondamentali, nei loro contenuti essenziali, non è di competenza regionale, non tollerando essa soluzioni diverse da Regione a Regione. Questo atto di indirizzo è stato annullato dalla decisione del TAR Lombardia¹⁰, che ha accolto le tesi dei ricorrenti, riconoscendone il carattere lesivo delle competenze statali e la sua contrarietà alla legge, quale atto secondario.

Un altro profilo che si invoca ancor oggi per un aggiornamento della legge riguarda la sua applicazione: si vorrebbe, cioè, che la parte dedicata alla prevenzione e all'aiuto alla donna nella decisione di interrompere la gravidanza fosse attuata meglio e garantita in concreto. Il ruolo dei consultori è centrale nell'impianto della legge, ma sembra che la prassi sia insufficiente: questo profilo, però, attiene alla pratica applicazione della legge e dipende in larga misura dall'organizzazione territoriale delle Regioni.

⁷ Il documento si può leggere in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_765_allegato.pdf.

⁸ Si tratta del Decreto della direzione generale della sanità del 22 gennaio 2008, n. 327, intitolato Atto di indirizzo per la attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

⁹ Per un'analisi critica del provvedimento regionale, si v. S. CATALANO, *Note a margine del decreto della Regione Lombardia di 'attuazione' della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in www.forumcostituzionale.it, 1 aprile 2008.

¹⁰ L'ordinanza del Tar Lombardia è datata 9 maggio 2008, pubblicata in www.federalismi.it. Dopo quest'ultima pronuncia, l'ordinanza cautelare del TAR ha trovato confermato nella sentenza di merito del 29 dicembre 2010, su cui si veda F. BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it, 4 febbraio 2011.

4. Il "diritto" di sollevare obiezione di coscienza

Come si è accennato, nel corso degli anni è emerso un ulteriore ambito in cui la legge n. 194/1978 viene strumentalizzata per ragioni ideologiche, con cui viene oscurato l'obiettivo vero della legge, ovvero la ricerca di un corretto bilanciamento tra diritti: ci si riferisce all'obiezione di coscienza, invocata oramai in molte zone del paese dalla maggioranza dei medici, la quale, proprio per la sua applicazione massiccia, comporta il rischio di paralizzare l'efficacia delle norme che permettono l'aborto¹¹.

La legge n. 194/1978, all'art. 9, prevede che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non sia tenuto a prendere parte alle procedure e agli interventi per l'interruzione della gravidanza, nel caso in cui sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione.

L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento di procedure e attività che siano specificamente e necessariamente dirette a provocare l'interruzione di gravidanza, mentre non riguarda le attività di assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate devono in ogni caso garantire l'accesso al trattamento richiesto e le Regioni devono controllare e garantire l'idonea organizzazione degli stessi ospedali, anche attraverso la mobilità del personale.

In un unico caso la legge n. 194 prevede che il diritto di obiezione di coscienza receda rispetto alla posizione giuridica della donna. L'obiezione di coscienza, infatti, non può essere esercitata quando, a fronte delle circostanze concrete, il personale intervento del medico anche obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

A fronte di queste disposizioni contenute nell'art. 9 si è assistito a molteplici tentativi di estenderne la portata applicativa. In particolare, viene in rilievo la circostanza che, nella prassi, si sia registrato un elevato e sempre crescente numero di medici obiettori di coscienza che, anche a fronte della mancata organizzazione degli ospedali e delle Regioni, hanno di fatto ostacolato il corretto esercizio del diritto – alle condizioni previste pur sempre dalla legge n. 194 – delle donne di accedere al trattamento richiesto¹².

¹¹ In generale, in tema di obiezione di coscienza, v. A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 251 ss., il quale sottolinea l'esigenza che l'obiezione di coscienza sia prevista dal legislatore, facendo dunque leva sulla necessità di una *interpositio legislatoris*, nonché che siano previste obbligazioni alternative; nella stessa direzione, v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano: Giuffrè, 2013, p. 142 ss.; similmente, ma nella prospettiva della filosofia del diritto, v. M. SAPORITI, *La coscienza disobbediente. Ragioni tutele e limiti*, Milano: Giuffrè, 2014, *passim* e spec. p. 213 ss.

¹² Cfr. la Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge n. 194/1978) –

Il ricorso massiccio e “disinvolto” da parte dei medici all’obiezione di coscienza è suscettibile di compromettere non solo la posizione della donna (e quindi il diritto di accesso alla prestazione richiesta, secondo quanto prescrive la legge n. 194), ma anche quella dei medici non obiettori di coscienza, che sono costretti a fare fronte al complessivo carico di lavoro, derivante, ancora una volta, dall’elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e dalla correlativa disorganizzazione degli ospedali e delle Regioni.

Le problematiche legate alla difficoltà di accesso da parte delle gestanti all’interruzione di gravidanza non sono mai giunte al cospetto della Corte costituzionale, forse anche in considerazione delle difficoltà pratiche che le donne incontrano in quelle situazioni.

5. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali condanna l’Italia

Assumono allora una peculiare rilevanza le procedure che si sono svolte davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d’Europa, che in un caso ha accertato rispetto al trattato internazionale della Carta Sociale Europea la violazione dei diritti delle donne cui è impedito o ostacolato l’accesso all’aborto e che in un secondo caso ha ribadito lo stato di violazione del diritto alla salute e del principio di non discriminazione, accogliendo l’ulteriore profilo di violazione dei diritti dei medici non obiettori di coscienza¹³.

dati definitivi 2018, anno 2020, 52, ove si fa riferimento ad una quota di obiezione di coscienza elevata, specialmente tra i ginecologi.

Sulle modalità per far fronte al fenomeno dell’elevata quantità di ginecologi obiettori, v. le proposte di A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per “non obiettori”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 28 marzo 2017; B. LIBERALI, *“Per l’applicazione esclusiva della legge n. 194”: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2017, p. 1 ss.; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 1 ss.; F. GRANDI, *Le difficoltà nell’attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1, 2015, p. 89 ss.

¹³ Sulle decisioni rese nei confronti dell’Italia dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali rispetto ai due reclami presentati da IPPF EN e dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro si vedano M. D’AMICO, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D’AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIE siècle*, Napoli: ESI, 2014, p. 219 ss.; L. LANZONI, B. LIBERALI, *The Protection of the Right to Health and the Procedures for Voluntary Termination of Pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights*, ivi, p. 231 ss.; B. LIBERALI, *Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali e la salute quale fattore di discriminazione multipla*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano: Franco Angeli, 2017, p. 128 ss.; L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull’interru-*

Il Comitato Europeo, in relazione al Reclamo collettivo n. 87 del 2012 promosso dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network*, ha riconosciuto che l'Italia non assicura, come prescrive l'art. 9 della legge n. 194, l'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza.

Questa mancata garanzia si traduce in una diretta violazione del diritto alla salute delle donne (art. 11 della Carta Sociale Europea), cui l'accesso all'aborto è funzionale, e del principio di non discriminazione (art. E della Carta Sociale Europea), poiché si determinano irragionevoli discriminazioni fra categorie di donne di tipo territoriale ed economico.

A seguito della decisione di merito adottata in relazione a questo primo Reclamo collettivo – e della relativa procedura nel corso della quale hanno depositato ulteriore documentazione sia l'organizzazione reclamante, sia il Governo italiano, ma anche soggetti terzi interessati a diverso titolo a sostenere le posizioni delle parti – il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha inviato all'Italia una Raccomandazione (30 aprile 2014), con cui ha preso atto dello stesso accertamento, richiedendo l'adozione di specifiche misure – quelle che il nostro ordinamento riterrà opportune – per dare soluzione alle criticità riscontrate.

Rispetto al secondo Reclamo collettivo, promosso dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (n. 91 del 2013), il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha accolto la richiesta del Governo italiano di tenere una pubblica udienza il 7 settembre 2015 alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e successivamente ha accertato che lo stato di violazione della Carta Sociale Europea non era stato superato, dichiarando altresì la violazione dei diritti dei medici non obiettori di coscienza.

Sarebbe dunque necessario per l'Italia, nell'ambito del c.d. *follow up* delle decisioni di merito, rendere conto delle misure positive adottate per dare soluzione alla condizione di violazione della Carta Sociale Europea derivante dalla insoddisfacente applicazione della legge n. 194: tuttavia, nelle relazioni che si sono susseguite dinanzi al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 194/1978, sembra che il Governo tenda a minimizzare l'efficacia delle pronunce del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, relative a disposizioni di un Trattato internazionale che, invece, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, costituisce parametro interposto *ex art. 117, comma 1, Cost.*, nei giudizi di legittimità costituzionale¹⁴.

zione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro, in *Diritto pubblico comparato ed europeo OnLine*, n. 2, 2016, p. 311 ss.

¹⁴Sui rapporti fra la Carta Sociale Europea e il nostro ordinamento, in particolare rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si veda B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in *www.federalismi.it*, n. 17, 2017, p. 1 ss.

6. *L'ideologia non difende i diritti*

Lo scontro sulla legge n. 194/1978 ripropone un tema caro a Patrizia Borsellino, quello della tenuta del nostro Stato "laico", che impone di riflettere, in generale, sul seguente interrogativo: quando si esce dal perimetro del bilanciamento e si vogliono imporre valori, rimaniamo nel perimetro costituzionale?

La possibilità che una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, come la legge n. 194/1978, che fonda il principio di autodeterminazione sulla propria "natura", cardine per l'attuazione oggettiva del principio di parità costituzionale, sia completamente rimessa per la sua applicazione alle "coscienze" individuali dei medici e che gruppi di medici ne contestino ideologicamente l'esistenza, come è avvenuto con riferimento al documento dei Direttori delle Cliniche di Ginecologia e Ostetricia delle Università di Roma del febbraio 2008¹⁵, costituisce motivo di profonda riflessione sulla consistenza del principio di "laicità" in Italia.

Se così è, infatti, occorre sviluppare alcune riflessioni; la prima riguarda la posizione del "medico" nel dibattito politico-culturale su questi temi; la seconda, riguarda la tecnica di tutela effettiva dei diritti e il rischio di una loro difesa soltanto ideologica; la terza, infine, attiene alla visione che vorrebbe contrapporre la singola donna, la singola vita e la vita umana, in generale.

Una importante novità, su cui ragionare, sembra essere costituita dalla circostanza che il medico, che in effetti sta diventando il soggetto principale nelle tematiche che riguardano l'inizio e la fine della vita, decida di intervenire proponendo una sua visione "ideologica".

Si è assistito, nel passato, ad atti medici dal "significato ideologico": basti pensare alla decisione del dott. Riccio di seguire le indicazioni di Piergiorgio Welby, all'interno di un'interpretazione corretta della disciplina e della deontologia medica. In quell'occasione, però, il singolo medico agiva secondo l'interpretazione della legge, occupandosi da medico di un problema concreto; nel caso dei ginecologi romani cui si è accennato, invece, un gruppo (minoritario) di medici interviene nel dibattito pubblico e a prescindere dal riferimento a casi concreti per esprimere il proprio orientamento, partendo da una univoca interpretazione della scala di valori coinvolti. È come se i medici romani avessero voluto imporre, nell'interpretazione della legge n. 194, una visione nella quale il rapporto del medico sia esclusivamente in funzione della vita del nascituro, da garantire in ogni modo e a prescindere dalla volontà dei genitori. Si tratta non di una interpretazione, ma di una proposta "politica", che risente, però, del fatto di essere espressione di un gruppo ristretto di soggetti chiamati ad applicare la legge e le norme di deontologia alla luce di regole generali, che necessitano di applicazione nel caso concreto.

¹⁵ Cfr. M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 44.

La seconda osservazione riguarda il modo di difendere i diritti e il rischio che essi diventino oggetto di battaglie soltanto ideologiche, secondo una tendenza affermata ormai da qualche tempo proprio sull'aborto e, in generale, sulla vita prenatale, come dimostra anche la lunga e travagliata vicenda della legge n. 40/2004, ma anche sul fine vita. Si è dovuto attendere la fine del 2017, a dieci anni di distanza dalla nota decisione della Corte di Cassazione sul c.d. "caso Englaro", perché l'Italia si dotasse di strumenti giuridici propri di gestione della fase terminale della vita e di regolamentazione del principio cardine di qualsiasi relazione medico-paziente, ossia il consenso informato¹⁶.

Pensare di imporre una visione astratta e generale quando si parla di diritti, in relazione a questioni scientificamente ed eticamente controverse, è doppiamente fuorviante.

Da un lato, perché si limita la possibilità di trovare una soluzione condivisa e di tutela effettiva, per far prevalere una ideologia e un valore che alla fine rischia però di essere sacrificato nei fatti. Così è stato per la materia della fecondazione medicalmente assistita, dove le regole rigide per la tutela dell'embrione, astrattamente inteso, poi censurate dalla Corte costituzionale con le decisioni n. 151 del 2009, n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015, oltre che n. 229 del 2015, hanno finito per limitare il numero di interventi e favorire il "turismo procreativo" delle coppie all'estero, con irragionevole sacrificio dello stesso diritto alla salute. Dall'altro, perché il bilanciamento e la ricerca di regole attiene al caso e consente al diritto di apprestare una tutela reale e non serve a imporre una morale¹⁷.

La terza riflessione riguarda la contrapposizione che si crea in tutta la discussione che si sta sviluppando sulle tematiche dell'aborto fra posizioni giuridiche, quella della donna e quella del nascituro, che l'ordinamento deve disciplinare in modo bilanciato, e il valore della vita umana, in generale.

Si tratta di temi che rimandano in modo evidente alle domande ultime che ogni società, collettivamente, può porsi, e che ogni persona, prima o poi, affronta o decide di non affrontare. È positivo, quindi, che queste domande siano oggetto di discussione: nella società, nello spazio democratico, i valori non sono più estranei, ma entrano a far parte delle costruzioni e delle valutazioni importanti. E, tuttavia, è necessario chiedersi come, alla fine, si possa trovare un terre-

¹⁶Per i profili sottesi alla disciplina, si vedano F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017*, n. 219, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2018, p. 54 ss.; U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in www.lacostituzione.info; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017; B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018.

¹⁷Sul metodo di soluzione di profili di incostituzionalità basato sulla ricerca di un effettivo bilanciamento tra diritti, sia permesso rinviare a M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit.

no omogeneo all'interno di una tale contrapposizione: l'appello alla vita, astrattamente inteso, prevale in ogni caso. Ma esso non risolve il dramma, individuale, di una donna che ha deciso di interrompere una gravidanza, di un feto che presenta segni di vitalità, di un medico che, alla fine, secondo il proprio codice deontologico, deve prestare l'assistenza adeguata, ma evitare ogni forma di accanimento terapeutico.

Contrapporre la vita alla morte, rendere ancora più forte e senza soluzioni bilanciabili il dramma di un parto molto prematuro o di un'interruzione di una gravidanza non riuscita alimenta una discussione che non intende risolvere meglio problemi importanti, ma che vuole far prevalere con la forza un punto di vista ideologico, e generale, su tanti drammi individuali.

Più in generale, e per concludere, quando le tematiche dei diritti fondamentali, nei casi critici, non sono analizzate in modo bilanciato, ma sono giocate una contro l'altra, come in Italia sta drammaticamente succedendo proprio sul tema dell'aborto di nuovo a più di quarant'anni dall'entrata in vigore della legge, diventa impossibile ragionare in termini reali e i diritti fondamentali vengono strumentalizzati ideologicamente.

Ma vi è di più, con la minaccia della pena, con una ideologica, ma falsa, contrapposizione fra soggetti diversi, con la rinuncia ad un bilanciamento di posizioni e di principi, quello che viene da ultimo sacrificato è proprio il diritto alla vita del nascituro, dal momento che la minaccia della pena spinge ancora di più la donna a vivere da sola e in modo irrisolvibile la sua situazione, aumentando quindi il numero di aborti.

Non a caso l'ormai unico Stato europeo, l'Irlanda, che ancora manteneva un'impostazione proibizionista, costringendo le donne a dolorosi viaggi oltre mare per interrompere una gravidanza, ha dovuto cedere di fronte alle spinte di una volontà popolare forte che, con coraggio, ha rivendicato il diritto delle sue cittadine di autodeterminarsi, riespandendo la propria sfera di vita privata¹⁸.

In definitiva, la campagna contro l'aborto avrebbe come esito finale il ritorno alla punizione penale della donna: ma la minaccia della pena, come è ampiamente dimostrato, non è di alcuna utilità, diventando semmai controproducente per la effettiva tutela del valore che si dice di voler difendere.

Il bilanciamento compiuto dal legislatore del 1978, letto in una visione che tenga conto dei diritti della donna e del nascituro, come ha già fatto la Corte costituzionale, e attraverso la valorizzazione della consulenza statale che non deve convincere, ma soltanto garantire una scelta consapevole, è lo strumento giuridico migliore per garantire una effettiva tutela dei diritti coinvolti.

Chi ancora oggi si schiera contro l'aborto non cerca una tutela reale e più forte del diritto alla vita del nascituro – che con la minaccia della pena verrebbe

¹⁸In tema v. A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda: la regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino: Giappichelli, 2018.

invece indebolito, perché costringerebbe le donne a rifugiarsi nell'illegalità, come succedeva in passato –; chi agita questa battaglia cerca in realtà soltanto una vittoria, ideologica, di una parte della società su un'altra, irrilevante o controproducente per una effettiva e seria tutela di tutti i diritti.

Come affermava Hassemer, con riguardo alla religione, in uno stato laico, la religione, se c'è si difende da sola¹⁹; così, parafrasando Hassemer si può dire che la famiglia, se è un valore, quando lo è davvero, si difende da sola; così, infine, la “possibile vita” del concepito non si difende contro la donna, ma solo offrendole aiuto e sostegno e, alla fine, rispettando la sua scelta.

Concludo queste riflessioni con un richiamo alla necessità che tutti noi, nell'ambito delle nostre competenze e del nostro ruolo, stiamo attenti alle conseguenze derivanti dalle nostre posizioni, di natura anche tecnica.

Soprattutto oggi, è necessario che la dottrina – come ha sempre fatto Patrizia Borsellino – sia vigile sulla difesa dell'autonomia della scienza e degli scienziati: più di ottanta anni fa le famigerate leggi razziali furono giustificate da un manifesto sulla difesa della razza scritto da oscuri scienziati e sottoscritto inizialmente da pochi ma, con molta probabilità, non condiviso da molti, i quali, però, scelsero la via del silenzio.

¹⁹W. HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*, in I. STAFF, G. DILCHER (a cura di), *Christentum und modernes Recht: Beiträge zum Problem der Säkularisation*, Frankfurt: Suhrkamp, 1984, pp. 232-251.

BIOETICA, DIRITTO, LAICITÀ:
PATRIZIA BORSELLINO E L'IDEA DEL DIRITTO
COME STRUMENTO DI TRASFORMAZIONE
CULTURALE ED ETICA DELLA SOCIETÀ ITALIANA

Emilio D'Orazio

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nascita della bioetica laica in Italia e l'eredità di Uberto Scarpelli. – 2.1. La regolazione giuridica delle questioni bioetiche secondo Scarpelli. – 2.2. Il dibattito sul Manifesto di bioetica laica e i principi della bioetica. – 3. L'etica laica come etica procedurale. – 4. Questioni di metabioetica. – 4.1. L'etica e la bioetica come autonomo contesto giustificativo. – 4.2. Il principio di autonomia come metaprinzipio. – 4.3. Il posto della ragione e dei sentimenti nelle scelte bioetiche: una critica a E. Lecaldano. – 5. Modelli di regolazione legislativa delle questioni bioetiche a confronto. – 6. Le ragioni della laicità procedurale. – 6.1. Le ragioni della laicità “procedurale” non fraintesa. – 7. Bioetica tra “moralì” e diritto (2009). – 7.1. Quale diritto per la bioetica laica? Repliche ai critici. – 8. Bioetica tra ‘moralì’ e diritto (2018) e il diritto come strumento di trasformazione culturale e etica della società italiana in direzione laica.

1. *Introduzione*

Ho conosciuto Patrizia Borsellino nell'autunno del 1978 quando, al 1° anno di Filosofia nell'Università Statale di Milano, decisi di frequentare il corso di Filosofia del diritto tenuto da Uberto Scarpelli a Giurisprudenza¹, corso che avrei seguito più volte negli anni successivi avendo fin da subito trovato in Scarpelli un punto di riferimento per la prosecuzione dei miei studi, sempre più chiaramente rivolti alla filosofia morale di indirizzo analitico, e il Maestro che – come è accaduto a Patrizia – avrebbe orientato i miei interessi verso un lavoro teorico in grado di unire rigore analitico e impegno civile.

Nell'ambito del corso, Patrizia, dopo la laurea in Filosofia con Mario Dal Pra alla Statale di Milano, teneva, in qualità di assegnista di ricerca, un semi-

¹ Nell'A.A. 1978/79 il Corso era dedicato allo studio del pensiero di Hobbes e in particolare alla lettura del *Leviatano*.

nario sui *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di Kelsen²; in esso veniva approfondito in particolare il tema dei rapporti tra diritto e morale e tra diritto e giustizia nel quadro del confronto tra giusnaturalismo e positivismo giuridico, tema che sarà al centro della sua ricerca, soprattutto a partire dai primi anni '90 del secolo scorso quando, dopo studi di metateoria e teoria generale del diritto svolti nella prospettiva della filosofia del diritto di indirizzo analitico, ha iniziato ad occuparsi, sotto l'influsso diretto di ScarPELLI, di bioetica, il nuovo campo di indagine alla cui nascita in Italia ScarPELLI ha dato un contributo determinante elaborando le linee di una bioetica laica basata su principi³. Alla bioetica Patrizia ha dedicato gran parte della sua riflessione, con particolare riferimento alle implicazioni giuridiche, oltre che morali, degli interventi biomedici sugli esseri viventi.

Dopo gli anni dei miei studi universitari, avendo nel 1986 iniziato a collaborare con l'Associazione Politeia al cui interno operava già da un anno la Sezione di bioetica coordinata da Maurizio Mori, ho avuto l'opportunità di incontrare nuovamente Patrizia, che dalla fine degli anni '80 ha iniziato a partecipare sempre più assiduamente alle attività del Centro Studi Politeia del cui Comitato scientifico da anni fa parte⁴.

In questo lavoro mi propongo di presentare i più rilevanti risultati conseguiti da Borsellino nel corso della sua riflessione, realizzata in modo coerente in tre direzioni principali: la caratterizzazione teorica della bioetica nella prospettiva dell'etica laica; la proposta di un modello di regolazione giuridica delle questioni bioetiche nella cornice dello Stato laico; la definizione della nozione di laicità "non fraincesa". Alla base della mia ricostruzione vi è l'ipotesi che, attraverso la sua ricerca trentennale, Borsellino si sia assunta il compito di far entrare il diritto nella sfera della riflessione bioetica italiana, in cui era inizialmente scarsamente presente, nella convinzione che ad esso, con specifico riferimento alle questioni bioetiche, possa essere attribuito un ruolo decisivo nell'affermazione di prospettive etiche laiche e pluralistiche nella società italiana.

² L'altro seminario legato al Corso, che pure frequentai quell'anno con particolare interesse, era tenuto da Maurizio Mori ed era dedicato alla lettura dei *Fondamenti della metafisica dei costumi* di Kant.

³ U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi* (1987); U. SCARPELLI, *Bioetica: prospettive e principi fondamentali* (1991), entrambi sono raccolti in U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, a cura di M. MORI, Milano: Baldini e Castoldi, 1998, pp. 217-247, 37-48.

⁴ Oltre a partecipare come relatrice a seminari e convegni, ha contribuito con numerosi lavori alla rivista *Notizie di Politeia*; mi limito qui a ricordare il suo primo e il suo più recente articolo: P. BORSELLINO, *Crisi definitiva per il giuspositivismo analitico italiano?*, in *Notizie di Politeia*, IV, 12, 1988, pp. 31-38; P. BORSELLINO, *Covid-19: Quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in tempo di emergenza sanitaria?*, in *Notizie di Politeia*, XXXVI, 138, 2020, pp. 5-25.

2. La nascita della bioetica laica in Italia e l'eredità di Uberto Scarpelli

Patrizia Borsellino ha ricordato in varie occasioni come il suo stesso interesse per lo studio della bioetica sia nato proprio dalle conversazioni avute con Scarpelli negli anni in cui – dalla metà degli anni '80 fino al 1993, anno della sua prematura scomparsa – egli andava definendo il suo modello di bioetica⁵.

A giudizio di Borsellino⁶, il contributo più importante dato da Scarpelli al dibattito bioetico italiano nel suo complesso e alla bioetica laica in particolare è consistito nell'aver teorizzato una *bioetica fondata su principi* in netta opposizione alla tendenza, assai diffusa in quegli anni, «ad affrontare le questioni bioetiche a livello di senso comune, appellandosi alla “plausibilità” caso per caso delle soluzioni»⁷. Secondo Scarpelli, il compito principale della “bioetica normativa” consiste invece nella formulazione di «principi regolativi onde ricavare norme, valori e fini per la condotta»⁸, nella convinzione che, pur apprezzando gli sforzi per giungere a soluzioni condivise nei casi concreti, solo il riferimento ai principi possa fornire una solida base alla giustificazione delle scelte e delle azioni riguardanti la vita e la salute degli individui e che solo se portato sul piano dei principi il confronto tra posizioni etiche differenti presenti nelle società contemporanee possa essere condotto in modo franco.

Dal punto di vista metaetico, la bioetica teorizzata da Scarpelli, ponendosi «in netta contrapposizione con la concezione della bioetica come riflessione orientata a tracciare invalicabili confini etici alle scelte e alle azioni, muovendo da assunti ontologici e assiologici indiscutibili e sottratti alla discussione, [...] si presenta come un ambito di giustificazione [...] in cui si mettono a punto argomentazioni volte a mostrare la preferibilità di scelte, decisioni, linee d'azione, portando in evidenza le ragioni giustificanti»⁹. Di “ragioni giustificanti” Scarpelli aveva parlato in un importante saggio del 1986 dedicato agli orizzonti della giustificazione¹⁰; con tale espressione egli si riferiva «alla relazione di conclusione pratica a premessa che sussiste tra determinate scelte e linee d'azione e determinate regole o principi etici di portata generale, radicati, in ultima istanza, in una scelta esistenziale»¹¹.

⁵P. BORSELLINO, *La bioetica laica di Uberto Scarpelli* (1998), in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano: Zadig, 1999, pp. 61-65, in part. p. 61; P. BORSELLINO, *Bioetica laica: il diritto come strumento di trasformazione*, manoscritto, 2021, p. 1.

⁶P. BORSELLINO, *La bioetica laica di Uberto Scarpelli*, cit., p. 62.

⁷U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, cit., p. 218.

⁸U. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, p. 217.

⁹BORSELLINO, *La bioetica laica di Uberto Scarpelli*, cit., p. 63.

¹⁰U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, Roma-Bari: Laterza, 1986, pp. 3-41.

¹¹P. BORSELLINO, *La bioetica laica di Uberto Scarpelli*, cit., p. 63; U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, cit., p. 38.

Muovendo, pertanto, da una concezione metaetica non cognitivista, ma ritenuta compatibile con una concezione dell'etica come *contesto di argomentazione razionale*, Scarpelli giungeva alla formulazione del *principio di tolleranza* – inteso come principio fondamentale della bioetica, sia nella specificazione morale sia in quella giuridica –, un principio «strettamente correlato – chiarisce Borsellino – al riconoscimento del *valore dell'autonomia*, vale a dire «al riconoscimento del diritto degli individui di modellare autonomamente il proprio piano di vita, senza imposizioni e coercizioni esterne», e, di conseguenza, «al riconoscimento del diritto degli individui di fare anche quanto da taluni o dai più sia considerato male, a condizione, ovviamente, che le azioni poste non siano di danno agli altri»¹².

Per Borsellino, a costituire «il presupposto imprescindibile» di un franco confronto, in una determinata società, tra posizioni normative diverse su questioni bioetiche, è la «chiara intuizione di Scarpelli che quello della tolleranza, forse meglio, del rispetto delle convinzioni profonde degli individui è un metapprincipio», vale a dire «un principio procedurale» che opera «a un livello della vita morale diverso da quello a cui operano gli altri principi, ammettendo il quale soltanto si pongono le condizioni e si danno le garanzie perché diversi sistemi di valori», che caratterizzano sia le etiche religiose sia le etiche laiche, «possano trovare esplicazione e orientare le scelte di coloro che in quelle scelte si riconoscono»¹³. Dalla accettazione del principio di tolleranza deriva anche, nella impostazione di Scarpelli – sottolinea Borsellino –, il duplice impegno «a tollerare il dissenso rispetto a qualunque valore» e, allo stesso tempo, «a non tollerare la violazione della regola che garantisce la possibilità del dissenso»¹⁴.

2.1. *La regolazione giuridica delle questioni bioetiche secondo Scarpelli*

Tornando a interrogarsi sull'apporto di Scarpelli alla riflessione bioetica italiana a dieci anni dalla sua scomparsa, Borsellino lo ha rinvenuto nella «lucida prospettazione della via da seguire per giungere alla regolazione giuridica delle questioni di rilevanza bioetica», da Scarpelli fatta contemporaneamente alla individuazione delle vie non percorribili in quanto caratterizzate dalla teorizzazione di una legislazione oggettivamente e assolutamente fondata¹⁵. L'auspicio di Borsellino è che, «in un momento come quello attuale, in cui, nel nostro paese, non appare ulteriormente differibile, per numerose delicate materie, una disciplina legislativa rispettosa della libertà degli individui e, al tempo stesso, funzio-

¹² P. BORSELLINO, *La bioetica laica di Uberto Scarpelli*, cit., p. 64.

¹³ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 65.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ P. BORSELLINO, *La via scarpelliana alla regolazione giuridica della bioetica ovvero l'alternativa alla biogiuridica*, in *Notizie di Politeia*, XX, 73, 2004, pp. 159-166, in part. pp. 160, 163.

nale alle esigenze della società»¹⁶, venga adottato il modello di regolazione giuridica delle questioni bioetiche delineato da Scarpelli.

La via scarpelliana alla regolazione giuridica delle questioni bioetiche richiede che le scelte legislative siano effettuate nella *prospettiva della responsabilità*, dalla quale sono rilevanti le prevedibili conseguenze dell'introduzione di una regola, piuttosto che nella *prospettiva delle convinzioni*¹⁷, da difendere a tutti i costi, ma al tempo stesso invita «a dare alle convinzioni, ai valori – e quindi al diritto di ogni individuo di determinare ciò che è bene per sé – il maggior spazio possibile consentito dalle circostanze e dall'assenza di un prevedibile danno ad altri»¹⁸. Nel modello proposto da Scarpelli dunque l'etica delle convinzioni e dei valori costituisce parte integrante dell'*etica della responsabilità*: in questo senso, il modello, quando individua nella massimizzazione del benessere dei soggetti coinvolti il criterio da soddisfare legiferando nelle materie bioetiche, «fa proprie le ragioni del consequenzialismo», e quando attribuisce un ruolo decisivo, nella determinazione del benessere, ai valori e alle preferenze dei soggetti in grado di esprimerle, si rifà a un «deontologismo capace di rinunciare alla tesi del carattere assoluto delle regole e dei principi che le supportano»¹⁹.

La via alla regolazione proposta richiede anche di rendere conformi gli interventi legislativi al *principio di tolleranza*, principio che secondo Scarpelli appartiene «alla morale, orientando il singolo al rispetto per le morali diverse [...] e [...] nello stesso tempo al diritto, ammettendo la compresenza e le varie manifestazioni [...], nella cornice protettiva delle norme e sanzioni giuridiche, di molteplici morali individuali»²⁰. Secondo Borsellino, merito di Scarpelli è stato mostrare «che quella della tolleranza [...] è la sola strada percorribile per garantire la realizzazione di qualunque sistema di valori, dei sistemi di valore in cui si sostanziano le etiche laiche, ma anche dei sistemi dei valori propri delle etiche religiose»²¹.

Solo grazie a un diritto che non incorpori una morale particolare, rinunciando a imporla per via coercitiva, si possono dunque porre le condizioni per la coesistenza, in società caratterizzate dal pluralismo etico, di visioni morali diverse. Un diritto così concepito «appresta tutte le garanzie perché l'autonomia de-

¹⁶ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 160; le questioni a cui si riferisce Borsellino sono l'eutanasia, le direttive anticipate sui trattamenti e la procreazione medicalmente assistita.

¹⁷ U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, cit., p. 245.

¹⁸ P. BORSELLINO, *La via scarpelliana alla regolazione giuridica della bioetica*, cit., pp. 163-164; P. BORSELLINO, *La bioetica: problemi, strumenti, percorsi*, in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., p. 42.

¹⁹ P. BORSELLINO, *La via scarpelliana alla regolazione giuridica della bioetica*, cit., p. 163; P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. XI, 42.

²⁰ U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, cit., p. 245.

²¹ P. BORSELLINO, *La via scarpelliana alla regolazione giuridica della bioetica*, cit., p. 164.

cisionale e d'azione degli individui possa avere il più alto grado d'esplicazione compatibile con l'impedimento del danno ad altri e con il rispetto dell'altrui autonomia e libertà»²². Ma l'idea di un diritto che non si confonda con una morale particolare – ricorda Borsellino – è a propria volta il risultato di una scelta morale, come chiarito da Scarpelli nella sua interpretazione “politica” del positivismo giuridico²³. Come è noto per Scarpelli «La separazione fra il diritto e la morale, fra il diritto e i valori alla luce dei quali si valuta il diritto, [...] ha radice in un atto morale, in un atto politico, in una valutazione»²⁴. Per comprendere questa affermazione occorre ricordare che la morale, di cui Scarpelli affermava la separazione dal diritto, non è la stessa morale di cui negava la separazione, né si collocava allo stesso livello. Mentre la prima comprende i diversi insiemi di valori, di principi e di regole morali sostanziali presenti nelle società contemporanee, caratterizzate dal pluralismo etico, la seconda include, al contrario, l'insieme di valori, di principi e di regole che è necessario prevedere per «difendere e garantire dalla sopraffazione ed oppressione di una scelta mistificata e dell'istituzione che ne è portatrice la ricchezza delle scelte diverse e la loro possibilità di cambiamento e adattamento, e realizzare insieme la loro convivenza in uno stesso contesto sociale». È a questo livello “procedurale” della morale che la distinzione tra diritto e morale viene meno, nel senso che il diritto – in una prospettiva liberale – trova la sua giustificazione rispetto al ruolo di tutela «della maggiore libertà possibile di scelta contro la scelta che esclude ogni altra scelta»²⁵.

2.2. Il dibattito sul Manifesto di bioetica laica e i principi della bioetica

Per verificare l'impatto positivo sulla qualità della riflessione bioetica italiana nel suo complesso esercitato dal modello di bioetica teorizzato da Scarpelli, Borsellino ha suggerito di guardare al dibattito seguito alla pubblicazione nel 1996 del *Manifesto di bioetica laica*²⁶; dibattito che ha avuto il merito di evidenziare come il confronto/scontro tra *bioetica laica* e *bioetica cattolica* nel nostro Paese con il tempo si sia opportunamente trasferito sul piano dei principi e degli

²² P. BORSELLINO, *La bioetica nella prospettiva dell'etica laica* (1997), in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., p. 30; il richiamo è qui, oltre ai lavori di Scarpelli, anche a quelli successivi di E. Lecaldano, A. Santosuosso e S. Rodotà.

²³ P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. XV, 30; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

²⁴ U. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, p. 133.

²⁵ U. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, p. 151.

²⁶ Il Manifesto venne pubblicato, a firma di C. Flamigni, A. Massarenti, M. Mori e A. Petroni, il 9 giugno del 1996 sul *Sole 24 Ore*; l'intero dibattito che ne è seguito è stato pubblicato, con gli Atti di un convegno organizzato a Milano da Politeia l'11 luglio, in E. D'ORAZIO, M. MORI (a cura di), *Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia? Dibattito sul Manifesto di bioetica laica*, in *Notizie di Politeia*, XII, 41-42, 1996.

argomenti, un risultato questo «al quale non si sarebbe pervenuti se non si fosse affermato [...] proprio il modello di bioetica di cui Scarpelli è stato lucido teorizzatore»²⁷.

Poiché l'intento degli autori del *Manifesto* era quello di individuare un insieme di principi idonei ad essere sottoscritti da cattolici e da laici, Borsellino, intervenendo nel dibattito, ha posto la questione se sia «possibile [...], oltre che auspicabile, che l'incontro tra la bioetica laica e la bioetica cattolica abbia luogo sul terreno [...] dei fondamentali principi che ispirano i laici»²⁸. Allo stato attuale l'incontro sembra «assai difficile, se non addirittura impossibile», in considerazione del fatto che nella bioetica cattolica – nonostante si registri una crescente attenzione nella pratica medica rivolta al principio di qualità della vita – «permane, costituendone elemento caratterizzante, il riconoscimento che vi è almeno un principio deontologico assoluto – la sacralità della vita – valido in sé, a prescindere dalle conseguenze a cui conduce». Pertanto, il mancato abbandono o ridimensionamento di tale principio «frappone un ostacolo all'accettazione da parte cattolica [...] del principio [di autonomia] che attribuisce a ogni singolo individuo il diritto di valutare ciò che, nelle diverse circostanze, costituisce il suo bene o il suo migliore interesse»²⁹. L'incontro sul piano dei principi, a giudizio di Borsellino, è invece “necessario” se i principi in questione sono di tipo procedurale, cioè se ci si riferisce a quei principi il cui scopo è «rendere attuabile, entro una determinata società, la coesistenza di individui e di gruppi che non condividono gli stessi impegni morali e non riconoscono i medesimi valori sostanziali». In questa prospettiva, è la formulazione del *principio di autonomia* e «la sua specificazione rappresentata dal principio di tolleranza, nel quale già Scarpelli aveva individuato il principio fondamentale della bioetica laica», a rappresentare «il più importante contributo dell'etica laica»³⁰.

Il *Manifesto*, prevedendo tra i principi fondamentali della bioetica laica quello del “rispetto delle convinzioni religiose degli individui”, ha contribuito – a giudizio di Borsellino – a riaffermare in modo meritorio il concetto dell'etica laica come «etica di “secondo grado”» in cui le etiche religiose e l'etica cattolica in particolare trovano «le condizioni e le garanzie dell'affermazione e del rispetto del complesso di valori» in cui si sostanziano³¹. Nella prospettiva della bioetica laica, può così concludere Borsellino, «l'etica cattolica è solo

²⁷ P. BORSELLINO, *La bioetica laica di Uberto Scarpelli*, cit., p. 64.

²⁸ P. BORSELLINO, *Alcune distinzioni relative ai principi della bioetica laica* (1996), in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. 55-60, in part. p. 56.

²⁹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 59.

³⁰ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 60.

³¹ P. BORSELLINO, *Ibidem*. Borsellino ricorda che del concetto di “etica di secondo grado”, a proposito dell'etica laica, aveva già parlato Pietro Rossi nel 1991 in un convegno di Politeia, oltre a ricorrere nell'opera di H.T. Engelhardt.

uno dei possibili sistemi di valori a cui l'etica laica riserva piena cittadinanza, e v'è da sperare che la bioetica cattolica, sottoscrivendo, come non può non fare, il principio del rispetto delle convinzioni religiose degli individui, si ponga sulla strada che porta a sottoscrivere anche il più generale principio che impone di rispettare il dissenso riguardo a qualunque valore, compresi i valori religiosi, e, al tempo stesso, impone di rispettare la regola che garantisce la possibilità del dissenso»³².

3. *L'etica laica come etica procedurale*

È in un saggio del 1992, *L'etica laica e le regole procedurali*³³, che Borsellino ha avanzato la tesi secondo cui «ciò che meglio serve a caratterizzare le etiche laiche e a individuarne la fondamentale differenza rispetto alle etiche religiose» è il fatto che solo nelle prime «trovano posto, accanto ad un insieme di valori e di regole sostanziali, un insieme di valori e di regole procedurali destinati a consentire il confronto e la coesistenza di valori sostanziali diversi»³⁴. È evidente qui il riferimento, secondo l'insegnamento di Scarpelli, ai principi procedurali di tolleranza e di autonomia.

Borsellino si richiama alla distinzione operata dall'etica laica entro l'etica normativa tra due livelli della vita morale: il *livello dei valori sostanziali*, cioè «l'insieme delle regole e dei valori sulla base dei quali si vive la propria vita morale soli o, più spesso, con altri esseri umani che condividono liberamente tali regole e valori», e il *livello delle regole procedurali*, cioè «l'insieme dei principi e delle regole che presiedono alla coesistenza, entro una società, di individui e di gruppi che non condividono gli stessi impegni morali, non riconoscono i medesimi valori sostanziali»³⁵. È solo operando questa distinzione che è possibile affrontare il vero problema a cui si trovano di fronte le società contemporanee caratterizzate dal dato di fatto del pluralismo dei sistemi etici: vale a dire, difendere il pluralismo etico e il valore positivo del conflitto – «inteso come contrapposizione, anche dura, fra punti di vista morali diversi» – evitando che questo degeneri in violenza e sopraffazione³⁶.

Intesa come *etica procedurale*, l'etica laica può essere definita anche come «un'etica di secondo grado, logicamente sopraordinata tanto rispetto alle di-

³² P. BORSELLINO, *Ibidem*.

³³ P. BORSELLINO, *L'etica laica e le regole procedurali* (1992), in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. 3-14.

³⁴ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 9.

³⁵ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 6-7; sul punto, cfr. H.T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, tr. it., Milano: il Saggiatore, 1991.

³⁶ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 6.

verse etiche religiose, quanto rispetto alle diverse etiche laiche sostanziali»³⁷. A questo riguardo, è interessante riportare l'annotazione di Borsellino sulla «rincorsa per appropriarsi dell'etichetta di "laico" anche da parte di pensatori cattolici» a cui si assiste nel dibattito bioetico italiano: «l'aggettivo "laico" può opportunamente designare anche il sostenitore di un'etica sostanziale cattolica, a condizione che questi riconosca in tale etica solo uno dei possibili sistemi di etica sostanziale che nei principi procedurali della tolleranza e dell'autonomia trova, al pari di altri diversi sistemi di etica sostanziale, le condizioni per la propria attuazione». Pertanto, «se tale condizione è soddisfatta, non v'è contraddizione alcuna nell'affermare che un cattolico può, al tempo stesso, essere un laico»³⁸. Tuttavia, osserva Borsellino, se dal piano dell'etica sostanziale si passa a quello dell'etica procedurale o di secondo grado, bisogna riconoscere che l'etica religiosa è destinata ad entrare con l'etica laica in un contrasto che sarebbe «illusorio, oltre che mistificante, dissimulare». Questo è evidente, soprattutto, «nei casi in cui l'etica religiosa tende ad imporre il proprio sistema di valori assoluti, bollando i comportamenti che non vi si conformano come meritevoli di condanna non solo morale, ma anche sociale e giuridica»³⁹. Per l'etica laica come etica procedurale l'accettazione del principio di tolleranza comporta quindi anche l'impegno a tollerare il *dissenso* rispetto a qualunque valore: essa infatti nel momento in cui «riconosce piena cittadinanza al sistema di valori propri dell'etica cattolica [...] non può non opporsi, in nome della pacifica convivenza in una società pluralistica, a ogni tentativo di impedire il dissenso rispetto a quel sistema, come a ogni altro sistema di valori»⁴⁰.

4. Questioni di metabioetica

Nel saggio *La bioetica: problemi, strumenti, percorsi*⁴¹ del 1999, Borsellino, nell'affrontare il tema della bioetica come *etica applicata* ad un particolare campo di indagine, ha precisato che con "etica" si deve fare riferimento, non all'insieme «di intuizioni, di credenze, di valori che gli individui e i gruppi di una determinata società sentono come vincolanti [...], conformandovi scelte e comportamenti», bensì alla «forma di riflessione» che parte dalla «necessità di affrontare e risolvere problemi per i quali l'etica [...] di senso comune, non sembra bastare». Scopo di tale riflessione è individuare – attraverso l'esame delle

³⁷ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 10.

³⁸ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 10, n. 5.

³⁹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 10-11.

⁴⁰ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁴¹ P. BORSELLINO, *La bioetica: problemi, strumenti, percorsi*, in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. 31-44.

«possibili soluzioni e linee d'azione, nonché delle ragioni che le sostengono» – le condotte individuali e collettive da considerarsi più appropriate dal punto di vista morale. La bioetica in quanto etica applicata è dunque «una disciplina o meglio una impresa di carattere filosofico»⁴².

4.1. *L'etica e la bioetica come autonomo contesto giustificativo*

Nel saggio appena richiamato, Borsellino, dopo aver distinto all'interno della filosofia tra concezione ontologico-metafisica o sintetica, da una parte, e concezione critico-metodologica o analitica, dall'altra parte, vede operare sullo sfondo della prima concezione «l'etica "tradizionale" ontologicamente fondata, orientata a riconoscere un unico punto di vista da assumersi come eticamente valido», e sullo sfondo della seconda «l'etica come autonomo contesto giustificativo, non bisognoso di far ricorso alla metafisica e alla ragione teoretica [...] per trovare il criterio (oggettivo) della liceità morale e giuridica delle scelte, delle decisioni e delle azioni»⁴³. Il riferimento all'insegnamento di Scarpelli è qui esplicito.

Parlare di etica e di bioetica come *autonomo contesto giustificativo* voleva dire per Scarpelli riferirsi a un ambito discorsivo in cui, senza «la protezione confortante, ma ingannevole, delle proposizioni speculative elaborate dalle metafisiche assiologiche», si tende a «far risaltare mediante ragioni che qualcosa nel campo del fare [...] è giusto in senso lato, cioè da accettare, da preferire, da scegliere, da perseguire [...] sulla base di ragioni». Le *ragioni giustificanti*, in questa visione, da un lato, si accertano con le relazioni istituibili tra le scelte, le decisioni, le valutazioni, le norme ecc. da giustificare e «un principio direttivo di portata più generale»⁴⁴, al quale possono essere ricondotte come conclusione a premessa; dall'altro lato, consistono nelle relazioni istituibili tra le scelte, le decisioni ecc. e le prevedibili conseguenze di fatto che esse possono provocare⁴⁵. Borsellino può così sostenere che, nella prospettiva dell'etica come autonomo contesto giustificativo, alla bioetica «compete [...] mostrare [...] che dietro il giudizio di eticità, o di non eticità, riferito ad una certa linea d'azione in un caso concreto, così come dietro all'opzione di una regola, morale o giuridica, [...] sta un complesso intreccio di argomenti di fatto [...] e di argomenti di principio [...]»⁴⁶. È proprio la circoscrizione delle ragioni giustificanti alle *ragioni di principio* e alle *ragioni di fatto* che consente di attribuire alla bioetica la connotazione di *ambito di argomentazione razionale*, cioè di

⁴² P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 34.

⁴³ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 39.

⁴⁴ U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, cit., pp. 37, 12-13, 38; P. BORSELLINO, *La bioetica: problemi, strumenti, percorsi*, cit., p. 40.

⁴⁵ P. BORSELLINO, *La bioetica: problemi, strumenti, percorsi*, cit., p. 40.

⁴⁶ *Ibidem*.

contesto in cui si danno discorsi suscettibili di controlli. Infatti, in questa prospettiva teorica qualunque interlocutore è in grado di accertare, nella strategia argomentativa adottata, la correttezza della correlazione istituita tra linee d'azione e loro presupposti di principio, così come di verificare l'effettivo realizzarsi delle conseguenze previste.

In un saggio del 1997, *La bioetica nella prospettiva dell'etica laica*⁴⁷, Borsellino era già intervenuta sul tema osservando come la «ricostruzione dell'etica come ambito di razionalità» abbia oramai soppiantato la concezione dell'etica come «ambito abbandonato alle emozioni e all'arbitrio soggettivo». La razionalità in etica, secondo la ricostruzione di Borsellino, a partire da autori come R. Hare, G. Preti e U. Scarpelli, consiste nella «capacità di discorsi etici suscettibili di controlli tendenti ad accertare la derivazione logicamente corretta di proposizioni etiche da altre proposizioni etiche, fino ad arrivare a principi etici primi, fungenti da premesse, a loro volta non dimostrabili, e oggetto di un ineliminabile atto di scelta»; per autori come Preti e E. Lecaldano, consiste anche nella «capacità di supportare la stessa scelta dei principi etici mediante considerazioni di carattere fattuale-conoscitivo (per esempio circa il prevedibile impatto dei principi e delle decisioni a essi conformi sul piano pratico), nelle quali si riconoscono le ragioni necessarie, se non le ragioni sufficienti, di convinzioni e valutazioni etiche», e, come per Hare, «mediante considerazioni di carattere formale circa la soddisfazione di requisiti (come l'universalizzabilità) nei quali si individuano veri e propri vincoli logici del ragionamento etico»⁴⁸.

Per chi segue questo orientamento di pensiero, sottolinea Borsellino, «il problema di mostrare la preferibilità di scelte, decisioni e linee d'azione, portando le ragioni che le giustificano» diventa il «problema centrale dell'etica in generale e della bioetica in particolare»⁴⁹.

4.2. *Il principio di autonomia come metaprincipio*

Strettamente connessa con la concezione dell'etica come contesto giustificativo è, nella riflessione di Borsellino, l'individuazione del *principio di autonomia* come criterio ultimo per la giustificazione etica di scelte, decisioni e azioni.

Nel saggio *La bioetica nella prospettiva dell'etica laica*, sopra richiamato, Borsellino ha osservato che, rispetto all'etica tradizionale, nella prospettiva dell'etica laica ciò che è mutato non è il riferimento ai fondamentali principi morali di beneficenza, di giustizia e di autonomia ma il ruolo ad essi assegnato e il modo di intendere i loro rapporti. Mentre nell'etica tradizionale sono fondamentali il principio di beneficenza (o di non maleficenza) e il principio di giustizia – «inte-

⁴⁷ P. BORSELLINO, *La bioetica nella prospettiva dell'etica laica*, cit., pp. 15-30.

⁴⁸ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 23-24.

⁴⁹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 24.

si come criteri capaci di indicare all'azione fini aventi il crisma dell'oggettività, per perseguire i quali si può, talora, sacrificare l'autonomia»-, nell'etica laica e nella bioetica nella prospettiva dell'etica laica, «il principio di autonomia – fondato sul presupposto che tutti gli esseri umani adulti e consapevoli abbiano uguale dignità e capacità di determinarsi [...], con l'unico limite del rispetto dell'altrui libertà – assume i connotati di quello che può essere definito un metaprincipio». Si tratta cioè di un criterio per la soluzione eticamente giustificata dei problemi bioetici operante a livello “procedurale”, un livello della vita morale ulteriore rispetto a quello “sostanziale” a cui operano i principi di beneficenza e di giustizia. Secondo Borsellino, si accede inevitabilmente al livello procedurale quando «il ricorso ai principi di beneficenza e di giustizia diviene problematico»; in particolare, il principio di autonomia «entra in azione proprio quando si è in presenza di valutazioni etiche diverse, tra le quali bisogna operare una scelta». È in tali circostanze, infatti, che il principio di autonomia acquisisce “preminenza” diventando il criterio di riferimento per la soluzione eticamente giustificata dei problemi bioetici⁵⁰.

In conclusione, secondo Borsellino, la sfida lanciata all'etica tradizionale dalla bioetica nella prospettiva dell'etica laica, con la sua insistenza sul principio di autonomia e sul diritto dell'individuo di valutare ciò che, nelle diverse circostanze, costituisce il suo bene, consiste principalmente nell'«escludere che [in morale] vi siano principi e doveri assoluti [...], e ammettere, per contro, che tutti i principi e i doveri siano solo *prima facie*, cioè suscettibili di eccezioni»⁵¹. In tale visione, negare l'esistenza di principi e valori assoluti, validi a prescindere dalle conseguenze a cui conducono, comporta ritenere che «siano solo gli argomenti di carattere empirico e razionale a decidere lo scontro tra posizioni etiche confliggenti»⁵².

4.3. *Il posto della ragione e dei sentimenti nelle scelte bioetiche: una critica a E. Lecaldano*

È la pubblicazione nel 1999 del volume di Eugenio Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*⁵³, a fornire a Borsellino l'occasione per un approfondimento critico di alcune tesi di metabioetica in esso avanzate⁵⁴. In primo luogo, la “fondamentale questione” del tipo di ragionamento pratico appropriato per la bioetica e, in secondo luogo, la questione se il principio di autonomia possa assurgere a crite-

⁵⁰ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁵¹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 27-28.

⁵² P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 23.

⁵³ E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari: Laterza, 1999.

⁵⁴ P. BORSELLINO, *Questioni di metabioetica*, in *Notizie di Politeia*, XVI, 57, 2000, pp. 137-142.

rio di riferimento nella ricerca di soluzioni eticamente giustificate per i problemi bioetici⁵⁵.

Nel libro essendo ricorrente la critica del “modello ingegneristico” in base al quale la soluzione di casi bioetici controversi può essere ottenuta deduttivamente a partire da pochi principi o, addirittura, da un unico principio, Borsellino, pur condividendo la tesi di Lecaldano che tale modello «risulta del tutto inappropriato per affrontare le questioni bioetiche», si chiede se «esso meriti davvero di essere considerato il modello da contrastare» da chi – come Lecaldano – considera la bioetica come un ambito di decisioni e di scelte giustificate sulla base di principi⁵⁶.

A giudizio di Borsellino, «in deciso contrasto con una concezione che [...] tiene ferma l'idea che all'etica, e alla bioetica, spetti elaborare argomenti [di principio e argomenti di fatto]», è «non tanto la concezione ingegneristica, quanto piuttosto la concezione dell'etica sottesa [...] ad approcci, dalla “nuova casistica”, all’“etica della virtù”, all’“etica narrativa”, che, dietro l'attenzione ai singoli casi concreti [...] lasciano tutti sovente intravedere [...] la pretesa che, ove si adottino procedimenti capaci di cogliere i significati profondi dell'esistenza umana, sia possibile [...] determinare in maniera oggettiva quali siano, nelle diverse circostanze, le linee d'azione eticamente doverose perché conformi alla vita buona e virtuosa»⁵⁷.

Poiché i “procedimenti” a cui si richiamano tali approcci sono di tipo ermeneutico, sono giudicati da Borsellino «inaccoglibili, nella prospettiva in cui il rifiuto di pretese verità etiche, attingibili per vie diverse dall'indagine empirica e dall'analisi razionale, fa tutt'uno con la convinzione [...] che solo realizzando discorsi di cui siano chiari i punti di partenza, i passaggi e i punti di arrivo si possa pervenire», per le questioni bioetiche, «se non a soluzioni definitive, senz'altro a soluzioni da considerare sempre più valide, perché sempre più supportate e garantite dalle informazioni disponibili, così come dalle analisi razionali realizzabili»⁵⁸.

Da tali considerazioni è possibile trarre elementi utili anche per chiarire il ruolo svolto dai *sentimenti* nelle scelte bioetiche, cioè «da quelle componenti emotive in cui Lecaldano riconosce un elemento essenziale della vita morale», seguendo l'insegnamento di Hume. Secondo Borsellino, la bioetica può essere caratterizzata anche come «un luogo per l'elaborazione e per l'eventuale trasformazione di quei sentimenti, di quelle emozioni che rappresentano la modalità primaria, istintiva con cui qualunque individuo si rapporta alle vicende esistenziali fondamentali»; da questo punto di vista, i sentimenti «rappresentano senz'altro l'imprescindibile punto di partenza nel percorso che deve condurre a

⁵⁵ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 138.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 139.

⁵⁸ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 138.

scelte eticamente giustificate», ma possono svolgere il loro ruolo «solo se si rivelano, al termine dell'analisi razionale, sentimenti sostenibili, in quanto non contrastanti con i principi che giustificano condotte eticamente approvabili»⁵⁹.

Il principio per le scelte bioetiche richiamato espressamente da Lecaldano nel suo libro è quello della «disponibilità della vita umana alla luce di decisioni autonome moralmente responsabili»; il *principio di autonomia*, dunque, ma qualificato in termini di *responsabilità*, inserito entro un più ampio *criterio consequenzialista* e pertanto ridimensionato nella sua pretesa di costituire il principio fondante della bioetica. Borsellino, pur condividendo l'opinione secondo cui al sostenitore del principio di autonomia spetti «l'onere di impegnarsi in un'attenta riflessione sulle condizioni, le difficoltà e i limiti di applicazione del principio stesso», giudica «riduttivo caratterizzarlo solo come un prerequisito strumentale della realizzazione del bene e del giusto», come fa Lecaldano. Si chiede infatti Borsellino: «non si rischia, così facendo, di non porre nel dovuto rilievo che, in un'ampia gamma di questioni [...], ci si trova di fronte a discordanti valutazioni proprio intorno a ciò che in una determinata circostanza costituisce il bene e il giusto, e che il principio di autonomia assume l'importante ruolo di [...] meta-criterio, destinato ad entrare in azione quando la presenza di quelle discordanti valutazioni etiche rende problematico il ricorso ai principi di beneficenza e di giustizia, intesi come criteri capaci di indicare all'azione fini aventi il crisma dell'oggettività?»⁶⁰.

5. Modelli di regolazione legislativa delle questioni bioetiche a confronto

È nel saggio *Modelli di regolazione giuridica delle questioni bioetiche* pubblicato del 1999⁶¹, che Borsellino affronta il problema dei rapporti tra bioetica e diritto sostenendo la tesi secondo cui il diritto desiderabile in relazione alle questioni bioetiche, entro società in cui coesistono differenti visioni del bene, sia quello «capace di garantire agli individui (adulti e consapevoli) il più alto grado di esplicazione della loro autonomia decisionale e di azione compatibile con l'impedimento del danno ad altri e con il rispetto dell'altrui autonomia»⁶². Borsellino giunge a formulare questa tesi grazie al confronto tra due «differenti modelli di regolazione giuridica, meglio legislativa, delle questioni bioetiche»⁶³, oggi in campo.

⁵⁹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 140.

⁶⁰ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 141.

⁶¹ P. BORSELLINO, *Modelli di regolazione giuridica delle questioni bioetiche*, in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. 197-211.

⁶² P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 210.

⁶³ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 205.

Chi adotta il primo modello ritiene che il diritto, «sul presupposto dell'esistenza (e della conoscibilità) di valori e di principi morali assolutamente giusti, [...] debba venire a fare tutt'uno con la morale, ponendo al servizio di questa il suo apparato di strumenti coercitivi»⁶⁴. In ambito bioetico – osserva Borsellino – tale impostazione porta sovente alla produzione di leggi «che esprimono modelli normativi assai rigidi e dal carattere fortemente eteronomico riguardo ai soggetti coinvolti, e che paiono poco idonei ad assolvere la funzione di comporre i conflitti a causa della delegittimazione di posizioni etiche, pur significativamente rappresentate nella società, che a essi inevitabilmente si accompagna»⁶⁵. Pertanto, una legislazione in materia bioetica destinata a esercitare una funzione di educazione morale attraverso l'imposizione di «modelli conformi a una visione morale particolare, quand'anche si tratti della visione prevalente», non può costituire la strada migliore da seguire soprattutto se si tiene conto del fatto che «alla base di una legislazione così intesa, v'è la fiducia in un'unica morale degna di prevalere e di essere affermata a qualunque costo, e v'è anche la convinzione che il pluralismo etico [...] sia, dopo tutto, il prodotto di un disorientamento etico transitorio e rimediabile proprio per mezzo del diritto»⁶⁶. È in base a tali considerazioni che Borsellino può sostenere che una legislazione che, «pur in presenza di un diffuso pluralismo etico, sancisca la superiorità di un sistema particolare di valori morali, [...] rischia di trasformarsi in “veicolo di autoritarismo”, in strumento per l'imposizione di certezze morali che la società non ha»⁶⁷.

Di qui la proposta di un secondo, differente modello di regolazione legislativa delle questioni bioetiche per caratterizzare la quale Borsellino fa ricorso all'aggettivo “aperta”, vale a dire una legislazione che, «non privilegiando un unico punto di vista morale [...], per un verso, consente la continuazione del confronto tra posizioni etiche non facilmente conciliabili; per altro verso, pone le condizioni perché scelte e azioni conformi alle convinzioni morali degli individui possano avere il più elevato livello possibile di realizzazione». A tale modello di regolazione è sottesa l'idea del diritto come “regola di compatibilità” tra valori differenti, in quanto contrapposta all'idea del diritto come “regola di preponderanza” di un solo valore o sistema di valori, espressa già alla fine degli anni '80 del secolo scorso da Stefano Rodotà⁶⁸.

⁶⁴ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 206.

⁶⁵ P. BORSELLINO, *Ibidem*; il riferimento qui è alle tesi di S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DE MEO, C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Roma-Bari: Laterza, 1989, pp. 41-68.

⁶⁶ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 207.

⁶⁷ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 208; il riferimento è ancora una volta a S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, cit., p. 45.

⁶⁸ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 209; S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, cit., p. 45.

L'adozione di un simile modello consentirebbe di perseguire alcuni obiettivi fondamentale, tra cui: 1) «stabilire le condizioni affinché i soggetti che lo desiderano possano avvantaggiarsi al meglio delle nuove frontiere della ricerca e della pratica biomediche»; 2) «stabilire dei limiti, ispirandosi, però nel farlo, al principio che individua nella necessità di impedire danni ad altri l'unica valida ragione per restringere, o addirittura per sopprimere l'autonomia [...] degli individui»⁶⁹.

Ma quali ragioni possono essere addotte a sostegno della scelta dell'uno piuttosto che dell'altro modello? A giudizio di Borsellino, il terreno cruciale per la giustificazione dell'adozione di uno dei due modelli è quello «delle convinzioni profonde, dei valori ultimi, della visione del mondo propria di ciascun individuo». Pertanto, dietro il diverso modo di rappresentare il ruolo del diritto nelle questioni bioetiche si scorge l'alternativa tra due diversi «orizzonti della morale». Dietro l'adozione del primo modello si scorge «la morale come orizzonte di principi e valori assoluti, precostituiti agli uomini, che gli uomini devono solo riconoscere, come orizzonte di fini e di valori rispetto ai quali non sembra esservi spazio per il dissenso o per atteggiamenti diversi dall'accettazione»; diversamente, dietro l'adozione del secondo modello si coglie «la morale come orizzonte in cui individui portatori di valori, di fini, di principi spesso divergenti giungono, pacificamente, all'individuazione delle linee d'azione da adottare nelle diverse circostanze, grazie al riconoscimento che, con l'unico limite del danno ad altri, ogni individuo (adulto e consapevole) ha diritto di vivere secondo le proprie convinzioni e i propri principi»⁷⁰.

Borsellino è tornata successivamente sul problema dei rapporti tra morale e diritto commentando il volume di Lecaldano sopra ricordato. In quel volume, l'autore – accolta la distinzione tra il diritto e la morale – ha espresso una posizione di cautela, «se non addirittura di diffidenza», verso il diritto, considerato come strumento «necessariamente» destinato a limitare in maniera rilevante la libertà e l'autonomia degli individui, in relazione a questioni come quelle bioetiche «così profondamente segnate dai valori e dalle convinzioni morali, quali quelle del nascere, del morire, del curarsi». Di qui la proposta di Lecaldano che le questioni bioetiche vadano principalmente lasciate alla «libertà morale degli individui e restino affidate alla loro autonomia»⁷¹.

A giudizio di Borsellino, per giungere ad una valutazione più positiva del ruolo del diritto in campo bioetico occorre pensare ad un diritto «nel cui apparato di norme e di sanzioni, civili, amministrative, e solo quando è indispensabile anche penali, le scelte morali degli individui non trovino un ostacolo, ma la migliore garanzia del loro rispetto e della loro attuazione»⁷².

⁶⁹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 209-210.

⁷⁰ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 211.

⁷¹ P. BORSELLINO, *Questioni di metabioetica*, cit., p. 141.

⁷² P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 142.

6. Le ragioni della laicità procedurale

La pubblicazione nel 2005 del volume di Giovanni Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*⁷³, che ha suscitato un ampio dibattito nella cultura filosofica italiana, ha fornito a Borsellino l'occasione per tornare ad interrogarsi sulle condizioni in presenza delle quali è possibile parlare in modo appropriato – in un'epoca di “laicità contesa” – di bioetica laica⁷⁴.

Nel suo commento al volume, pur affermando di condividerne le tesi di fondo circa la validità e attualità della distinzione tra bioetica cattolica e bioetica laica e la definizione dell'identità laica, Borsellino si propone di addurre argomenti a sostegno di una diversa valutazione della «rilevanza da attribuire oggi alla laicità in senso procedurale» e alla connessa tesi della bioetica laica come etica di secondo grado⁷⁵, di cui si era fatta sostenitrice in lavori precedenti.

Come è noto, Fornero, una volta distinto, nella nozione di “laicità”, tra un significato “debole” – come atteggiamento critico e metodo per la coesistenza di tutte le filosofie e ideologie – e un significato “forte” – connesso all'adozione di un paradigma filosofico di tipo antimetafisico –, ritiene che si possa parlare propriamente di “cultura laica” e di “bioetica laica” solo se, pur presupponendo l'accezione “debole”, si sottoscrive anche l'accezione “forte” di laicità. Pertanto, l'accezione “forte” non può essere confusa né ridotta alla accezione “debole”. Al contrario – secondo il riassunto del pensiero di Fornero fatto da Borsellino –, «privilegiando il significato procedurale [...] e, di conseguenza, sottoscrivendo la tesi dell'etica (e della bioetica) laica come etica di secondo grado, [...] si rischierebbe di avallare la tesi che, oggi giorno, tutti, o perlomeno tutti coloro che pensano, sono laici!»⁷⁶.

Ciò che si deve contestare nella ricostruzione concettuale effettuata da Fornero è la «valutazione della concezione procedurale dell'eticità come concezione che, in forza di una sorta di neutralismo, allarga le maglie della laicità in modo tale da farvi rientrare tutti». Contro di essa Borsellino adduce l'argomento che, se la laicità “forte” presuppone, come Fornero ammette, la laicità “debole”, quest'ultima tuttavia «non è compatibile con il paradigma filosofico di tipo metafisico e con la concezione dell'etica come compatto insieme di verità. Né, a buon diritto, può dirsi laico, chi sottoscrive questa concezione». Infatti, «la rigidità dei principii assoluti affermati nell'etica cattolica ontologicamente fondata si scontra con l'esigenza, centrale nell'etica laica, intesa (anche e soprattutto, se pur non solo) come etica procedurale, di garantire la libertà di coloro che in-

⁷³ G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano: Bruno Mondadori, 2005.

⁷⁴ P. BORSELLINO, *Esiste davvero la bioetica laica, ed esiste ancora la bioetica cattolica?*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, XV, 1, 2007, pp. 32-42, in particolare p. 38.

⁷⁵ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 32.

⁷⁶ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 40.

formano la propria esistenza a una morale fondata su diversi principi». L'etica laica, riconoscendo piena cittadinanza ai valori propri dell'etica cattolica, pone «le premesse perché sia rispettata [...] la scelta di colui che, ritenendo la vita indisponibile anche per chi la vive, accetta fino in fondo la propria sofferenza. Non può, però, in alcun modo, conciliarsi con il tentativo di impedire il dissenso rispetto a quel sistema, come ad ogni altro sistema di valori»⁷⁷.

Esplicitati i presupposti metaetici dell'etica laica, Borsellino può ribadire che sostenere oggi la rilevanza dell'accezione procedurale della laicità, riconoscendovi «la condizione necessaria e sufficiente di una bioetica che si possa qualificare come laica», sia sul piano culturale sia sul piano istituzionale, può essere decisivo per «prendere le distanze dall'erronea convinzione che fare proprio l'impegno per la laicità significhi, [...] soprattutto quando si è alle prese con la disciplina giuridica [...] di questioni bioetiche, andare a tutti i costi alla ricerca dell'accordo su valori sostanziali, piuttosto che puntare all'affermazione del valore, appunto procedurale, del rispetto, al più alto grado possibile, delle convinzioni morali degli individui e dei valori sostanziali che li ispirano»⁷⁸.

6.1. *Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa*

In un saggio del 2009, *Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa*⁷⁹, Borsellino ha indicato tra le ragioni per tornare ad interrogarsi sulla definizione di laicità, oltre a quella di rispondere ad una "esigenza teorica" – contribuire a «disegnare i contorni di una nozione che non ha cessato di essere controversa» –, quella di rispondere anche ad una "esigenza etico-politica" consistente nell'«individuare le direzioni di scelte di politica della cultura e di politica del diritto da compiere, [...] in vista [...] dell'obiettivo di salvaguardare tutte le identità, ma, in particolare l'identità e, quindi, le convinzioni etiche e le scelte di vita di coloro, credenti e non credenti, non si riconoscono nel sistema di valori accreditati come assoluti, indiscutibili e non negoziabili dall'etica cattolica ufficiale»⁸⁰.

Ciò che porta Borsellino a ritenere «prioritario e imprescindibile nell'attuale momento storico» tale obiettivo è il particolare contesto italiano in cui «è sempre imminente il pericolo che l'autonomia della politica venga meno, in presenza di ripetute offensive delle gerarchie ecclesiastiche e di un associazionismo cattolico che rivendica una legittimazione pressoché esclusiva nelle materie eticamente sensibili»⁸¹.

⁷⁷ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 40-41.

⁷⁸ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 41-42.

⁷⁹ P. BORSELLINO, *La laicità 'procedurale' non fraintesa*, in E. D'ORAZIO (a cura di), *La laicità vista dai laici*, Milano: EGEA, 2009, pp. 75-82.

⁸⁰ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 75-76.

⁸¹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 75.

Secondo Borsellino, il «problema della delimitazione della laicità in connessione con la tutela delle diverse identità presenti nell'attuale società a impronta eticamente pluralistica» può essere adeguatamente affrontato solo attraverso un'analisi concettuale che miri, non ad una definizione lessicale di "laicità", ma ad una sua "ri-definizione", con la quale proporre «una regola d'uso, compiendo, circa i significati da associare al termine, scelte giustificabili e giustificate sul piano etico-pragmatico, con riguardo ai valori presupposti e alle conseguenze implicate»⁸². In tale prospettiva ridefinitoria, la nozione a cui oggi è opportuno richiamarsi è quella della «laicità come metodo volto a consentire la convivenza, in una società democratica, di differenti ideologie e concezioni del mondo, grazie alla sottoscrizione del principio che impone il rispetto delle convinzioni morali e religiose degli individui e, al tempo stesso, impone il rispetto del dissenso riguardo ad un determinato sistema di valori e di convinzioni, quand'anche si trattasse del sistema di valori e di convinzioni proprio della maggioranza degli appartenenti ad una società o comunità nazionale, in un certo momento storico». Una idea di laicità basata su un tale principio, da un lato, «garantisce che nessuno sia pregiudizialmente escluso dal confronto e dal dibattito pubblico», dall'altro lato, esige che, «nel momento in cui si pone la regola di diritto destinata a valere per tutti, non si possa assumere una sola prospettiva etico-valoriale a fondamento delle decisioni»⁸³.

Adottata la distinzione proposta da Fornero tra laicità "debole" e laicità "forte" e «una volta chiarita la valenza descrittiva dei due termini», secondo Borsellino, si incorrerebbe però «in un grave equivoco» se si ritenesse che la laicità come metodo sia da considerare "debole" anche nel senso valutativo del termine, «essendo segnata da una sorta di neutralismo etico, in forza del quale possa essere rivendicata da e riferita a tutti». La laicità come metodo, infatti, «si fonda su un principio "forte" qual è quello che, con il limite del danno che possa derivare ad altri, impone il rispetto delle diverse convinzioni morali e religiose alle quali gli individui abbiano liberamente scelto di improntare la propria vita». La "forza" del principio può essere misurata attraverso la sua «idoneità a produrre effetti dirompenti e a innescare una controtendenza in un contesto, come il nostro, in cui è ben lungi dall'essere sradicata la suggestione dell'unica morale destinata sempre a imporsi e a essere imposta»⁸⁴.

Una volta accolta la laicità nella sua accezione metodologico-procedurale è possibile tracciare in modo netto il confine tra laici e non laici: «la linea di confine – precisa Borsellino – non lascia però, di certo, dalla parte dei laici tutti i non credenti, e dalla parte dei non laici tutti i credenti». Può essere infatti considerato laico anche chi crede nella trascendenza; tuttavia, laico è solo quel cre-

⁸² P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 76.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 77.

dente che, sostenitore di un'etica religiosa, «sia disposto a riconoscervi un sistema di valori, ma non l'unico sistema di valori meritevole di rispetto», che trova «le garanzie della propria attuazione proprio nel principio “procedurale” del rispetto dei diversi sistemi di valori»⁸⁵.

Dunque, la laicità come metodo, sul piano metaetico, è incompatibile con l'etica metafisicamente e ontologicamente fondata che «investe il sistema di valori, ai quali ritiene di dare solido fondamento conoscitivo, della valenza di Verità etiche incontestabili», e, come opzione culturale, ha il proprio antagonista «nell'atteggiamento di chi non ammette che vi possano essere alternative o deviazioni rispetto [...] al sistema dei valori ai quali dà la propria rigida adesione ideologica e, non ammettendolo, ne propugna l'imposizione a tutti [...] non disdegnando il ricorso agli strumenti coercitivi del diritto [...], o, [...] addirittura il ricorso al potere arrogantemente esercitato ai limiti o al di fuori del diritto stesso»⁸⁶, come si è potuto osservare – ricorda Borsellino – nel caso Englaro.

In conclusione, per Borsellino è opportuno continuare a qualificare come “procedurale” la nozione di laicità e in questo modo affermare il valore “irrinunciabile” della libertà. È opportuno qualificare come “procedurale” la nozione di laicità in quanto in essa svolge «il ruolo di fondamentale criterio di riferimento [...] il principio del rispetto delle convinzioni morali e religiose degli individui, che si può qualificare come “procedurale” per sottolinearne la valenza di meta-valore rispetto ai diversi sistemi di valore etici sostanziali ai quali la sua sottoscrizione offre le condizioni e le garanzie per poter coesistere». Criterio procedurale, dunque, ma non neutrale in quanto ad esso deve essere attribuita una «rilevante valenza etica sostanziale, essendovi sotteso il riconoscimento di un valore, la libertà individuale, che le devastanti conseguenze prodotte dal suo sacrificio dovrebbe far apparire a chiunque irrinunciabile»⁸⁷.

7. Bioetica tra “moralì” e diritto (2009)

La riflessione di Borsellino sviluppatasi, a partire dai primi anni '90, relativamente ad alcune questioni fondamentali quali la definizione teorica della bioetica laica e l'analisi del problema della regolazione giuridica delle questioni bioetiche, considerate nella cornice dello Stato laico, ha trovato una coerente organizzazione e una efficace sintesi nel volume *Bioetica tra “moralì” e diritto* pubblicato nel 2009 e, in una nuova edizione aggiornata, nel 2018.

Nei primi due capitoli del libro, dedicati, in entrambe le edizioni, a “La bioetica: problemi, sviluppi, prospettive” e a “Bioetica e diritto”, sono esplicitate le

⁸⁵ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 78.

⁸⁶ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 79.

⁸⁷ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 81.

ragioni teoriche, etiche e culturali a sostegno della prospettiva bioetica difesa nel volume; in essi sono enunciate le principali tesi di fondo che concorrono a definire il quadro metaetico e metagiuridico entro il quale le diverse, specifiche questioni bioetiche sono affrontate nel libro.

Nella “Premessa” alla edizione del 2009 la bioetica è presentata come «lo specifico ambito di riflessione nel quale affrontare le molte e delicate questioni sollevate dalla pratica clinica e dalla ricerca in campo biogenetico in società marcatamente connotate dal pluralismo dei valori e delle culture di coloro che ne fanno parte»⁸⁸. Scopo del volume è pertanto «offrire al lettore un percorso di analisi su alcune delle più importanti questioni tuttora al centro del dibattito», realizzato dal punto di vista di una bioetica “immune” da alcune pericolose “tentazioni” la cui presenza «rischia di vanificarne il positivo impatto sulla crescita morale, culturale e civile della società». Il riferimento è, in primo luogo, alla tentazione della “banalizzazione” in cui può cadere una bioetica che nell’analisi delle questioni non riesca «a staccarsi dalla morale tradizionale [...] e dalle intuizioni di senso comune che la caratterizzano»; in secondo luogo, alla tentazione del “sospetto nei confronti della scienza e delle sue applicazioni”, che può essere incoraggiato da una bioetica che «si attribuisce il primario compito di tracciare confini che il progresso scientifico non potrebbe e non dovrebbe oltrepassare»; infine, la tentazione del “ridimensionamento del pluralismo etico”, che se pur accettato come dato di fatto nelle società dei Paesi occidentali, da alcuni studiosi «viene poi interpretato come prodotto di un disorientamento transitorio e rimediabile proprio da una bioetica nella quale, sulla dichiarata apertura al dialogo», prevale «l’intransigente affermazione di valori considerati assoluti e “non negoziabili” e, in quanto tali, sottratti al vaglio critico e al confronto»⁸⁹.

Oltre a resistere a tali tentazioni, la bioetica, nella cui prospettiva è realizzato il percorso d’analisi offerto dal volume, è anche «consapevole [...] della necessità di fare oggetto di attenzione critica tutti gli ambiti normativi nei quali vanno oggi ricercati i criteri delle scelte e delle prassi in ambito biomedico»: in primo luogo le “moralì”, cioè le *etiche sostanziali*, fatte proprie da individui e da gruppi e le *metaetiche* ad esse sottese; in secondo luogo le deontologie delle professioni sanitarie e, soprattutto, il diritto⁹⁰. Ampio spazio nel volume è riservato, pertanto, «alla considerazione delle questioni bioetiche da un’angolatura giuridica», allo scopo «di portare in evidenza i sottintesi e le implicazioni di diversi modelli di regolazione che già hanno improntato o potrebbero improntare il “biodiritto”». Nel volume trova così espressione una chiara presa di posizione a favore della strada ritenuta preferibile per la regolazione giuridica delle questioni bioetiche in una società caratterizzata dal pluralismo etico,

⁸⁸ P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano: Cortina Editore, 2009, p. IX.

⁸⁹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. X.

⁹⁰ *Ibidem*.

vale a dire la strada rappresentata da «un diritto che crea le condizioni e appronta le garanzie per l'esplicazione dell'autonomia individuale e delle diverse morali che, attraverso l'esercizio dell'autonomia, trovano espressione, senza mai perdere di vista, in una prospettiva di responsabilità, le conseguenze collegate alle soluzioni normative adottate». Un diritto, quindi, che per conciliare la libertà individuale con le imprescindibili esigenze sociali, pone limiti, ma che, nel farlo, «si ispira al principio che individua nella necessità di impedire danni, concretamente ipotizzabili, ad altri, l'unica valida ragione per restringere o, addirittura, per sopprimere l'autonomia [...] degli individui nelle sfere che direttamente li riguardano»⁹¹.

Borsellino è ben consapevole che la strada indicata «non è facile da percorrere, soprattutto nel nostro Paese, [...] dove tutt'altro che superata appare l'aspirazione (condivisa anche da non pochi esponenti dei diversi schieramenti politici) a un diritto che recepisca e imponga un unico punto di vista morale, quello di cui ci si fa sostenitori, contrabbandato per la "Morale" *tout court*»⁹².

Di qui la stretta relazione esistente tra la strada indicata e «l'opzione culturale ed etica, ancor prima che politica, per una società e per uno Stato laicamente configurati». La concezione della laicità a cui Borsellino si richiama è quella nella accezione metodologico-procedurale già proposta da Abbagnano, Bobbio e Scarpelli, vale a dire la laicità «intesa come punto più alto dell'autonomia reciproca, garantita agli individui e ai gruppi dall'adesione al principio del rispetto delle convinzioni morali e religiose degli individui»; un principio che comporta «tanto l'impegno a rispettare il dissenso riguardo a qualunque valore [...], quanto il rifiuto di far ricorso proprio agli strumenti coercitivi del diritto [...] per imporre, a chi non lo condivide, un determinato sistema di valori»⁹³.

7.1. *Quale diritto per la bioetica laica? Repliche ai critici*

La pubblicazione del volume sopra ricordato ha avuto ampia risonanza suscitando un intenso dibattito tra alcuni dei più autorevoli studiosi di bioetica italiani appartenenti a orientamenti culturali e settori disciplinari diversi⁹⁴.

Alle osservazioni dei critici Borsellino ha risposto puntualmente fornendo chiarimenti rispetto ad alcune "questioni di fondo" concernenti le sue posizioni riguardo a temi quali la concezione dell'etica e della bioetica, le tesi sostenute circa il rapporto tra bioetica e laicità, il significato attribuito – sul piano morale e sul piano giuridico – al principio di autonomia, al compito assegnato – in ma-

⁹¹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. XI.

⁹² P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. XI-XII.

⁹³ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. XII.

⁹⁴ AA.VV., *Diritto, Bioetica, Laicità*, in *Notizie di Politeia*, XXVI, 97, 2010, pp. 100-144.

teria bioetica – al diritto⁹⁵. Qui di seguito ci soffermiamo sulle risposte ai filosofi Giovanni Fornero, Massimo Reichlin e Eugenio Lecaldano e al giurista Domenico Pulitanò.

Fornero⁹⁶ si è dichiarato in “netto” disaccordo con la tesi sostenuta nel volume che la concezione “procedurale” della laicità sia l’accezione di laicità su cui è “sufficiente” puntare per una definizione della bioetica in prospettiva laica. Tale accezione, per quanto basata su un principio di cui Fornero ammette la forza, rimane, a suo giudizio, pur sempre una accezione “debole” o, quantomeno, “larga”. Per Borsellino, invece, tale accezione «non è affatto una concezione indistintamente inclusiva. Al contrario, si tratta di una concezione molto esigente, che traccia in maniera assai netta il confine tra laici e non laici». Secondo Borsellino, affinché a «colui che [...] crede in Dio e si riconosce in un’etica sostanziale ad impronta religiosa» possa essere attribuita la qualifica di laico, «non basta che riconosca, nel senso (descrittivo) di prendere atto, che ci sono altre posizioni in campo», egli «deve essere disposto a considerare quelle diverse posizioni meritevoli di rispetto e, quindi, ad accettare che, a chi si richiama ad un’etica sostanziale diversa dalla sua sia data la possibilità di vivere secondo i suoi valori»⁹⁷.

Per fare maggiore chiarezza su questo punto, a giudizio di Borsellino, è necessario introdurre la distinzione tra dimensione privata e impegni sul piano pubblico, piano «nel quale sono in gioco le scelte politiche e le soluzioni giuridiche». Un bioeticista laico – chiarisce Borsellino – può essere personalmente contrario all’aborto ma nel momento in cui «avanzi la pretesa che la sua personale scelta e, quindi, la posizione etica sostanziale alla quale aderisce, sia, tramite il diritto, elevata a criterio di comportamento destinato a valere per tutti», egli si colloca «al di fuori della laicità»⁹⁸. A suo avviso, è «sul piano dell’etica pubblica e delle scelte normative» che la laicità nell’accezione procedurale mostra la sua fertilità, soprattutto nell’ambito della bioetica⁹⁹.

La perdurante divergenza di opinione con Fornero, deriva, secondo Borsellino, dai diversi obiettivi ai quali tendono le rispettive analisi in tema di laicità e di bioetica laica: mentre l’obiettivo di Fornero «è quello della messa a punto, nella prospettiva della ricostruzione storico-culturale, di una ricognizione sul piano lessicale del significato o dei significati che a “laicità” [...] sono ancora oggi associati nel nostro contesto», l’obiettivo di Borsellino è quello di giungere

⁹⁵ P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, in *Notizie di Politeia*, XXVI, 97, 2010, pp. 128-144.

⁹⁶ G. FORNERO, *Bioetica, laicità e ‘bioetica laica’?*, in *Notizie di Politeia*, XXVI, 97, 2010, pp. 105-108.

⁹⁷ P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, cit., p. 130.

⁹⁸ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 130-131.

⁹⁹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 131.

a «una ri-definizione di “laicità” e di “bioetica laica” nella prospettiva di una ricostruzione concettuale intrapresa con la convinzione che si possa e si debba, attraverso l'analisi teorica, affrontare [...] il problema [...] di salvaguardare [...] le convinzioni etiche e le scelte di vita di coloro che, credenti o non credenti, non si riconoscono nel sistema di valori che si continuano ad accreditare come assoluti, indiscutibili e non negoziabili»¹⁰⁰.

Reichlin¹⁰¹ ha mosso rilevi critici alla prospettiva morale che considera l'autonomia come criterio prioritario nelle scelte bioetiche, ravvisando in essa – riasume Borsellino – aspetti problematici «sia nella sottoscrizione dell'accezione “procedurale”» del principio di autonomia, per la quale tale principio «non renderebbe mai giustificate limitazioni [...] di azioni che gli individui considerano confacenti al loro sistema di valori; sia nella collocazione [dell'autonomia] in un orizzonte metaetico non-oggettivistico»¹⁰².

Nella sua risposta, Borsellino ha ammesso che il principio di autonomia, «se ha una valenza che mi sembra appropriato continuare a definire “procedurale”, per sottolinearne la valenza di meta-valore rispetto ai diversi sistemi di valori etici sostanziali [...], ha però anche una forte valenza sostanziale»: il principio di autonomia così inteso, infatti, «fa tutt'uno, con un principio o valore sostanziale, quello del rispetto delle convinzioni morali e religiose degli individui, che l'uso dell'aggettivo “procedurale”, ha probabilmente, lasciato in ombra». Tuttavia, il rilievo di Reichlin le consente di osservare che «Riconoscere [...] che l'autonomia è un criterio procedurale, ma al tempo stesso un valore sostanziale è però cosa diversa dal sostenere, come fa Reichlin, che l'autonomia è un valore sostanziale vero (?) a cui si contrappongono altri valori veri (?), posti sullo stesso piano, in nome dei quali possono essere legittimamente “sindacate” (da chi e fino a che punto?) le scelte degli individui». Pertanto, sottolinea Borsellino, «se l'obiettivo che ci si propone è quello [...] di vivere in una società liberale, allora è indispensabile disporre di un criterio forte – è l'autonomia come meta-principio è tale – nel quale gli individui, quali che siano le loro convinzioni morali, possono trovare la garanzia contro l'interferenza di altri nel loro piano di vita», questo nella ferma convinzione che «vi è ampio spazio per giustificare la limitazione delle scelte individuali non solo quando si profilano danni [...] a terzi (è il caso dell'infanticidio), ma anche quando vi sono fondati motivi per ritenere che gli individui non si trovino nelle condizioni di operare davvero delle scelte (è il caso delle mutilazioni genitali femminili apparentemente scelte da donne adulte)». Affermato ciò, Borsellino può concludere che, nella obiezione mossa da Reichlin, «nonostante l'ossequio tributato all'autonomia come valore liberale fon-

¹⁰⁰ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 131-132.

¹⁰¹ M. REICHLIN, *Bioetica laica e non cognitivismo*, in *Notizie di Politeia*, XXVI, 97, 2010, pp. 123-127.

¹⁰² P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, cit., p. 133.

damentale, siano, in realtà, proprio gli altri valori “veri”, in particolare il valore della vita, considerata indisponibile, quelli che si ha [...] l'intento di [...] far prevalere, giustificandone, in nome della lotta al relativismo e al soggettivismo, l'imposizione anche a chi non li condivide»¹⁰³.

Lecaldano¹⁰⁴ – esaminando tra le strade indicate per la regolazione giuridica delle questioni bioetiche, quella che individua nel diritto come “regola di compatibilità” tra valori differenti lo strumento che meglio può garantire il diritto degli individui a scelte conformi ai loro principi – ha sollevato dubbi «riguardo all'autosufficienza e all'autonomia del diritto, chiamato in causa, nella valenza “procedurale” difesa nel libro, per affrontare e risolvere il problema del pluralismo delle morali»¹⁰⁵.

Di fronte a tale rilievo e per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti, Borsellino precisa che «all'accentuazione della valenza procedurale del diritto, di cui può essere auspicato l'intervento nella materia bioetica, [...] non si accompagna affatto la tesi che si tratti di un diritto eticamente neutrale». Al contrario, «si tratta di un modello di diritto che [...] si iscrive [nel] preciso orizzonte etico [...] dell'autonomia coniugata con la responsabilità»¹⁰⁶. Borsellino quindi riconosce che al modello di diritto da lei difeso sono sottese precise assunzioni di valore e una filosofia morale in cui, da un lato, «è imprescindibile la sottoscrizione del forte principio etico che impone il rispetto delle convinzioni morali e religiose degli individui e, contestualmente, il rispetto per il dissenso verso qualunque sistema di valori, quand'anche si tratti dei valori dominanti», dall'altro lato, questo stesso principio «trova, a sua volta, una giustificazione, di segno consequenzialistico, nel rinvio proprio a quelle nozioni di benessere o di limitazione/eliminazione della sofferenza» che, in teorie etiche come l'utilitarismo, valgono come criterio ultimo al quale ispirare le scelte in ambito etico-politico¹⁰⁷. A questo riguardo, è opinione di Borsellino che l'obiettivo di mostrare la preferibilità di soluzioni e linee d'azione ispirate all'eliminazione della sofferenza può essere conseguito, in presenza di diverse visioni morali, solo «garantendo agli individui di poter realizzare il loro piano di vita conformemente ai loro valori e alle loro convinzioni». In tale visione, il diritto, nell'accezione procedurale difesa nel libro, «è lo strumento, di certo non sufficiente ma, cionondimeno, necessario, per approntare questa garanzia e, di conseguenza, rendere meno difficile il raggiungimento di quell'obiettivo»¹⁰⁸.

¹⁰³ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 134-135.

¹⁰⁴ E. LECALDANO, *Cosa può fare il diritto di fronte al pluralismo bioetico?*, in *Notizie di Politèia*, XXVI, 97, 2010, pp. 109-114.

¹⁰⁵ P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, cit., p. 138.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 138-139.

¹⁰⁸ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, 139.

Pulitanò¹⁰⁹ con le sue osservazioni ha consentito a Borsellino di tornare sul tema della morale sottesa al diritto che garantisce “le morali”¹¹⁰.

A questo riguardo, Borsellino può osservare che la bioetica laica, che pone a suo fondamento il criterio procedurale dell'autonomia, «non indica, a ben guardare, per la disciplina giuridica delle questioni di rilevanza bioetica una strada diversa da quella già inscritta nella nostra Costituzione, improntata ai valori della liberal-democrazia e al principio di laicità». Si tratta di un diritto «che non incorpora una delle particolari concezioni comprensive della morale [...], bensì, garantisce, al più alto grado possibile, che le decisioni riguardanti un individuo siano rispettose della “sua” particolare concezione comprensiva della morale e, quindi, della “sua” personale visione della dignità umana»¹¹¹.

Occorre essere consapevoli – sottolinea Borsellino pensando a Scarpelli – che «dietro la separazione del diritto [...] dalle “morali”, c'è ancora la morale, la morale di chi ritiene irrinunciabile salvaguardare la ricchezza delle scelte e la libertà di coscienza»¹¹².

8. *Bioetica tra ‘morali’ e diritto (2018) e il diritto come strumento di trasformazione culturale e etica della società italiana in direzione laica*

Il dibattito sopra riassunto è richiamato in diverse pagine della nuova edizione aggiornata di *Bioetica tra ‘morali’ e diritto* apparsa nel 2018, la quale presenta «una trattazione dei temi arricchita da spunti e sviluppi che hanno caratterizzato il più recente dibattito bioetico»¹¹³.

Nella “Premessa” sono precisati due aspetti di carattere generale che è interessante ricordare qui. In primo luogo, la scelta di continuare a riservare ampio spazio all'esame delle questioni bioetiche da “un'angolatura giuridica”, non significa affatto ritenere che il “biodiritto” sia «qualcosa di esterno o di alternativo alla bioetica”. Esso, invece, contribuisce ad arricchire la bioetica «della riflessione critica su una dimensione regolativa – quale quella giuridica – meritevole di particolare attenzione per il ruolo determinante nell'assicurare o meno ai soggetti coinvolti la possibilità di avvantaggiarsi al meglio delle nuove frontiere della ricerca e della pratica in ambito biomedico e biotecnologico»¹¹⁴. In secondo

¹⁰⁹ D. PULITANÒ, *Ciò che il diritto si attende dalle bioetiche*, in *Notizie di Politeia*, XXVI, 97, 2010, pp. 119-122.

¹¹⁰ P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, cit., pp. 142-144.

¹¹¹ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 143.

¹¹² P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 144.

¹¹³ P. BORSELLINO, *Bioetica tra “morali” e diritto*, Nuova edizione aggiornata, Milano: Cortina Editore, 2018, p. 15.

¹¹⁴ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 16.

luogo, la chiara presa di posizione nel volume a favore della strada ritenuta preferibile per una regolazione legislativa in materia bioetica, indica una direzione «nella quale sono già stati compiuti significativi passi ed è la direzione da percorrere sino in fondo, trattandosi dell'unica compatibile con l'assetto valoriale della nostra *Costituzione*, nonché dell'unica auspicabile e percorribile in una società e in uno Stato laicamente configurati»¹¹⁵.

Alla base di tali affermazioni vi è la ferma convinzione, espressa anche in un recente lavoro inedito, che, «alla luce degli interventi grazie ai quali, dagli anni Novanta del secolo scorso ai giorni nostri, è stata arricchita la regolazione giuridica degli ambiti di rilevanza bioetica», non sia più possibile «nutrire dubbi circa il ruolo del diritto come indicatore e strumento di una trasformazione culturale ed etica della società italiana in direzione laica e pluralistica»¹¹⁶.

Tale convinzione si basa principalmente sulla constatazione che il modello di regolazione al quale sono stati ispirati i più significativi interventi recenti del diritto in materia bioetica¹¹⁷ è quello di cui, come abbiamo visto sopra, già Scarpelli aveva anticipato le linee alla fine degli anni '80. Pertanto, a giudizio di Borsellino, oggi è possibile sostenere la tesi che il diritto separato dalla morale «si presta ad essere interpretato come indicatore di una presa di distanza dall'orizzonte etico dell'unica "Morale" meritevole di essere condivisa, e come veicolo di quella trasformazione culturale ed etica in direzione laica, che, pur non cessando di incontrare resistenze, non ha conosciuto, fino ad oggi, e prevedibilmente, oltre che auspicabilmente, non sarà destinata a conoscere significative inversioni di rotta nemmeno nel futuro»¹¹⁸.

A conclusione di questo lavoro, è possibile riconoscere che il compito di far entrare il diritto nell'ambito della riflessione bioetica italiana sia stato pienamente assolto da Patrizia Borsellino attraverso un costante impegno teorico e civile per una riflessione filosofica volta a «giustificare» l'appropriatezza della scelta morale laica quale condizione essenziale per l'adozione di provvedimenti giuridici, soprattutto legislativi, in materia bioetica.

¹¹⁵ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, pp. 17-18.

¹¹⁶ P. BORSELLINO, *Bioetica laica: il diritto come strumento di trasformazione*, cit., p. 10.

¹¹⁷ Nel quadro normativo che si è andato definendo in Italia nell'ultimo ventennio Borsellino ricomprende la legge n. 38/2010 («Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore»); la legge n. 219/2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»); la sentenza della Corte di Cassazione n. 21748/2007 sulla vicenda Englaro; la sentenza del tribunale di Roma n. 2049/2007 sul caso Welby; la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 sul caso Cappato; le numerose pronunce della Corte costituzionale che hanno dichiarato incostituzionali alcuni divieti presenti nella legge n. 40/2004.

¹¹⁸ P. BORSELLINO, *Bioetica laica: il diritto come strumento di trasformazione*, cit., p. 11.

DIRITTO E LETTERATURA AL FEMMINILE. L'INCONTRO TRA TEORIA GIURIDICA FEMMINISTA E DIRITTO E LETTERATURA

Carla Faralli

SOMMARIO: 1. Teoria giuridica femminista e Diritto e letteratura: Origine e sviluppi. – 2. Una nuova direttrice di ricerca: Law as Narrative.

1. Teoria giuridica femminista e Diritto e letteratura: Origine e sviluppi

La Teoria giuridica femminista e Diritto e letteratura sono considerati due dei principali movimenti giuridici sviluppatasi negli Stati Uniti dalla fine degli anni Settanta, che Gary Minda¹ colloca tra quelle che definisce teorie postmoderne del diritto, in quanto critiche delle idee di razionalità e oggettività e del concetto universale di individuo propri del modernismo giuridico.

Entrambi i movimenti non sono in verità nati in quegli anni, ma è vero che negli anni Settanta si sono aperti a prospettive nuove e si sono incontrati: infatti, come vedremo, vi sono teorie femministe che hanno condiviso alcuni assunti e si sono avvalse dei metodi e strumenti di Diritto e letteratura per le loro riflessioni e le loro lotte.

Diritto e letteratura prende inizio negli Stati Uniti nei primi decenni del Novecento nel clima di quella che in un celebre saggio G. Morton White ha definito «rivolta contro il formalismo»².

Nel 1908 John Wigmore (1863-1943), Preside della Law School nella Northwestern University, pubblica *A List of Legal Novels*³, in cui cataloga e classifica numerosi romanzi della narrativa moderna, soprattutto anglosassone, nei

¹G. MINDA, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London: NYU Press, 1995 (tr. it. *Teorie Postmoderne del diritto*, Bologna: il Mulino, 2001).

²M.G. WHITE, *Social Thought in America: The Revolt against Formalism*, New York: Viking Press, 1949 (tr. it. *La rivolta contro formalismo*, Bologna: il Mulino, 1956).

³J.L. WIGMORE, *A List of Legal Novels*, in *Illinois Law Review*, 2, 1908.

quali sono trattate tematiche di rilevanza giuridica col dichiarato fine di diffondere le opere letterarie che testimoniano i valori giuridici fondamentali della cultura americana per informare ad essi i giuristi. Negli anni successivi vengono pubblicate altre opere di questo genere che consolidano la convinzione che la letteratura contribuisca a formare la coscienza etica degli avvocati e dei giuristi.

Nel 1925 col saggio *Law and Literature*⁴ Benjamin Cardozo (1870-1938), giudice della Corte Suprema, prefigura la possibilità di leggere e interpretare le sentenze come esempi di letteratura, o meglio di scrittura letteraria. Nelle sentenze non si può separare “forma” e “sostanza”: la forma non è qualcosa aggiunta alla sostanza come mero ornamento, forma e sostanza sono fuse in unità nel perseguire chiarezza e forza persuasiva. Il giudice o l’avvocato, per quanto si sia cercato di assimilare la loro attività a una scienza, in verità praticano un’arte.

Nei primi decenni del Novecento negli Stati Uniti cominciano così a delinearsi due indirizzi in cui si suole dividere il movimento: *Law in Literature* e *Law as Literature*. Il primo, volto all’analisi delle rappresentazioni letterarie del diritto ritenute utili alla formazione umanistica degli operatori giuridici; il secondo, partendo dal presupposto dell’analogia tra diritto e letteratura in quanto testi, volto a elaborare una metodologia che si serva delle tecniche della critica letteraria per affrontare alcuni problemi classici della teoria del diritto, soprattutto con riferimento all’interpretazione e all’analisi del ragionamento giuridico.

La fase più recente negli Stati Uniti del movimento Diritto e letteratura, o meglio la *Law and Literature Enterprise*, per usare la definizione più in uso dagli anni Settanta in avanti, è inaugurata da James Boyd White, professore di diritto e di inglese all’Università del Michigan con l’opera *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (1973)⁵, prima di una trilogia che comprende *When Words Lose Their Meaning: Constitution and Reconstitution of Language, Character and Community* (1984)⁶ e *Heracles’Bow: Essays on Rhetoric and Poetics of the Law* (1985)⁷.

James Boyd White amplia l’approccio precedente che, come si è detto, aveva riguardato principalmente lo studio dei temi connessi con il diritto presenti nelle grandi opere della letteratura e i metodi della critica letteraria, e sostiene che il diritto deve essere considerato parte integrante di un sistema culturale cui il

⁴ B.N. CARDOZO, *Law and Literature*, in *Yale Review*, v. 14, pp. 699-718, 1924-1925 (ripubblicato in B.N. CARDOZO, *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, New York: Harcourt, 1931).

⁵ J.B. WHITE, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston: Little, Brown and Company, 1973.

⁶ J.B. WHITE, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, Chicago: The University of Chicago Press, 1984 (tr. it. *Quando le parole perdono il loro significato. Linguaggio, individuo, comunità*. Milano: Giuffrè, 2010).

⁷ J.B. WHITE, *Heracles’Bow: Essays on Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison: University of Wisconsin Press, 1985.

giurista deve fare continuo riferimento. Egli polemizza con quelle correnti che alla metà del secolo scorso avevano creato l'illusione che non vi fossero connessioni tra il diritto e gli altri linguaggi e – più in generale – con il sapere umanistico, illusione prodotta dalla convergenza di vari fattori, quali l'imporsi all'interno della filosofia di un positivismo logico che attribuiva significato solo a ciò che era sperimentabile empiricamente; l'imporsi delle scienze sociali – sociologia, psicologia, economia – a discapito delle altre forme di pensiero; il diffuso desiderio di affermare la “mascolinità” della scienza contro la percepita “femminilità” degli studi umanistici (sono parole di White).

White afferma che «la vita del diritto è la vita di un'arte: l'arte di creare significato nel linguaggio intersoggettivo» e quindi che lo studio della letteratura e del linguaggio è cruciale per intendere la natura etica e l'umanità del diritto. Diritto e letteratura sono intimamente collegati perché entrambi dipendono dal linguaggio, che è la dimensione fondamentale della vita in comune e comportano pratiche interpretative simili. Diritto e letteratura costituisce un'arte creativa che «sviluppa la comprensione di ognuno, arricchisce la comprensione di se stessi e del mondo, ridimensiona le forme di razionalità strumentale e calcolatrice dominanti nella nostra cultura».

Per quanto riguarda la Teoria femminista del diritto si parla di varie “ondate”: la cosiddetta “prima ondata” è quella del femminismo liberale o dell'uguaglianza. Riallacciandosi alle riflessioni Sette-Ottocentesche di Olympe de Gouges, Mary Wollstonecraft e John Stuart Mill, nella prima metà del Novecento le femministe reclamano la parità di trattamento, sostenendo che il diritto non deve rendere disuguale ciò che la natura ha fatto uguale e non deve quindi porsi come ostacolo alla libertà delle donne e l'uguaglianza dei sessi e lottano per il riconoscimento dell'uguaglianza giuridica (diritto di voto, accesso all'istruzione, libera scelta della maternità, divorzio, ecc.), riconoscimento che sul piano formale viene progressivamente realizzandosi nelle dichiarazioni universali, a partire dalla Dichiarazione dei Diritti e dell'Uomo del 1789 e nelle Costituzioni nazionali.

Negli anni Settanta si è sviluppata una “seconda ondata”, il cosiddetto femminismo della differenza, che prende avvio nell'ambito di un più vasto movimento, i Critical Legal Studies (CLS), avente centro ad Harvard. Gli esponenti dei CLS, riallacciandosi alle teorie marxiste, al realismo americano e al decostruttivismo di Derrida, conducono una critica radicale del liberalismo – che astrae dai rapporti degli individui in nome di un concetto di astratta umanità – e sostengono che il diritto, ben lungi dall'essere razionale, coerente e giusto, come lo rappresenta il pensiero liberale, è arbitrario, incoerente e profondamente ingiusto. I diritti e le libertà, presentati come prerogative dell'individuo, sono in realtà funzionali ai fini politici ed economici del capitalismo.

In questo clima maturò la consapevolezza che l'uguaglianza poteva realizzarsi solo attraverso la valorizzazione delle differenze e che l'utilizzo del diritto in

termini di eguaglianza costituiva un boomerang in relazione a certi campi (soprattutto in relazione alle differenze connesse alla maternità e alla gravidanza) e trattare le donne come gli uomini finiva per penalizzarle, imponendo loro di assomigliarsi ai modelli maschili.

Scrivono Iris Marion Young «l'ideale assimilazionista presuppone che eguaglianza sociale significhi trattare tutti in base a medesimi principi, regole e criteri. La politica della differenza sostiene, invece, che l'eguaglianza in quanto partecipazione e inclusione di detti gruppi può richiedere a volte un trattamento differenziato dei gruppi oppressi o svantaggiati»⁸.

Per evitare la distorsione rimproverata alla cultura maschile, le teoriche femministe sostengono che è necessario contestualizzare il soggetto femminile, valorizzando le differenze di classe, di cultura, di religione fra le donne, evitando di assumere come "punto di vista delle donne" quello della donna bianca, occidentale, eterosessuale, di classe media, laica o di religione cristiana. Questa nuova consapevolezza fu inizialmente il frutto delle obiezioni delle femministe nere, ebraiche o omosessuali, che sottolineavano la loro difficoltà nel riconoscersi negli interessi della donna così come difesi e sostenuti dal femminismo bianco eterosessuale.

A partire dalla seconda metà degli anni Settanta le donne *black*, presa coscienza della molteplicità degli aspetti dell'oppressione che le affligge, cominciano a rivendicare con forza la specificità della loro condizione. Il primo pronunciamento teorico e politico delle femministe nere è la dichiarazione del 1978 del collettivo *Combahee River*, nato a Boston nel 1974 su iniziativa di Barbara Smith, che aveva partecipato al primo incontro della *National Black Feminist Organization* a New York nel 1973. La denominazione del collettivo fa riferimento alla località in cui nel 1863, durante la Guerra Civile Americana, i soldati di colore avevano liberato 750 schiavi, grazie ad un'audace azione di guerriglia di Harriet Tubman, militante abolizionista nera, che il collettivo intendeva ricordare e rivendicare l'eredità⁹.

«La sintesi generale della nostra politica» – si legge nella dichiarazione del 1978 – «può riassumersi così: siamo attivamente impegnate nella lotta contro l'oppressione razzista, sessista, eterosessista e di classe. A tal proposito noi ci proponiamo di sviluppare un'analisi e una pratica basate sulla certezza secondo cui i principali sistemi di oppressione siano tutti interrelati. La sintesi di questi sistemi di oppressione crea le condizioni entro le quali viviamo. In quanto donne nere, noi vediamo il femminismo nero come un movimento politico indispensabile per combattere il sistema molteplice e simultaneo delle singole forme di oppressione che si scaglia contro le donne di colore».

⁸I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press, 1990 (tr. it. *Le politiche della differenza*, Milano: Feltrinelli, 1996).

⁹Cfr. A. CAVARERO, F. RESTAINO, *Le filosofe femministe*, Milano: Mondadori, 2002, p. 59.

L'idea di simultaneità dell'oppressione porta alla creazione del concetto di intersezionalità, coniato da Kimberle Crenshaw¹⁰, che la definisce l'oppressione determinata da una combinazione di forme di discriminazioni diverse che insieme producono un risultato unico e distinto da quello che le singole forme di discriminazione produrrebbero da sole. Ella utilizza una B maiuscola nell'usare la parola *black*, per sottolineare che i neri e tutte le minoranze costituiscono gruppi culturali specifici e come tali necessitano di essere indicati da un nome proprio, in quanto «l'identità razziale non deve essere considerata solo il colore della pigmentazione della pelle, ma un'eredità, un'esperienza, un'identità culturale personale».

Kimberle Crenshaw sostiene che le femministe nere hanno difficoltà ad accettare completamente i discorsi sia delle femministe bianche, in quanto le donne di colore sono “ignorate” e talvolta “escluse” dalle femministe bianche che sostengono di parlare a nome di tutte le donne, sia dei teorici per lo più maschi della differenza razziale per il carattere di intersezione della loro identità e per la complessa situazione provocata dalle forze combinate di razzismo e sessismo nelle loro vite. «Un problema persistente – afferma ancora Crenshaw – con cui si confrontano le donne nere nelle costruzioni dominanti di politica identitaria è il fatto che le concezioni dominanti di razzismo e sessismo rendono praticamente impossibile rappresentare la nostra situazione in modo che articolino a pieno la nostra condizione di subordinazione come donne nere», «né politica di liberazione nera né la teoria femminista possono ignorare le esperienze di intersezione di coloro che i movimenti rivendicano come loro rispettivi membri costituenti».

2. Una nuova direttrice di ricerca: *Law as Narrative*

Proprio al fine di rendere possibile tale rappresentazione femministe e teorici della differenza razziale si sono avvalsi degli strumenti narrativi elaborati nell'ambito di un nuovo filone di ricerca sviluppatosi all'interno del movimento Diritto e Letteratura, alla luce della svolta impressa da J. Boyd White, vale a dire la considerazione del diritto come costruzione o pratica narrativa¹¹ (*Law as Narrative*).

In un celebre saggio del 1983, *Nomos and Narrative*, G. Robert Cover (1943-1986), sostiene che il mondo che abitiamo è un *nomos*, ovvero un universo

¹⁰ Si vedano in particolare K. CRENSHAW, *Politics Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 141-67; *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, pp. 1241-99. Sul tema della intersezionalità cfr. B.G. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano: Franco Angeli, 2020.

¹¹ P. MITTICA, *Diritto e Costruzione narrativa. La connessione tra diritto e letteratura. Spunti per una riflessione*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione*, 2010, pp. 14-23.

normativo. Di questo universo le istituzioni formali del diritto, le regole o i principi di giustizia, ma anche le regole informali dell'ordine sociale, costituiscono solo una parte. La grande parte del *nomos* è formato dalle narrazioni che la nostra immaginazione proietta sulla realtà materiale e che rappresentano il contesto della nostra esperienza, narrazioni che realizzano un ordine di senso strutturandosi in storie che individuano principi e valori. Nessuna regola o prescrizione giuridica può esistere al di fuori di una narrazione che la colloca in uno spazio di significato. «Una volta compreso nel contesto delle narrazioni che gli attribuiscono significato – conclude Cover – il diritto diventa non soltanto un sistema di regole da osservare ma un mondo nel quale viviamo». Detto sinteticamente il mondo della vita umana è un *nomos*, vale a dire un universo normativo formato dalle narrazioni che costituiscono il contesto di realtà della nostra esperienza.

Le riflessioni di Cover vanno viste nel quadro degli studi di psicologia cognitiva e culturale, di cui Jerome Bruner (1915-2016) è stato maestro indiscusso¹².

Per gli psicologi culturali – in estrema sintesi – esistono due forme di pensiero: il pensiero paradigmatico e il pensiero narrativo.

Il pensiero paradigmatico governa in generale il ragionamento scientifico: procede per astrazioni e generalizzazioni e tende all'elaborazione di modelli e categorie astratte.

Il pensiero narrativo trova, invece, il proprio campo di applicazione nel mondo sociale, facendo riferimento a fatti, persone e circostanze particolari.

Prima quindi che si manifesti la capacità di sviluppare un pensiero astratto, utile ad accostare con metodo scientifico il contesto della vita, lo sviluppo cognitivo si affida al pensiero narrativo ed è attraverso l'elaborazione di racconti che l'essere umano comincia a rapportarsi con l'altro da sé e a conferire senso al mondo intorno a sé.

«Dubito che la vita collettiva sarebbe possibile se non fosse per la capacità umana di organizzare e comunicare l'esperienza in forma narrativa» – afferma Bruner.

Nella prospettiva degli psicologi culturali, in altre parole, raccontare storie su se stessi e sugli altri è il modo più naturale e precoce con cui gli uomini organizzano l'esperienza e la conoscenza.

I sociologi che si occupano di narrazione rafforzano queste tesi sostenendo che la comunità stessa è di per sé narrativa, in quanto si realizzerebbe grazie alla messa in comune di storie individuali disposte a confluire in un racconto condiviso.

¹²In *Harvard Law Review*, 1983-1984, pp. 4-68. Si vedano in particolare. J. BRUNER, *The Narrative Construction of Reality*, *Critical Inquiry*, 18, 1, 1991, pp. 1-21 e *Making Stories. Law, Literature, Life*, Harvard: Harvard University Press, 2002, (tr. it. *La fabbrica delle storie*, Roma-Bari: Laterza, 2002).

Secondo Paolo Jedlowski, che si è occupato a lungo di sociologia delle narrazioni, il racconto è come il dono – il “dono che lega”, nel senso del *munus* del *cum* di *communitas*: esso tende a rinsaldare legami esistenti e/o a crearne di nuovi, in virtù della sua qualità di obbligazione fondata sulla reciprocità. Una comunità si realizza attraverso racconti comuni, frutto di adattamento tra contenuti diversi. Le comunità narrative sono organismi in continuo movimento: «comunità lasche, di per sé instabili e dai confini mobili»¹³.

Con riferimento al diritto la narrazione può riguardare la costruzione di un provvedimento legislativo ad opera del legislatore o la ricostruzione di fatti nell'ambito di processi o altre attività applicative. Nei contenuti di una legge si riversano le rappresentazioni che provengono da un tessuto di storia tipico della comunità narrativa di riferimento; nei processi i giudici ricostruiscono una storia sulla base delle narrazioni di testimoni e avvocati.

Il diritto in ultima analisi è, nel suo insieme, frutto di narrazioni al pari di qualunque altro prodotto culturale e per diritto si intende non solo il diritto positivizzato, ma anche quel complesso di pratiche, usi, consuetudini, valori che sono alla base delle istituzioni giuridiche.

La prospettiva narrativa permette inoltre di dare voce alle minoranze escluse dalla partecipazione alla produzione giuridica: è in grado di descrivere l'esperienza della discriminazione, di identificare una “voce diversa” (chiara allusione a Carol Gilligan) e di rivelare l'aspettativa di gruppi che le storie ufficiali raccontate dal diritto non prendono in considerazione.

«Storie, parabole, cronache e racconti – scrive Richard Delgado, teorico della differenza razziale e di Diritto e letteratura – sono potenti mezzi per la distruzione della struttura mentale, vale a dire il coacervo di presupposizioni, opinioni prevalenti e interpretazioni condivise che costituiscono il background entro cui si svolge il discorso giuridico e politico»¹⁴.

Al racconto sono attribuite molteplici funzioni: da un lato è considerato capace di dare il giusto rilievo a forme di conoscenza perdute nelle storie “ufficiali”, è un mezzo per conoscere un mondo culturale diverso, che può essere descritto solo da chi ha vissuto sulla propria pelle la discriminazione di razza e/o di genere; dall'altro lato gli viene attribuito un importante ruolo psicologico per le minoranze: spesso le vittime di discriminazione soffrono in silenzio e il racconto può dare voce a questi silenzi, unendo la gente che soffre nell'impegno attivista. La narrazione identifica la discriminazione e la definisce per poterla combattere. Non meno importante la funzione decostruttiva, alla Derida: la società costruisce se stessa attraverso una serie di taciti accordi, realizzati con im-

¹³ Cfr. P. JEDLOWSKI, *Storie comuni. La narrazione nella vita quotidiana*, Milano: Bruno Mondadori, 2000.

¹⁴ R. DELGADO, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*, in *Michigan Law Review*, 1989, pp. 2411-41.

magini, rappresentazioni, racconti e scritti da cui traggono origine pregiudizi e stereotipi. Il passaggio a specifiche esperienze personali non solo sfata pregiudizi e stereotipi ma consente di mettere a nudo le strutture egemoniche e gli interessi di coloro che stanno al potere¹⁵.

Robin West¹⁶, femminista e esponente di Diritto e letteratura, sostiene che la letteratura è fondamentale nella costruzione etica e politica della comunità, in quanto la sensibilità letteraria è strumento per esplorare la vita e far conoscere ciò che può essere celato alla razionalità: la letteratura aiuta a capire gli altri, le loro pene e le loro gioie e rende migliori. «Dobbiamo battere e ribattere sulle nostre storie personali» – ella scrive – «finché non faremo capire un semplice punto: la storia e la descrizione fenomenologica maschile del diritto non corrispondono alla storia reale e alla fenomenologia femminile».

Le scrittrici che, seguendo il monito di Robin West, hanno combinato teoria e pratica femminista e letteratura (di vario genere: romanzi, saggi, drammi, poesie), pur non costituendo una vera e propria corrente, fanno parte del cosiddetto “rinascimento delle donne nere”, tra queste Alice Walker, Toni Morrison, Gloria Naylor, Maya Angelou, Paule Marshall, Shirley Anne Williams, Toni Cade Bambara, Ntozake Shange, Adrienne Kennedy, Audre Lorde, June Jordan, Bell Hooks. A mero titolo esemplificativo mi soffermerò brevemente solo su Alice Walker, Toni Morrison e Audre Lorde, perché più note anche in Europa.

Alice Walker (1944), ultima di otto figli di un mezzadro e di una cameriera, è nata in un villaggio rurale di neri in Georgia, nel profondo sud degli Stati Uniti. Nonostante le leggi che limitavano l'istruzione dei neri venne fatta studiare, e grazie a varie borse di studio si è laureata nel 1965. Durante gli anni di studio comincia a interessarsi al movimento per i diritti civili, anche grazie all'incontro ad Atlanta con Martin Luther King, e ne diviene successivamente un'attivista. Nel 1982 ha pubblicato il romanzo *Il colore viola*, sua opera più famosa, che cominciò a scrivere a otto anni prendendo spunto dalle storie raccontate dal nonno. Vi si narra la storia di una giovane donna di colore che combatte contro la cultura bianca razzista e al contempo contro quella nera patriarcale. Il libro ha ricevuto il premio Pulitzer e l'American Book Awards, da esso è stato tratto l'omonimo film diretto da Steven Spielberg nel 1985 e un musical rappresentato a Broadway nel 2005. La Walker ha scritto molti altri romanzi, raccolte di racconti e poesie, tutti focalizzati sulle lotte dei neri, specialmente donne, contro

¹⁵ Cfr. P. EWICK, S. SILBEY, *Authority Narrating Social Structure: Stories of Resistance to Legal Authority*, in *AJS*, 2003, pp. 1328-72; *Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative*, in *Law and Society Review*, 1995, pp. 197-226; *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago: University of Chicago Press, 1998.

¹⁶ Cfr. In particolare R. WEST, *Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory*, in *New York University Law Review*, 1985, pp. 145-211; *Jurisprudence and Gender*, in *University of Chicago Law Review*, 1988, p. 172; *Economic Man and Literary Human: One Contrast*, in *Mercer Law Review*, 1988, pp. 867-78.

una società razzista, sessista e violenta, nonché sul ruolo delle donne di colore nella storia e nella cultura.

Toni Morrison (1931-2019), seconda di quattro fratelli di una famiglia di operai originari dell'Alabama, poi trasferitesi nell'Ohio, si laurea in letteratura inglese nel 1953 e a partire dagli anni Settanta comincia a scrivere romanzi, tutti molto apprezzati, tanto da valerle il Premio Nobel per la letteratura nel 1993, per aver dato vita «a un aspetto essenziale della realtà americana – come si legge nella motivazione – in romanzi caratterizzati da forza visionaria e spessore poetico». Tra questi forse il più noto è *Amatissima*, Premio Pulitzer 1988, in cui si narra la storia, tratta da un caso vero, di una schiava fuggiasca che preferisce uccidere la figlia piuttosto che farle vivere le tremende condizioni di schiavitù. Il romanzo è il primo della cosiddetta “trilogia dantesca”, cui sono seguiti *Jazz* e *Paradise*, che costituiscono ciascuno l'affresco di un'epoca della storia Afro-Americana: *Jazz*, il fermento degli anni '20; *Paradise*, il movimento per i diritti civili.

Audre Lorde (1934-1992), ultima di tre figlie di una famiglia di origine caraibica nasce ad Harlem dove frequenta le scuole parrocchiali e nel 1959 si laureò lavorando come bibliotecaria. È riconosciuta leader del movimento a difesa delle donne, degli omosessuali e per l'eguaglianza dei diritti civili, non solo con riferimento alle donne nere, che sono le sue interlocutrici privilegiate, ma di tutte le minoranze, minacciate dalla deumanizzazione attuata da un sistema orientato al profitto anziché alla soddisfazione dei bisogni umani. È autrice soprattutto di poesie (sono state pubblicate ben undici raccolte), ma anche di saggi. La poesia per la Lorde è il veicolo privilegiato per costruire connessioni tra il proprio sentire e la propria esperienza, per trasformare il silenzio in azione. Per le donne, ella scrive, la poesia non è un lusso, «uno sterile gioco stilistico», ma una «necessità vitale»: è fatica e scoperta, affermazione di speranze e sogni «per la sopravvivenza e il cambiamento». Nel 1990 viene nominata New York State Poet, prima donna e prima persona di colore.

L'incontro tra Teoria giuridica femminista (o più ampiamente Teoria giuridica delle differenze, per comprendere anche la Teoria della differenza razziale) e Diritto e letteratura, negli ultimi decenni, è stato nel complesso molto fecondo. Il punto d'incontro è rappresentato dalla concezione del linguaggio come dimensione fondamentale della vita in comune: il diritto è una forma di linguaggio che cela gli interessi di chi ha il potere e che va quindi decostruito. Partendo da ciò Diritto e letteratura si è aperta a nuove metodologie e nuove direttrici di ricerca (quali il *Law as Narrative*), che si sono affiancate all'approccio classico basato sui “grandi libri”, risalente a inizio Novecento. Le teoriche giuridiche femministe, a loro volta, attraverso queste nuove metodologie, sono riuscite a parlare direttamente dell'esperienza delle donne, cogliendo e descrivendo la complessità dell'oppressione di genere e/o di razza e offrendo proposte per una riforma del diritto.

LA BIOETICA LAICA DI PATRIZIA BORSELLINO: IMPEGNO E LIBERTÀ

Lorena Forni

SOMMARIO: Una breve premessa. – 1. Impegno e bioetica. – 1.1. Impegno *per la* bioetica. – 1.2. Impegno *nella* bioetica: attenzione alle prassi e all'elaborazione normativa. – 2. Bioetica e libertà. – 3. Considerazioni conclusive.

Una breve premessa

Patrizia Borsellino non ha mai considerato il proprio contributo alla riflessione sulla bioetica laica fine a se stesso. L'Autrice, cioè, non ha mai ritenuto che il confronto su molte questioni, talora spinose e controverse, offerte dall'avanzamento biotecnologico e medico all'ambito della discussione, filosofica, critica, ma anche e soprattutto giuridica, avesse solo una finalità accademica; al contrario, la sua produzione scientifica è stata orientata ad offrire analisi, percorsi, se non possibili strumenti e soluzioni, per incidere, concretamente, nella realtà della pratica, clinica e giuridica.

Il denominatore comune al suo lavoro è dato dai concetti di impegno, libertà e laicità.

In questo contributo, tuttavia, non ci si soffermerà sui profili di come sia stata intesa e ridefinita la laicità dall'Autrice, non solo per i rinvii ai suoi lavori in questa raccolta, ma anche perché tale ricostruzione è stata efficacemente compiuta da diversi contributi, come ad esempio in quelli di Emilio D'Orazio, di Demetrio Neri e di Eugenio Lecaldano.

Prendendo in esame alcuni suoi lavori, si darà conto di come Borsellino abbia saputo coniugare *impegno* e *libertà*, elevandoli a valori irrinunciabili per la ricerca, per lo studio, non meno che per la cultura bioetica, orientata a evidenziare e a sciogliere i nodi e a individuare elaborazioni spendibili nelle prassi.

1. Impegno e bioetica

1.1. Impegno per la bioetica

Se dovessimo definire l'impegno per la bioetica di Patrizia Borsellino dovremmo precisare molte questioni. Si tratta di un impegno volto a definire un modo preciso di intendere e praticare la bioetica, tra le tante possibili¹. Riguardo alle questioni dal forte impatto umano ed esistenziale, sollevate dall'avanzamento bio-tecnologico e scientifico, che pongono questioni di scelta tra vari corsi d'azione possibili, Borsellino ha delineato, negli anni, contribuendo a caratterizzarlo, un modello di bioetica di tipo liberale e laico, a partire dall'esempio e nel solco della continuità di quanto affermato, in Italia dagli anni Ottanta in avanti, il suo Maestro negli studi filosofico – giuridici, Uberto Scarpelli². Questo ha significato discutere, portare in evidenza e promuovere, facendo propri gli strumenti di indirizzo filosofico – analitico, una elaborazione critica che fa della bioetica un autonomo contesto di giustificazione³, che, in sintesi, rifiuta presunte verità dogmatiche rivelate, così come respinge la considerazione degli esseri umani quali soggetti inseriti in un disegno finalistico della Natura, i cui fini o scopi sono decisi da autorità tradizionalmente stabilite, che non ritengono tutti gli individui, adulti e capaci, posti su un piano di parità⁴. Borsellino ha invece evidenziato la necessità di ribadire il profilo immanente delle questioni etiche, rispetto alle quali è possibile individuare un insieme di criteri e di principi, utili tanto in sede teorica, quanto nei contesti operativi della pratica clinica, riguardo agli interventi di cura e, più in generale, sul corpo dei soggetti, volti a delineare percorsi, strumenti e, laddove possibili, proposte e soluzioni, tutte interne all'esperienza umana. Borsellino ha proposto, per i molti temi affrontati nel suo percorso di studiosa⁵, la necessità di argomentare le opzioni ritenute preferibili,

¹ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, II ed., Milano: Cortina, 2018, in particolare pp. 31-38.

² Per una ricostruzione delle origini della c.d. "Scuola analitica nord-occidentale", fondata da Norberto Bobbio a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta del Novecento, e per comprendere la rilevanza e l'incidenza dei contributi di Scarpelli all'interno della riflessione filosofica prima, e bioetica poi, cfr. P. BORSELLINO, *Bobbio metateorico del diritto*, Milano: Giuffrè, 1991, recentemente riproposto, in un'edizione riveduta e aggiornata, in ID., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Milano: Maggioli, 2014, con particolare riguardo al capitolo primo, specialmente p. 17 ss. Cfr., inoltre, P. BORSELLINO, *La bioetica laica di Uberto Scarpelli*, in ID., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano: Zadig, 1999, pp. 61-66; cfr., altresì, P. BORSELLINO, *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, in ID., *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. 213-276.

³ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 345 ss.

⁴ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., pp. 43-44.

⁵ In questa sede, per brevità, si rinvia ai capitoli, dedicati ai temi del superamento del paternalismo nella relazione di cura, all'affermazione di un modello di relazione terapeutica improntata alla parità dei soggetti, all'imprevedibile tema del consenso informato, e alle numerose questioni

sempre sulla base di ragioni giustificanti, vale a dire conoscibili, sottoponibili al controllo pubblico, alla discussione e alla verifica intersoggettive, individuando nelle ragioni di principio e nelle ragioni di fatto gli strumenti indispensabili della costruzione delle riflessioni in ambito bioetico. Parlare dell'impegno di Borsellino per l'affermazione di un impianto o modello teorico di riferimento per una bioetica laica e liberale significa, altresì, portare attenzione all'importanza della chiarificazione concettuale di molte questioni controverse, e di molti nodi teorici, sottesi ad ogni tema o problema affrontato.

Operando una (ingenerosa) sintesi, potremmo ritenere che l'impegno di Borsellino per la bioetica possa essere riassunto attraverso quattro assunti fondamentali.

Il primo assunto è l'affermazione di una fonte immanente per l'individuazione di valori e principi, specialmente per quelli implicati nell'elaborazione e nelle scelte bioetiche. La bioetica, pertanto, nelle opere di Borsellino, è considerata e proposta come un'impresa umana, una costruzione tutta interna alla nostra esperienza, e in quanto tale non assoluta, bensì perfettibile, discutibile, negoziabile, frutto di scelte e di volontà dei consociati, di fronte a problemi concreti.

Il secondo assunto che caratterizza il modello dell'Autrice è la negazione di fini o scopi ultimi che hanno valore sempre, per sempre e per ciascuno: in breve, Borsellino ha rifiutato non solo un finalismo intrinseco, ma, altresì, l'idea che ogni soggetto abbia un ruolo e una collocazione che gli è propria "per natura", e che tale ruolo debba essere necessariamente perseguito, per il suo bene e per il bene di tutti gli altri.

Il terzo assunto è che le regole per la disciplina di questioni e problemi posti all'attenzione di filosofi, giuristi, operatori sanitari, psicologi etc. non siano regole date una volta per tutte, immutabili, che si sottraggono ad una verifica razionale o alle contingenze dell'esperienza. Al contrario, sebbene valori e principi siano rilevanti e imprescindibili, la loro individuazione, così come il loro contenuto, non è non negoziabile, ma fluido, modulabile, a seconda del contesto e delle questioni affrontate.

Infine, il quarto assunto fatto proprio dall'Autrice riguarda il ruolo dei soggetti implicati nella riflessione bioetica, collocandoli tutti su un piano di parità, rigettando l'idea che vi siano istituzioni date, enti o autorità depositarie di competenza etica esclusiva, a cui rivolgersi per ottenere risposte sulle condotte e sulle scelte eticamente sostenibili o approvabili.

tematiche di rilevanza bioetica trattate dall'Autrice in P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., in particolare la Parte seconda: *Medicina, Autonomia, Diritti*, pp. 67-187; cfr. anche P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, II ed., Milano: Cortina, 2009 e, infine, P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, II ed., cit.

1.2. Impegno nella bioetica: attenzione alle prassi e all'elaborazione normativa

Il lavoro a favore di una bioetica *impegnata* non si è limitato, tuttavia, al solo ambito accademico. Certamente, questo è da sempre il suo contesto elettivo, all'interno del quale non solo ha formato i suoi allievi⁶ – e non solo, ovviamente, in relazione alla riflessione bioetica – ma nel quale ha promosso, in ambito giuridico, l'insegnamento della bioetica. Borsellino è stata, infatti, promotrice, fin dai primi anni Duemila, dell'istituzione del corso di Bioetica, prima nell'Università degli studi dell'Insubria (sede di Como e Varese) e poi, negli ultimi quindici anni, anche nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Sempre in Bicocca (dove ha ricoperto, dal 2013 al 2015, anche la carica di Direttore del Dipartimento dei Sistemi giuridici) è stata, più di recente, Direttrice del primo master italiano in Bioetica e Biodiritto per la pratica clinica, nell'a.a. 2013-2014. Inoltre, nell'Università di Milano-Bicocca, da circa un decennio è componente, in qualità di bioeticista e filosofa del diritto, del Comitato etico d'Ateneo⁷.

Borsellino ha sempre lavorato con pazienza e determinazione *all'interno della bioetica*.

Poiché può apparire imprecisa e fortemente vaga, quest'ultima espressione deve essere meglio precisata, per mettere in evidenza la dimensione attiva e fortemente partecipata dell'Autrice in svariati contesti.

In primo luogo, Borsellino ha contribuito a fare chiarezza circa i diritti dei pazienti. Lo ha fatto non solo in sede di produzione scientifica, ma anche non sottraendosi a momenti di confronto con la società civile, in numerose occasioni di promozione e di disseminazione, anche tra i c.d. “non addetti ai lavori”. Ha lavorato a favore non solo dell'affermazione, in sede teorica e in svariati contesti di attuazione pratica, del consenso informato⁸, del diritto alla salute, dei diritti dei malati in ospedale⁹, ma altresì per scongiurare pericolosi equivoci o riportare ordine laddove l'affermazione di tali diritti talora ha sconfinato, negli anni, in

⁶ Borsellino ha annoverato, negli anni, diverse studiose e studiosi che, a vario titolo, si sono “autoqualificati” come suoi allievi, tanto per gli studi filosofico-giuridici, quanto per quelli più specificamente bioetici. Alcuni di essi, per molte ragioni, hanno percorso un breve tratto professionale o accademico con l'Autrice, che hanno però sempre riconosciuto come il proprio riferimento scientifico; altri, invece, hanno mantenuto, fino ad oggi, un percorso di collaborazione e di confronto continuo con Borsellino, lavorando pressoché quotidianamente con Lei, portando avanti e accrescendo, ciascuno con le proprie sensibilità e peculiarità, il patrimonio scientifico e culturale maturato negli anni dall'Autrice.

⁷ A tale riguardo, si rinvia al sito del Comitato etico dell'Università di Milano-Bicocca, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.unimib.it/ateneo/organi/comitato-etico>.

⁸ Oltre ai riferimenti bibliografici delle numerose opere dell'Autrice, riportate nelle note dei paragrafi precedenti, cfr. anche P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., in particolare pp. 67-122.

⁹ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., il capitolo dedicato a *I diritti dei malati in ospedale*, in particolare pp. 153-160a.

rivendicazioni prive di legittimazione, non solo sul piano etico e deontologico, ma anche giuridico¹⁰.

In secondo luogo, il suo contributo di bioeticista e teorica di questioni etico – giuridiche ha dato un importante impulso per la nascita, l’affermazione e il radicarsi di attività, legate a particolari organismi, che hanno svolto – e continuano a svolgere – un ruolo centrale nel dialogo e nella collaborazione proficua tra istanze teoriche e contesti pratici. A tale proposito, va ricordato che, a partire dai primi anni Novanta, Borsellino è stata co-fondatrice e presidente (lo è tuttora) del Comitato per l’etica di fine vita (Cef)¹¹.

Sotto la guida di Patrizia Borsellino, il Comitato ha portato attenzione a temi e questioni inerenti l’assistenza ai malati prossimi alla fine della vita, di cui ha valorizzato non solo il diritto alla vita, alla salute e all’integrità fisica, ma anche la qualità della vita, con particolare riguardo al modello di cura proprio delle cure palliative¹². In quasi tre decenni il Cef ha saputo fornire risposte argomentate ai casi etici sollevati dalla pratica clinica, sottoposti all’attenzione del Comitato da molti operatori sanitari, con l’obiettivo di fornire strumenti adeguati e migliorare i livelli di preparazione degli stessi operatori, che si trovano a contatto con questioni complesse, e che, il più delle volte, non hanno una preparazione etica e bioetica appropriata per affrontare e gestire i problemi della pratica clinica quotidiana. Questa interlocuzione continua ha mostrato che non sono solo, o non esclusivamente, difficoltà di ordine tecnico – scientifico a rendere complicato l’operato dei sanitari; piuttosto è la sottovalutazione delle questioni etiche, spesso taciute, o non chiarite, talora non criticamente evidenziate, che generano problemi tra gli stessi operatori e, soprattutto, nella relazione con i pazienti¹³.

¹⁰ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., in particolare il capitolo dedicato a *Il “Metodo Di Bella”*. *Quesiti etici*, pp. 161-170.

¹¹ Per una storia del Comitato per l’Etica di fine vita, che ha sede a Milano, si rinvia ai contenuti presenti sul sito del Cef, raggiungibili e consultabili al seguente indirizzo: <https://www.comitato-finevita.it/>.

¹² Sul punto, cfr. P. BORSELLINO, *La dimensione etica delle cure palliative. L’esperienza del Comitato per l’etica di fine vita*, in *Salute e Società*, 3, 2017, pp. 77-93.

¹³ A tale proposito, in un periodo in cui sembrava molto lontana la possibilità di una normativa legislativa che desse pieno riconoscimento al diritto al consenso informato, anche per le persone alla fine della vita, possiamo ricordare due rilevanti documenti elaborati dal Cef, la *Carta dei diritti dei morenti* (1999) e la *Carta delle volontà anticipate* (2005). Tali documenti, licenziati grazie al contributo di tutti i componenti del Comitato, hanno avuto diffusione capillare e riconoscimenti, non solo a livello nazionale, soprattutto in ragione dell’attività di Patrizia Borsellino, quale presidente del Cef, e quale studiosa che ne ha curato le stesure finali. Per la consultazione dei documenti, ni quali il linguaggio dei diritti come esercizi di libertà è messo in evidenza, cfr. il seguente indirizzo: <https://www.comitato-finevita.it/>. Per un approfondimento di questi aspetti, cfr. P. BORSELLINO, *La dimensione etica delle cure palliative. L’esperienza del Comitato per l’etica di fine vita*, cit., pp. 87-88.

In terzo luogo, l'impegno pratico di Borsellino è testimoniato dal fatto che, da diversi anni, è una tra le bioeticiste e filosofe del diritto più apprezzate e ascoltate in ambito istituzionale, in particolare perché è stata chiamata a presenziare in numerose occasioni pubbliche, e in altrettante audizioni parlamentari, proprio sui temi etici sollevati alla fine della vita. Non solo come presidente del Cef, ma quale esponente autorevole di istanze bioetiche laiche e liberali, capace di individuare e sciogliere nodi concettuali, ha contribuito a rendere chiare, comprensibili e maggiormente aderenti ai principi costituzionali e ai documenti internazionali molte norme sottoposte all'esame parlamentare, al fine di ottenere prescrizioni agili, ben scritte, auspicabilmente semplici e efficaci, perché capaci di essere comprese non solo dai giuristi, ma da tutti i cittadini. Questo profilo è stato di recente messo in evidenza dal contributo di Borsellino, affinché, dopo un travagliato e lunghissimo *iter*, anche il nostro Paese potesse avere un intervento legislativo adeguato, riguardo alla disciplina del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento, con la legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*¹⁴.

2. Bioetica e libertà

In che senso bioetica e libertà trovano, fino agli ultimi interventi legislativi poco sopra menzionati, un connubio proficuo, l'una capace di valorizzare l'altra? Va inoltre chiarito perché l'ambito del c.d. "fine-vita", alla luce dei contributi di Borsellino, possa essere considerato uno tra i contesti in cui la riflessione teorica ha maggiormente contribuito a segnare e a consolidare ampi spazi di libertà.

Appare contraddittorio, quasi controintuitivo accostare "fine-vita" a "libertà". Parlare di questioni alla fine della vita significa spesso, anche se non sempre o non necessariamente, fare riferimento a una fase complessa, più o meno lunga, al termine di un percorso di malattia a prognosi infausta, segnato da difficoltà non solo esistenziali, ma anche pratiche, caratterizzato da forti limitazioni, da scelte non semplici e da significative limitazioni delle proprie azioni. Viceversa, "libertà", rimanda ad un'ampia classe di diritti, facoltà, spettanze, ed è generalmente intesa come diritto a fare e a rivendicare la maggior possibilità di scelte e d'azione possibile.

La sfida è stata proprio questa: evidenziare che, anche nelle fasi finali di una malattia e della propria vita, ha senso e pregnanza parlare di libertà e ha significato impegnarsi affinché gli spazi di esercizio di diritti di libertà non solo non siano considerati comprimibili o *de facto* assenti, ma al contrario siano affermati e valorizzati nella misura più ampia possibile.

¹⁴ Il testo della legge è disponibile e consultabile al seguente indirizzo: <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=62663>.

Una sfida raccolta da Borsellino, che ha consentito di individuare appropriate linee d'azione per la cura e l'assistenza, e che ha coinvolto, con un tenace lavoro dialogico e un confronto costante, sia chi ha il compito di elaborare modelli teorici, sia chi, sul piano clinico e terapeutico, opera "al letto del paziente".

Bisogna pertanto precisare in che senso l'impegno di Borsellino sia un impegno per la libertà. L'Autrice ha teorizzato che elementi imprescindibili e caratterizzanti la libertà degli individui è considerarli, fino alla fine, *persone*, cioè soggetti di diritti e di doveri, di cui va onorata e rispettata la dignità. L'impegno attivo di Borsellino affinché venisse licenziato il testo che poi è confluito nella versione approvata della legge n. 219/2017 ha consentito di avere uno strumento legislativo da promuovere e da difendere, perché considera i pazienti soggetti meritevoli di attenzione e di considerazione, fino alla fine della loro esistenza¹⁵.

Borsellino si è spesa per la garanzia e l'efficacia dei diritti di tutti i pazienti, ed in particolare di quelli appartenenti alla fascia più fragile della popolazione malata: i malati terminali.

La nozione di libertà a favore di costoro è stata intesa quale garanzia di esercizio, fin dove praticabile, del diritto del paziente ad essere informato circa la propria condizione, anche se a prognosi infausta, se lo vuole. Libertà ha significato – e significa – inoltre, essere messi al riparo da inganni, da congiure del silenzio, perché ritenuti troppo anziani, o emotivamente instabili, per poter essere destinatari di informazioni e comunicazioni rilevanti per decidere il da farsi, in un percorso di terapia e di cura. Libertà ha assunto anche il significato di mettere i soggetti nella condizione di partecipare consapevolmente alle decisioni che li riguardano. Non possiamo dimenticare che libertà nelle scelte bioeticamente rilevanti, anche alla fine della vita, vuol dire, altresì, essere sollevati dal dolore e ricevere sollievo dalla sofferenza psico-fisica, obiettivi considerati prioritari, soprattutto per chi si prende cura dei malati vicini alla morte¹⁶, unitamente all'erogazione di un'assistenza non standardizzata e organizzata in modo da poter soddisfare, in maniera specifica e mirata, le esigenze non solo fisiche, ma anche psicologiche, emotive e spirituali, di ogni singolo individuo. Ancora, la libertà ha assunto rilevanza in relazione all'astensione da ogni intervento esclusivamente finalizzato a prolungare il processo del morire e realizzare condizioni di assistenza e di cura che sappiano rispondere al bisogno del malato di non morire in solitudine, ma circondato dall'affetto dei suoi cari, in un ambiente il più possibile familiare e rasserenante.

La complessa nozione di libertà proposta e difesa da Borsellino ha riguardato l'esercizio di diritti – e la loro garanzia di attuazione – talvolta dati per scontati, talora ritenuti inattuabili o non adeguatamente considerati, perché ascritti a

¹⁵ Sul punto, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., pp. 486-489.

¹⁶ Non a caso, il testo della legge n. 219/2017 fa un esplicito richiamo alla legge n. 38/2010, istitutiva del servizio nazionale di accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore.

soggetti nelle fasi finali della vita, soggetti che, di fronte ad una compressione o alla limitazione delle loro legittime aspettative, non hanno la possibilità di dare vita a grandi mobilitazioni, ma che, non di meno, hanno sempre rappresentato il centro dell'attività etica e bioetica di Borsellino. Il suo apporto teorico – giuridico, insieme a quello di altri studiosi e studiosi che a tale fine, lungamente, si sono battuti, ha avuto riscontri importanti a livello istituzionale, perché analizzando in contenuti della legge n. 219/2017, possiamo rilevare che tale normativa contribuisce a costruire una cultura orientata alla qualità della vita, a valorizzare la fiducia tra operatori, pazienti e familiari, soprattutto nella determinazione di cosa valga la pena fare, o non fare, iniziare o sospendere, anche nei percorsi finali dell'esistenza. Insieme a molti intellettuali, medici, bioeticisti, filosofi e giuristi, Borsellino ha contribuito a fare della legge n. 219/2017 una legge giusta e vantaggiosa, perché consente di garantire uno dei diritti fondamentali più rilevanti nel momento contemporaneo, il fondamentale diritto all'autodeterminazione circa le cure e perché i pazienti non avranno a che fare con “alleati”¹⁷, ma con curanti preparati e professionali, con cui condividere un tratto importante (spesso l'ultimo tratto), della loro esperienza di vita, di malattia e di cura.

3. *Considerazioni conclusive*

Dovendo riepilogare i tratti salienti della battaglia culturale portata avanti da Borsellino, è opportuno fare riferimento a due obiettivi principali.

Il primo ha riguardato la chiarificazione della portata del fondamentale diritto alla salute, come sancito al primo e al secondo comma dell'art. 32 della nostra Costituzione, nel senso che, per molti anni, pur in mancanza di una disciplina legislativa riguardo al consenso informato ai trattamenti, Borsellino ha sostenuto (e del resto la giurisprudenza, dai primi anni Novanta in poi, ha affermato e sempre ribadito) che non vi fosse affatto un “vuoto normativo” nel nostro sistema; al contrario, è stata evidenziata l'immediata prescrittività del dettato costituzionale, a garanzia del diritto di ogni individuo, adulto e capace, a ricevere tutti e soli i trattamenti acconsentiti, a seguito di adeguata informazione sulla propria condizione. In questa prospettiva, il lavoro dell'Autrice ha contribuito ad esplicitare che un diritto fondamentale non può essere svuotato o vanificato

¹⁷ È stata superata la c.d. “alleanza terapeutica”, espressione evocativa, che rimanda all'idea di un patto tra soggetti su piani asimmetrici, in cui in genere il medico riveste il ruolo di esperto, che chiede al malato, in una posizione svantaggiata, di aderire e dunque, di allearsi, al piano terapeutico proposto. In questo senso cfr. S.T. LEVY (a cura di), *The Therapeutic Alliance*, Madison: International Universities Press, 2000; cfr. anche J.D. SAFRAN, J.C. MURAN, E. SAVI, *Teoria e pratica dell'alleanza terapeutica*, Roma-Bari: Laterza, 2011; cfr. infine G. LIOTTI, F. MONTICELLI, *Teoria e clinica dell'alleanza terapeutica*, Milano: Cortina, 2014. In proposito, contro l'uso e la spendibilità di tale espressione, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., pp. 105-107.

in assenza di una disciplina particolare di rango legislativo, senza tuttavia negare l'importanza di implementare l'ordinamento con adeguate prescrizioni al riguardo.

Nel lungo e animato dibattito istituzionale, che ha interessato il nostro Paese dai primi anni Novanta al 2017, caratterizzando la discussione bioetica pubblica, i lavori di Borsellino¹⁸ hanno dato un contributo al conseguimento di un secondo obiettivo. Si tratta, come ricordato nel paragrafo precedente, dell'introduzione della disciplina legislativa riguardante gli strumenti per l'espressione della volontà, attuale o anticipata, del paziente circa le cure, obiettivo raggiunto, con l'approvazione e l'entrata in vigore della legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

L'impalcatura dei molti diritti difesi da Borsellino è andata consolidandosi negli ultimi decenni, ma non è possibile affermare che sia una struttura chiusa e definitiva. Se, dunque, per un verso si può ritenere che molti buoni risultati siano stati ad oggi raggiunti, per altro verso, vi sono ancora spazi di impegno e di intervento, riguardo a questioni eticamente rilevanti, su temi delicati e con riferimento a scelte personalissime, che necessitano il contributo costante e assiduo di voci laiche e liberali. Un esempio è la discussione in atto circa l'introduzione, nel nostro ordinamento, di una normativa specifica per l'aiuto a morire, tema tornato fortemente al centro del dibattito istituzionale col caso Cappato – Antoniani¹⁹.

Si sta pertanto configurando un nuovo scenario, che porta con sé sfide rinnovate, nel quale tuttavia il riconoscimento della centralità del malato viene a costituire sempre più «[...] il criterio delle scelte di cura in qualunque contesto di assistenza»²⁰, e non smette di essere «il faro orientatore delle decisioni²¹» e di auspicabili innovazioni normative.

¹⁸ Ai fini di questo lavoro, si fa necessariamente un sintetico e non esaustivo rinvio agli ultimi contributi, che testimoniano l'assidua interlocuzione con molte anime del mondo intellettuale, non solo accademico, che conferiscono autorevolezza e importanza ai contributi dell'Autrice e al suo apprezzato ruolo in diversi contesti scientifici. Cfr. P. BORSELLINO, *La legge n. 291/2017: una risposta normativa orientata al superamento del conflitto sui principi*, in M. JESSOULA, B. MAGNI, N. RIVA e M. FERRERA (a cura di), *Laboratorio di Politica comparata e Filosofia Pubblica, Gli Annali 2019*, 2, 2019, pp. 2-17; cfr. P. BORSELLINO, *La L. n. 219/2017 a un anno dall'approvazione e i nuovi scenari aperti dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, in *Notizie di Politeta*, 133, 2019, pp. 84-92. Più recentemente, in relazione all'attuale situazione pandemica, che molto ha compresso diritti e libertà, specialmente riguardo all'accesso alle cure, cfr. ID., *Covid-19. Quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in tempo di emergenza sanitaria?*, in *Notizie di Politeta*, 138, 2020, pp. 5-25; cfr. ID., *Post Covid: tornare alla cura che rispetta la persona, in Insieme a VIDAS*, notiziario quadrimestrale dell'Associazione VIDAS Onlus, luglio 2020, pp. 8-9.

¹⁹ Cfr. P. BORSELLINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: presupposti, punti fermi e questioni aperte*, in G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino: Giappichelli, 2020, pp. 39-58.

²⁰ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, II ed., cit., pp. 500-501.

In conclusione, potremmo senza dubbio affermare che l'Autrice ha lavorato affinché venissero esplicitati i criteri normativi alla luce dei quali il paziente non deve essere abbandonato o mortificato, ma al contrario, deve essere rispettato e valorizzato, soprattutto nelle fasi delicate, drammatiche, talora tragiche, a conclusione dell'esistenza.

Parafrasando una nota riflessione di Uberto Scarpelli²², Borsellino ha chiamato altri accanto a sé, si è fatta animo con loro, non li ha fatti rimanere soli in una lotta da sostenere. In breve, è riuscita a portare avanti precise scelte, proprie di una bioetica laica, impegnata e liberale, che ha saputo delineare linee di intervento affinché fossero forgiati buoni strumenti normativi, per il miglior esercizio possibile dei diritti dei pazienti e di tutti noi.

²¹ *Ibidem*.

²² «Diritto – scriveva Uberto Scarpelli – è una parola che si è caricata nella storia della cultura di una forza emotiva favorevole e intensa» funzionale per «chiamare altri accanto a sé, farsi animo con loro, non voler rimanere solo o sola in una lotta da sostenere». Cfr. U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti naturali. Un'analisi semiotica* in S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia: Centro Studi Giuridici e Politici, 1992, pp. 40-41.

IL CONTRIBUTO DI PATRIZIA BORSELLINO AL NEOILLUMINISMO

Eugenio Lecaldano

SOMMARIO: 1. Borsellino e il neoilluminismo. – 2. Il confronto con Bobbio e Scarpelli a proposito della meta-etica di morale e diritto. – 3. Una impostazione neoilluminista e laica sulle relazioni tra morale e diritto nella riflessione critica sulle questioni della bioetica.

1. *Borsellino e il neoilluminismo*

Patrizia Borsellino con la sua ampia riflessione sull'etica rappresenta un chiaro documento della continuazione del neoilluminismo al di là degli inizi degli anni Settanta del secolo scorso, momento in cui molta storiografia sulla filosofia italiana considera concluso questo movimento¹. Proprio lo sviluppo delle idee di Borsellino permette di rintracciare con nettezza alcuni degli elementi di continuità tra la prima e la seconda fase del neoilluminismo e quella che potremmo considerare la terza fase di questo movimento. Inoltre, fermandoci sugli scritti di Borsellino potremo individuare alcuni degli sviluppi teorici originali che si sono chiaramente manifestati nell'approccio filosofico neoilluminista italiano dalla fine degli anni Ottanta ad oggi, rispetto al periodo precedente che muove dagli anni Cinquanta.

Borsellino condivide le impostazioni guida del neoilluminismo con cui entra in contatto principalmente lavorando con Uberto Scarpelli. Lo stesso Scarpelli ha così ricostruito il suo incontro iniziale con Borsellino a Milano che dopo la sua laurea su Giulio Preti con Mario Dal Prà si avvicinò allo "Istituto di Filosofia e sociologia del diritto" e prese una seconda laurea in giurisprudenza: «L'attività e la collaborazione all'insegnamento nel nostro Istituto non ebbero però sulla Borsellino soltanto l'effetto generico di orientarla alle pandette. Dalla mia

¹ Sulla vicenda della interpretazione storiografica del neo-illuminismo italiano mi permetto di rinviare a E. LECALDANO, *Il neo-illuminismo e le sue fasi dal secondo dopoguerra ad oggi: ipotesi per un bilancio*, in F. PAZZELLI, F. VERDE (a cura di), *Momenti di filosofia italiana*, Roma: Edizioni Efestò, 2020, pp. 187-210 che è la stampa della rivista on line *Syzetesis, Rivista di filosofia*, VII, 2020.

cattedra milanese ed intorno ad essa si è fatto (da quando, nel '74, la Facoltà mi volle a Milano) il lavoro di metodologia e teoria generale del diritto più fedele allo spirito del mio maestro Norberto Bobbio, naturalmente non senza quell'impegno di assidua revisione ed allargamento delle prospettive che Bobbio medesimo mi aveva mostrato e comunicato (gli sviluppi sono stati soprattutto nella direzione della semantica del linguaggio normativo, da Bobbio appena saggiata)»². Possiamo riprendere da Scarpelli l'impianto che daremo a questo scritto: fare il punto sulle innovazioni teoriche che Borsellino ha introdotto nella concezione della semantica del linguaggio normativo rispetto a quelle che si possono trovare in Bobbio – che questa semantica aveva appena saggiato – e anche in Scarpelli. Seguirò in particolare gli sviluppi che Borsellino apporta alla meta-teoria a proposito delle relazioni tra due dimensioni del linguaggio normativo dell'etica, ovvero la morale e il diritto.

Molte sono le occasioni nelle quali Borsellino si è soffermata sul neoilluminismo in generale per esprimere la sua adesione ai principi di questo movimento. Tra queste prendo in considerazione alcune pagine di *Norberto Bobbio: meta-teorico del diritto* del 1991 in cui, andando al di là della figura di Bobbio, si esamina in generale il fenomeno del neoilluminismo. Il tono con cui viene trattato da Borsellino il neoilluminismo non è certo quello archeologico rivolto ad un movimento oramai defunto e seppellito, come invece proprio Bobbio alcuni anni prima nel 1981 aveva proclamato nel suo bilancio ad un convegno sulla cultura filosofica italiana³. Borsellino colloca Bobbio nella “scuola analitica nord-occidentale” e in questo contesto cerca di caratterizzarne la “scelta neoilluministica”. Il neoilluminismo è quell’«orientamento di pensiero laico e razionalista adottato, nel dopoguerra dagli intellettuali ai quali né lo spiritualismo cattolico, né il marxismo parvero strade percorribili dopo il definitivo esaurimento dell'idealismo»⁴. Ma subito Borsellino, forte della sua frequentazione assidua di Preti, specifica: «Va detto però che mentre nei confronti dello spiritualismo essi assumono un atteggiamento di netta contrapposizione, nei confronti del marxismo intrattengono rapporti complessi, spesso caratterizzati dal tentativo di combinarlo con altri indirizzi di pensiero, dopo averne espunto attraverso opportune riformulazioni le componenti dogmatiche e gli assunti metafisici»⁵. Proprio il rinvio ad esponenti come Preti e Paci spinge Borsellino ad accettare sul neoilluminismo il giudizio che lo vede come un fenomeno culturalmente caratterizzato da un “pluralismo strutturale”. Borsellino, nell'illustrare le ragioni

² U. SCARPELLI, *Prefazione* a P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio meta-teorico del diritto*, Milano: Giuffrè, 1991, p. IX.

³ N. BOBBIO, *Bilancio di un convegno*, in *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere. Atti del convegno di Anacapri giugno 1981*, Napoli: Guida, 1982, pp. 301-311.

⁴ P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio meta-teorico del diritto*, cit., pp. 1-20.

⁵ *Ivi*, p. 3.

dell'adesione di Bobbio – ma anche di Scarpelli – al neoilluminismo, non dà rilievo alle componenti critiche ma ne vede piuttosto gli apporti positivi. In esso, infatti, si esprime un “orientamento costruttivo”, spinto fino ad un impegno politico che non coincide certo con quello dei partiti ed è sorretto da vera e propria filosofia positiva e scientifica⁶. Qui secondo Borsellino il neoilluminismo – e la preminenza nella sua ricostruzione non solo di Scarpelli ma anche di Preti risulta chiara⁷ – si allontana fortemente dalle posizioni antiscientifiche più comuni in Italia, fino al punto che, per quanto riguarda specificamente il progetto filosofico, l'istanza che si faceva valere era che: «senza perdere specificità ed autonomia rispetto alla scienza, ne mutuasse lo stile di lavoro, configurandosi a propria volta, come universo di discorso in cui è possibile collaborare e conseguire risultati che divengono patrimonio comune di tutti gli studiosi»⁸.

Questa impostazione generale del neoilluminismo come filosofia scientifica Borsellino rivendica proprio come linea prioritaria per l'elaborazione della teoria generale del diritto. Anche a questo proposito Borsellino è particolarmente attenta ad una ricostruzione pluralista, vedendo nella meta-teoria giuridica elaborata dalla sua scuola analitica l'influenza non solo del positivismo giuridico di tipo kelseniano, ma anche dell'orientamento costituito dall'empirismo logico. Bobbio e molti altri, infatti, come neoilluministi, condividevano con Preti l'idea che si dovesse praticare la filosofia come un “onesto mestiere”, principalmente radicato «nell'affermazione dell'esperienza e della ragione»⁹. Una impostazione che si concretizzava nella linea metodologica «di accettare e costruire solo discorsi che abbiano un preciso rapporto con l'esperienza non linguistica». Ma proprio a questo proposito, Borsellino ricorda lo sforzo fatto dai neo-empiristi e di certo anche da molti neoilluministi italiani di andare oltre una concezione eccessivamente riduzionistica dell'esperienza, che rendesse impossibile fare valere l'onesto mestiere del filosofo a proposito delle varie dimensioni dell'etica. Proprio qui si radica il processo che spinge l'interpretazione della significanza degli enunciati linguistici al di là della stretta corrispondenza tra linguaggio e dati dell'esperienza: «Di particolare rilievo per i discorsi etici in generale e giuridici in particolare appare la tesi che condizione necessaria e sufficiente per la significanza di qualunque enunciato sia non la corrispondenza ma il riferimento adeguato ad una possibile esperienza»¹⁰.

Il neoilluminismo che Borsellino ha presente, più che quello di Bobbio, è certamente quello di Scarpelli. Va infatti tenuto presente che Scarpelli si mosse

⁶ *Ivi*, p. 4.

⁷ Su Preti si veda in particolare l'articolo P. BORSELLINO, *Giulio Preti un impegno per la ragione in etica*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, XXXIV, 1979, pp. 70-104.

⁸ P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., p. 7.

⁹ *Ivi*, pp. 12-13.

¹⁰ *Ivi*, p. 13.

ben oltre gli esiti di Bobbio del riconoscimento di una presenza ideologico – politica nel diritto, nel costruire una meta-teoria dei linguaggi normativi in grado di differenziare bene tra le varie parti dell’etica ed in particolare di recuperare la piena significanza delle direttive morali, al di là della sottoscrizione non – cognitivista della diversità tra fatti e valori. Scarpelli, diversamente da Bobbio, non sembra preoccupato, poi, in generale di non allontanarsi troppo da una concezione sovrastrutturale delle diverse dimensioni dell’etica che finisca col privilegiare la dimensione politica. In Bobbio questa attenzione per la natura sovrastrutturale dell’etica probabilmente influenza la sua trattazione dei diritti, che include non solo il riconoscimento di un ruolo centrale ai diritti sociali, ma nega anche una sensatezza alla nozione di “diritti morali” in quanto tali. Scarpelli, invece, muovendo da una formazione esistenzialista, considera prioritaria la dimensione individuale della moralità e dunque si impegna continuamente e sino alla fine della sua ricerca in una elaborazione coerentemente liberale, che rivendica la capacità di una prospettiva laica di fornire una fondazione adeguata proprio delle direttive morali.

2. *Il confronto con Bobbio e Scarpelli a proposito della meta-etica di morale e diritto*

Questa impostazione generale della ripresa della eredità illuministica e della presenza in essa di una diversa accentuazione dello insegnamento di Bobbio e Scarpelli mi sembra sia rintracciabile nel modo più specifico in cui Borsellino rende conto nei suoi scritti della trattazione meta-normativa dei suoi due maestri¹¹. La questione che ci interessa è il modo in cui in una elaborazione filosofica meta-teorica si riconosce non solo la diversità tra morale e diritto, ma la legittimità di condurre un lavoro meta-teorico sulla moralità in quanto tale e, di conseguenza, un modo di procedere che non dia una qualche priorità formale al diritto come pratica più accettabile, sulla base delle esigenze epistemologiche del neoilluminismo.

La questione al centro della riflessione metateorica di Bobbio è così caratterizzata da Borsellino. Bobbio muoveva principalmente dalla tesi della «irriducibilità di fatti e valori, conoscenze e valutazioni» e dunque non poteva in alcun modo condividere con i suoi contemporanei del secondo dopoguerra quegli scrupoli contro il formalismo che si spingevano fino a recuperare il giusnaturalismo¹². Bobbio aderiva «ad una prospettiva metateorica divisionistica e non co-

¹¹ Sono decisivi dunque oltre il volume già citato P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, anche P. BORSELLINO, *Uberto Scarpelli filosofo attuale* in P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Torino: Giappichelli, 2014, pp. 1-19.

¹² *Ivi*, pp. 9-10.

gnitivistica», affermata sia sul versante metaetico, in connessione con una teoria dei valori, sia sul versante della metodologia scientifica, in connessione con la tesi dell'avalutatività, ritenuta indispensabile per la costruzione di discorsi scientifici sul diritto¹³. La diagnosi, complessiva, poi di Borsellino per quanto riguarda il contributo di Bobbio alla filosofia del diritto, insiste sulla sua capacità di portare avanti una «elaborazione di modelli metateorici tanto differenziati da non sembrare, almeno ad una prima considerazione, di comune paternità»¹⁴. Come spiega Borsellino, «Bobbio passa da una elaborazione che privilegia “l'accostamento strutturale” ad una riforma di questa impostazione inserendo elementi funzionali, ad una fase nella quale riconosce che «premesse di tipo ideologico-politico svolgono un ruolo fondamentale anche nelle teorie formali, compresa la teoria normativistica kelseniana a lungo ritenuta ideologicamente neutrale»¹⁵.

Più corposa è la trattazione che Borsellino fa delle idee di Scarpelli sui rapporti tra morale e diritto. Va ovviamente rilevato che la biografia intellettuale di Scarpelli, operosa e con sistematiche riflessioni sulle nuove questioni dell'etica, fino alla sua morte nel 1993, è una chiara documentazione della assurdità della tesi storiografica che vede il neoilluminismo italiano esaurire la sua spinta innovativa nei primi anni Settanta. Il semplice catalogo delle questioni di etica pratica affrontate negli scritti di Scarpelli sulla bioetica basta a mostrare quanto questa interpretazione sia incongrua¹⁶. Borsellino condivide con Scarpelli questa attenzione per i nuovi problemi etici al centro della discussione pubblica italiana dagli anni Settanta del secolo scorso ad oggi e vedremo come, procedendo su questo sfondo, riesca ad elaborare una trattazione metateorica dei linguaggi del diritto e della morale che approfondisce in modo nuovo le diversità e relazioni tra queste aree del discorso prescrittivo.

Borsellino, dunque, insisteva sulla particolare preoccupazione teorica di Scarpelli per la relazione tra morale e diritto. Questa preoccupazione è quella che spiega di più, secondo Borsellino, il progressivo avvicinarsi di Scarpelli al paradigma costituzionalistico. Con diversi anni di anticipo rispetto alla focalizzazione di cui è oggetto nell'odierno dibattito filosofico-giuridico, il paradigma costituzionalistico è stato al centro della riflessione di Scarpelli, il quale già negli anni in cui teneva ferma la fiducia illuministica nella legge generale e astratta come strumento idoneo a imporre alla società un ordine di ragione, è apparso sensibile al problema di segnare limiti invalicabili al potere di chi governa e fa le leggi, e successivamente quando a fronte dell'intensificarsi del disordine legisla-

¹³ *Ivi*, p. 10.

¹⁴ *Ivi*, p. 19.

¹⁵ *Ivi*, p. 20.

¹⁶ U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano: Baldini & Castoldi, 1998. Si tratta di una raccolta postuma dei scritti di Scarpelli sulla bioetica curata da Maurizio Mori.

tivo in un paese come l'Italia, giunto al limite di una vera e propria 'eccitazione psico-motoria legislativa' non ha esitato, nel corso degli anni Ottanta, a qualificarsi 'credente nella legge ... alquanto pentito', ha manifestato la convinzione che il rimedio per la crisi del diritto incentrato sul codice, e in generale, sulla legge, possa trovarsi nel richiamo ai principi del diritto, «principi non svolti agli estremi esiti in una normativa articolata e dettagliata come quella dei codici, bensì lasciati aperti e proiettati nel futuro a far da guida attraverso varie interpretazioni e adattamenti, di fronte a problemi, difficoltà e contrasti sempre nuovi»¹⁷. Con questo suo richiamo ai principi, Scarpelli prende le distanze sia dal formalismo neutralistico dei kelseniani, come dagli orientamenti giusnaturalisti. Spiega, infatti, Borsellino: «Mentre i principi di diritto naturale sono il prodotto di un'evidenza acquisita, considerando ciò che più s'appropria alla condizione umana in generale, o in un particolare momento storico, i principi cui pensa Scarpelli sono "il prodotto della tradizione, dell'educazione, di una continua revisione in rapporto alle pressioni dell'ambiente, sono esposti alla crisi e al cambiamento ... sono soprattutto l'oggetto di un profondo rinnovato dubbio". Solo ai primi e non ai secondi è, inoltre, sottesa un'ontologia antropologica caratterizzata dalla fusione di essere e dovere essere»¹⁸. Con Scarpelli, Borsellino ha condiviso molte impostazioni e delle diversità specifiche del suo approccio e dei risultati che ha saputo ricavarne ci occuperemo nelle prossime pagine.

3. Una impostazione neoilluminista e laica sulle relazioni tra morale e diritto nella riflessione critica sulle questioni della bioetica

Come abbiamo visto già, Scarpelli non riprende completamente le posizioni di Bobbio e di quei non cognitivisti della prima fase del neo-illuminismo che reducevano la trattazione della meta-etica della moralità a una diagnosi di irrecuperabile irrazionalità strutturale. In fondo, Scarpelli già nel 1962, in *Filosofia analitica: norme e valori* riconosce l'esistenza di uno spazio teorico anche per la trattazione delle questioni morali¹⁹: il campo della moralità, pur essendo parte di un'etica senza verità²⁰, tuttavia permetteva un approfondimento teorico. Punto che veniva rafforzato non solo nei suoi scritti di bioetica, ma anche nelle sue considerazioni sulle diversità e vicinanze tra argomentazioni e giustificazione²¹.

Per quanto riguarda la teoria meta-teorica dei linguaggi normativi, e in parti-

¹⁷ P. BORSELLINO, *Uberto Scarpelli filosofo attuale*, cit., p. 11.

¹⁸ *Ivi*, p. 13.

¹⁹ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica: norme e valori*, Torino: Edizioni di Comunità, 1976.

²⁰ U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna: il Mulino, 1982.

²¹ Si veda E. LECALDANO, *Meta-etica e giustificazione, le innovazioni teoriche di Uberto Scarpelli* in P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, cit., pp. 23-35.

colare della relazione tra moralità e diritto, Borsellino fa tesoro di un cambiamento decisivo realizzato da Scarpelli, riconoscendo che «il giudizio di validità che costituisce la più emblematica fra le operazioni dei giuristi, comporta non solo la rilevanza della conformità o della difformità delle norme rispetto ai criteri regolativi (determinativi) dell'appartenenza delle norme al sistema, ma anche una presa di posizione favorevole rispetto alla forma di organizzazione che esprime quei criteri e, quindi involge, in ultima istanza, una scelta "legata a valori morali e politici"²². Borsellino trova anche già in Scarpelli una caratterizzazione a due livelli della morale, una contenutistica e l'altra procedurale. In fondo, la moralità di cui si rende conto a livello metateorico è fatta di scelte responsabili nelle quali «non si ha paura di ammettere che i valori (a cominciare dai nostri valori) non sono dati, ma costruiti» e, dunque, «vi sono i presupposti per l'instaurarsi di una relazione cooperativa, per un mutuo scambio, per la continua apertura a prendere in considerazione le ragioni che supportano le altrui posizioni etiche, e anche rivedere le proprie. Da qui, come Scarpelli ha avuto il merito di insegnarci, parte il cammino che può condurre a posizioni etiche se non "oggettive", pur sempre intersoggettivamente condivise, ferma restando la necessità di convivere con la diversità, rispettando e garantendo il dissenso morale, nei casi in cui la condivisione non viene raggiunta»²³.

Uno dei tratti distintivi del lavoro teorico di Borsellino è di presentare una complessiva teoria meta-teorica dell'etica che fa i conti, in modo sistematico, con le questioni aperte dalla bioetica. La meta-etica dei linguaggi normativi presentata da Borsellino pone al centro l'esigenza di differenziare bene il ruolo della moralità e del diritto nelle numerose problematiche che hanno costituito il dibattito sulla bioetica²⁴. Rispetto ad una fase precedente della riflessione che insisteva nel privilegiare l'ottica della filosofia morale, Borsellino fa valere l'esigenza di mettere in primo piano l'approfondimento proprio dello spazio del diritto. Nel fare questo, Borsellino sembra riprendere l'ottica dei suoi maestri Bobbio e Scarpelli che, per entrare nell'area del normativo, preferivano il terreno più solido del diritto, in quanto ordinamento pubblicamente ricostruibile, mentre la moralità veniva collocata in uno spazio più privato, o addirittura scaricata in un territorio in cui prevalevano emozioni impermeabili a qualsiasi regolazione. Ma le cose vanno poi diversamente per Borsellino, dato che nelle sue riflessioni emerge chiaramente che l'universo della morale è un campo normativo non meno sottoponibile di quello del diritto alla riflessione critica e nel quale non è vana la ricerca di procedure giustificative valide. Con lei scompare completamente

²² P. BORSELLINO, *Uberto Scarpelli filosofo attuale*, cit., p. 11.

²³ P. BORSELLINO, *ult. op. cit.*, p. 19.

²⁴ Si veda in particolare di P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano: Zadig, 1999; ID., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009; ID., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, II ed., Milano: Raffaello Cortina Editore, 2018.

l'impostazione di Bobbio, ma parzialmente anche di Scarpelli, di reagire al diligente giusnaturalismo, incline a dare alla moralità una priorità fondazionale, spingendosi ben oltre la rivendicazione della autonomia del diritto e riconoscendo a questa pratica sociale non solo una funzione sociale ineliminabile, ma proprio una struttura formale superiore. Così Borsellino diagnostica la situazione: «Va però detto che l'odierna diffusa consapevolezza circa le implicazioni giuridiche degli interventi biomedici su esseri viventi e, soprattutto sull'uomo, ha rappresentato nel nostro contesto, una conquista relativamente tardiva. Nei primi dieci, forse, quindici anni del dibattito, quale si è andato svolgendo nel continente europeo e, soprattutto, in Italia, le questioni bioetiche sono infatti state considerate avendo riguardo soprattutto alle loro implicazioni morali. Privata dell'apporto dei giuristi, arrivati tardi e, con riluttanza, ad occuparsi di tali problemi, la bioetica italiana è stata nella fase del suo sviluppo, realizzata prevalentemente sotto l'insegna della filosofia morale, mentre scarsa è stata l'attenzione prestata all'adeguatezza del diritto vigente e delle categorie giuridiche tradizionali rispetto ai nuovi scenari della vita umana, delineatesi sotto la spinta delle innovazioni tecnologiche, né in prospettiva *de jure condendo* è stato posto in primo piano il problema della regolazione giuridica di materie "sensibili" come quelle relative agli interventi sul corpo, che pur la mancanza di un sentire bioetico condiviso rende difficilmente disciplinabili con i soli strumenti della moralità»²⁵.

Borsellino, per andare oltre questa lacuna, ha sistematicamente contribuito alla costruzione di un "biodiritto" inteso come «riflessione critica sui criteri propriamente giuridici delle scelte e delle prassi mediche e biogenetiche, considerati nei loro rapporti con i criteri reperibili negli altri sistemi regolativi delle condotte individuali e sociali (visioni morali, deontologie degli esercenti le professioni sanitarie). Il biodiritto non è, dunque, qualcosa di esterno o di alternativo alla bioetica, né lo studioso di biodiritto si contrappone allo studioso di bioetica nella prospettiva di un pangiuridicismo volto a sostituire il diritto alla morale come (unico) osservatorio di riferimento per la problematizzazione delle scienze della vita e delle loro applicazioni tecnologiche. Al contrario, contribuisce alla realizzazione dell'impresa bioetica, ma con uno specifico approccio – quello giuridico – senza la cui adozione la bioetica rischia di non incidere significativamente sulla trasformazione dell'etica sociale diffusa, favorendone l'adeguamento ai nuovi scenari delineatesi grazie agli straordinari progressi delle scienze della vita e rischia, altresì, di non contribuire alla prevenzione e/o alla comprensione di acuti conflitti presenti nelle società del nostro tempo»²⁶.

Borsellino porta a termine il suo obiettivo con una chiarezza e completezza veramente apprezzabili: il suo lavoro, espresso sempre con un linguaggio rigoro-

²⁵ P. BORSSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, 2018, cit., p. 70.

²⁶ *Ivi*, pp. 79-80.

so, dà un decisivo contributo alla comprensione delle trasformazioni a cui è andata incontro la società italiana negli ultimi cinquant'anni. Il suo è un vero e proprio documento dello sviluppo del neoilluminismo italiano con una sua specifica originalità. Non solo Borsellino elabora esaurientemente la sua impostazione in termini critici nei confronti di diverse maniere alternative alla sua di cercare di realizzare una adeguata trattazione degli aspetti giuridici in gioco nelle questioni bioetiche, ma presenta anche una riconoscibile linea positiva e costruttiva, che fa emergere rivendicazioni innovative rispetto a quelle avanzate nella prima fase del neoilluminismo. Una prospettiva laica e secolare erede dell'Illuminismo come quella delineata negli scritti di Borsellino mostra di avere notevoli risorse per fornire un aiuto a una ricerca tesa a riordinare criticamente tutte le principali questioni morali e giuridiche che ci stanno di fronte.

Limpida è la trattazione critica che Borsellino fa dei due modelli alternativi al suo, ovvero la "biogiuridica" e la "teoria dei diritti", con cui si è cercato di rivisitare le categorie giuridiche per metterle al passo con le questioni bioetiche. Per la biogiuridica Borsellino rileva: «Riguardo alla normazione oggettivamente fondata nella prospettiva della biogiuridica, si pone la questione se essa sia auspicabile, e se possa davvero essere considerata la migliore strada da percorrere per porre rimedio, come i suoi fautori sostengono, al disorientamento etico, di cui il volto pluralistico della bioetica sarebbe negativo indice e (deprecabile) manifestazione. Ma ancora prima, si pone la questione se essa sia effettivamente realizzabile o se invece l'oggettività e quindi l'assoluta e indiscutibile vincolatività delle soluzioni normative da essa prospettate, abbia carattere illusorio. Verso la seconda alternativa fa propendere l'attenta analisi del significato dei termini in gioco, delle modalità e del fondamento della loro connessione nelle proposizioni attraverso le quali trovano formulazione le principali tesi in cui si sostanzia questa prospettiva teorica, ancora l'analisi della valenza delle operazioni definitive compiute dai teorizzatori della biogiuridica e dell'impatto che hanno sui loro destinatari»²⁷. Inoltre, spiega Borsellino da buona filosofa analitica di tendenza empirista: «Se sottopongo al vaglio critico dell'analisi linguistica e, quindi, al test della significanza, la tesi caratterizzante la "biogiuridica", che vi siano soluzioni normative oggettivamente necessitate dalla configurazione ontologica dell'essere umano, essa risulta poggiare sul labile fondamento di asserzioni intorno alla "natura umana", a supporto della cui pretesa assoluta verità non può essere adottato alcuna prova empirica»²⁸. E infine: «Peraltro, ai fini di una ponderata valutazione non solo della realizzabilità, ma anche della auspicabilità della normazione delle questioni bioetiche non arbitraria, perché improntata a criteri obiettivi di giustizia, bisogna portare l'attenzione sullo stretto e privilegiato rapporto che, fra tale normazione giuridica e la morale, viene ritenuto sussistere,

²⁷ *Ivi*, pp. 90-91.

²⁸ *Ivi*, p. 93.

dai sostenitori della biogiuridica, a muovere dall'assunto centrale e caratterizzante del giusnaturalismo della connessione necessaria tra il diritto e la morale. [...] A ben guardare, in questa prospettiva diritto e morale cessano di essere due ambiti distinti se pur correlati, e il diritto incorpora (deve incorporare) la morale, meglio l'etica coesistenziale, divenendo così condizione e garanzia di "vincoli associativi universali" improntati alla regola di giustizia e sempre rispettosi della dignità umana»²⁹. Con queste critiche Borsellino riesce a mostrare con chiarezza non solo le pretese indimostrabili ma le ricadute riduzionistiche e coercitive che accompagnano la impostazione biogiuridica.

Per quanto riguarda la impostazione sul diritto che suggerisce di ricondurlo ad una qualche "teoria generale dei diritti", Borsellino non solo avanza condivisibili argomentazioni critiche, ma imposta un uso della nozione di "diritti morali" che segna una novità rispetto alla precedente trattazione di molti neoilluministi italiani. Uno dei punti di innovazione della elaborazione teorica di Borsellino sta nel pieno riconoscimento di un possibile uso adeguato della nozione di "diritti morali", non necessariamente assimilabili né ai diritti naturali, né a quelli innati che gli esseri umani avrebbero sulla base della loro struttura ontologica e metafisica. Con questa sua apertura Borsellino va oltre la posizione che nella prima fase del neoilluminismo veniva esemplificata da Bobbio che invece negava proprio l'autonomia dei diritti morali³⁰. Per Bobbio un richiamo ai diritti morali poteva volere dire esclusivamente aprire uno spazio di elaborazione per il giusnaturalismo. E proprio perciò, Bobbio concludeva: «Come non è concepibile un diritto naturale al di fuori del sistema delle leggi naturali, così non vi è altro modo di capire cosa significa *moral right* se non riferendolo a un insieme o complesso o sistema di leggi che si sogliono chiamare morali, anche se non è mai chiaro quale sia il loro *status* (come del resto non è mai chiaro quale sia lo status delle leggi naturali)»³¹. In fondo, l'impostazione di Bobbio non permetteva di riconoscere a livello meta-teorico un campo autonomo della moralità. Borsellino, con il suo riconoscimento della accettabilità a livello meta-teorico di "diritti morali", procede lungo la strada inaugurata da Scarpelli di provare a tenere distinta una qualche forma di costituzionalismo dal giusnaturalismo. Questo risul-

²⁹ *Ivi*, pp. 94-95. Nella sua analisi, Borsellino fa riferimento, tra i molti, ai testi di Sergio Cotta, Francesco D'Agostino e Laura Palazzani, ma questo orientamento, come è noto, è largamente presente nella riflessione filosofica sul diritto in Italia e rivendica spesso la sua egemonia e la sua corrispondenza al "senso comune" che rappresenterebbe l'identità del nostro Paese.

³⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi, 1990. Nella *Introduzione* si legge, ad esempio: «Dall'Inghilterra e dagli Stati Uniti, credo per influenza di Dworkin, ci giunge la distinzione tra *moral rights* e *legal rights* che è intraducibile e quel che è peggio, in una tradizione in cui diritto e morale sono due sfere ben differenziate della vita pratica, incomprensibile. In italiano, l'espressione "diritti legali" o "giuridici" suona ridondante, l'espressione "diritti morali" suona contraddittoria». N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. XVII.

³¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. XVIII.

ta lampante nella elaborazione ricca e continuativa che Borsellino ha fatto sulle questioni di fine vita³². Le sue proposte muovono spesso dalla elaborazione delle ricadute che la rivendicazione di una libertà moralmente giustificata hanno sia sul piano giuridico come su quello politico. Secondo Borsellino, però, una concezione meta-teorica che riconduce la dimensione giuridica a quella dei diritti non è accettabile. Ciò in quanto la nozione di diritti mantiene una sua “vaghezza” e non può certo essere percorsa la strada che li riconosce come una categoria fondamentale di una teoria normativa. Quindi, secondo Borsellino, si può solo muovere in senso pieno da “diritti” intesi come situazioni soggettive determinate da norme del diritto positivo, ovvero da condizioni che sono un prodotto storico³³. Dunque, Borsellino non si muove sulla strada di una liberalizzazione di questi usi, che prende atto di un dato della nostra storia, che ha visto spesso cambiamenti positivi innestati da rivendicazioni progressivamente condivise di diritti negati.

Nel biodiritto proposto da Borsellino, infine, rilevante è la riqualificazione dell'uso della nozione di “dignità” nei contesti di fine vita. Difficile non rendersi conto che la nozione di dignità ha un ruolo centrale nella trattazione giuridica di tali questioni³⁴. L'impostazione di Borsellino non è quella di negare la rilevanza giudica di questa categoria, ma di proporre una riqualificazione che le permetta di svolgere un ruolo di incontro tra diverse moralità. Questo è possibile se si lascia da parte una teoria “biogiuridica” che presume di qualificare con la nozione di dignità l'insieme della realtà dell'essere umano e pretende dunque di avere una sorta di monopolio totalizzante sulla dignità della vita umana, che determina anche condotta e legislazione alla fine della vita. Mentre nella prospettiva del biodiritto si può riqualificare la nozione di “dignità del morire” avanzando una serie di specificazioni d'uso: in primo luogo, «uno stretto collegamento tra la dignità alla fine della vita e le azioni tese a preservare i morenti dall'abbandono»; in secondo luogo l'uso appropriato del termine dignità è utilizzabile per «impedire ogni mortificazione nei confronti di chi sta morendo»; e infine questa nozione va usata per «riconoscere a chi sta morendo il diritto a essere considerato persona sino alla fine della vita», il che equivale a riconoscere che nella «qualità della vita per lui accettabile andrà individuato il faro capace di orientare le deci-

³² Tra i moltissimi lavori che l'Autrice ha dedicato alle questioni di fine vita, oltre i capitoli specifici dei libri già citati, si ricordano qui: P. BORSELLINO, *La responsabilità del medico nel processo del morire*, in *Cassazione penale*, n. 10, 2004, pp. 3019-3032; ID., *Biotestamento: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura nel disegno della L. n. 219/2017*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9, 2018, pp. 789-802.

³³ P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralità” e diritto*, 2018, cit., pp. 102-193.

³⁴ Questo, ad esempio, emerge nell'ampia e illuminante documentazione che Federico Gustavo Pizzetti fa della discussione internazionale sul testamento biologico in F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano: Giuffrè, 2008, specialmente il capitolo II, pp. 69-180.

sioni (se ricorrere o meno a determinati trattamenti, o se sospenderli) destinate a segnare i tempi della sopravvivenza, e quindi della terminalità temporalmente declinata»³⁵. Procedendo così dovremo riconoscere che risulterà dignitosa la fine della vita umana riconosciuta come tale dal morente.

Secondo la prospettiva del “biodiritto”, poi, ciò che la legge riconoscerà qualificandola come “diritto” non deriverà da qualche ontologia degli esseri umani, ma dalla funzione complessiva della pratica sociale che essa costituisce. Il diritto è una pratica tesa a facilitare la convivenza pacifica di individui con diversi orientamenti valoriali. Una funzione che non è però più giustificata da Borsellino sulla base di una irraggiungibile neutralità del diritto – era questo che invece rivendicavano alcuni seguaci italiani di Kelsen – ma piuttosto da una visione sostantiva dei principi regolativi del diritto. In primo luogo, a base del diritto troviamo i principi di autonomia e responsabilità. Ma mi sembra particolarmente rilevante, a mostrare il tratto neoilluministico del pensiero di Borsellino, la tesi laddove rileva: «Lungi dal presentarsi come in un certo senso autosufficiente e autonomo e, quindi in grado di autogiustificarsi risultando compatibile con qualunque prospettiva valoriale, il diritto conforme a questo modello può essere infatti, sostenuto e difeso in nome del rispetto delle convinzioni morali e religiose degli individui e della realizzazione dei loro piani di vita, non meno del valore della convivenza pacifica all’interno di una società pluralistica, e aggiungerei, in nome della convinzione che l’attuazione di quei valori incida, nelle diverse circostanze di vita, sulla condizione soggettiva di ciascun essere umano, promuovendone il benessere e riducendone la sofferenza»³⁶. Una aggiunta che al di là della rivendicazione della importanza della ragione o della esperienza e della imprescindibilità delle conoscenze scientifiche, sembra proprio mettere in chiaro quali sono i valori decisivi del neo-illuminismo italiano nei suoi più recenti sviluppi. Superata la tesi che faceva dipendere l’autorevolezza del mestiere del filosofo dalla sua speciale e neutrale capacità esplicativa, si cerca invece di ricordare tale autorevolezza con la capacità di provare a chiarire in termini giustificativi comprensibili a tutti, quali possano essere le vie di un’etica in grado di migliorare la condizione umana.

³⁵ P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, 2018, cit., pp. 484-501.

³⁶ P. BORSELLINO, Ivi, pp. 108-109.

ECRASEZ L'INFAME!

Claudio Luzzati

SOMMARIO: 1. L'illuminismo: una grande esagerazione, un'autoillusione, o invece il dovere morale di prese di posizione chiare e consapevoli? La profondità dell'illuminismo normativo. – 2. Teoria e prassi dell'illuminismo. – 2.1. I presupposti. – 2.2. Come cambia il paradigma della neutralità. – 2.3. Chi parla con chi? L'interlocutore assente.

1. *L'illuminismo: una grande esagerazione, un'autoillusione, o invece il dovere morale di prese di posizione chiare e consapevoli? La profondità dell'illuminismo normativo*

Patrizia ed io ci siamo occupati di argomenti diversi: mentre io ho studiato soprattutto la teoria generale del diritto e le tecniche interpretative, lei, dopo essersi occupata del pensiero di Bobbio, s'è dedicata in via principale alla bioetica, diventando una bioeticista di spicco dell'area laica. Tuttavia – mi si perdoni se indulgo ad una narrazione in una qualche misura autobiografica, come si potrebbe dar conto altrimenti dell'amicizia? – i nostri percorsi sono stati paralleli. Molto più simili di quel che si potrebbe credere, considerando la disparità dei nostri interessi.

Per comprenderlo, occorre prestare attenzione, più che a specifiche tesi, allo sfondo dei nostri rispettivi lavori teorici. Occorre dunque fare un esercizio faticoso e controintuitivo: mettere a nudo i presupposti, le cose da noi ritenute scontate e *quindi* non dette. Solo che non appena si fa di qualcosa di ovvio un oggetto d'analisi, lo si rende problematico. È quel che accade anche nel nostro caso. Secondo me, la cifra comune che caratterizza la nostra ricerca è l'illuminismo. Ma basta pronunciare questa parola e subito ci si avvede quanto essa sia gravida d'equivoci e di potenziali controversie; che, insomma, non vi è un unico modo di essere illuministi. Sono stati reputati tali, almeno per qualche aspetto, addirittura filosofi scopertamente irrazionalisti come Nietzsche¹, autore sì interessante, ma che di sicuro non costituisce il nostro modello.

¹ Cfr. H. KELSEN, *Secular Religion* (2012), tr. it. *Religione secolare*, Milano: Cortina, 2014, p. 3 e cap. 11; E. FINK, *Nietzsches Philosophie* (1960), tr. it. *La filosofia di Nietzsche*, Padova: Marsilio,

D'altronde, non di rado anche gli illuministi unanimemente riconosciuti fanno «filosofia col martello». Così, per esempio, Voltaire usava l'esclamazione *Écrasez l'infâme!* quale chiusa delle sue lettere, allo stesso modo in cui Catone concludeva i propri discorsi con un *delenda Carthago*. Nella sua forma abbreviata *Ecr-linf*, l'esclamazione volterriana era divenuta una specie di firma.

Siamo allora davanti ad un'ossessione di "smascherare" gli avversari, che finisce con l'assumere inavvertitamente i toni e le asprezze dei deprecati fanatici? A costruzioni illusorie e francamente esagerate che, nel loro fervore semplicistico, s'ingannano sul potere emancipatorio dell'intelletto?

Qualche critico della modernità, forse, ne è tuttora persuaso².

Probabilmente la storia dell'illuminismo settecentesco sarebbe tutta da riscrivere, essendo per una parte notevole il frutto di reazioni polemiche venute dopo³.

1973, cap. II. Peraltro, si rammenti che Nietzsche appose nella prima edizione di *Umano, troppo umano* una dedica a Voltaire, «uno dei più grandi liberatori dello spirito». La dedica successivamente sparì.

² Esemplare è il modo in cui C.G. JUNG, *Sigmund Freud come fenomeno storico-culturale* (ed. orig. 1932) e *Sigmund Freud: necrologio* (ed. orig. 1939), in ID., *Il contrasto tra Freud e Jung. Scritti sulla psicoanalisi freudiana*, Torino: Boringhieri, 1975, pp. 233 ss. e 245 ss., tratta le teorie di Freud. Questi è accostato a Nietzsche, è raffigurato come un «grande distruttore che spezza i vincoli del passato» (*op. cit.*, p. 238), un pensatore unilaterale che necessita «di un rigorismo dogmatico e di un fanatismo da inquisitore» (*op. cit.*, p. 241). Freud, in questo piccolo capolavoro di retorica di Jung, «ha la passionalità dell'illuminista (l'«*écrasez l'infâme*» di Voltaire è una delle sue citazioni preferite) e si compiace in modo particolare nello svelare «quel che in realtà c'è sotto»; e tutti i fenomeni spirituali complessi, come l'arte, la filosofia, la religione, sono da lui sospettati di essere «null'altro che» rimozioni dell'istinto sessuale». In particolare, per Jung Freud ha il torto di disconoscere il ruolo dello spirito (Gv 1, 4) e della religione in conformità «ai pregiudizi dell'epoca materialistica» (*op. cit.*, pp. 136-7 e 255-6). Assistiamo ad un'efficace contronarrazione della modernità secolarizzata, dove il perbenismo borghese dell'età vittoriana, il bersaglio di Freud, è relativizzato con un inquadramento discutibile che fa capo addirittura alla *pruderie* del Medio Evo cristiano (*op. cit.*, p. 236). L'illuminismo ebbe comunque i suoi eccessi. Voltaire, piuttosto di dar ragione alla Bibbia sul diluvio universale, preferì pensare che le conchiglie fossili trovate sulle montagne ce le avessero portate i monaci, cfr. R. CAMPI, *Le conchiglie di Voltaire*, Firenze: Alinea, 2001, pp. 222-25.

³ Cfr. V. FERRONE, *Lezioni illuministiche*, Roma-Bari: Laterza, 2010, il quale contrappone l'illuminismo dei filosofi a quello degli storici. Più in particolare egli osserva: «Nel volume *La storia come pensiero e come azione*, del 1938, oscillando come amava fare tra Kant e Hegel, Croce definiva sinteticamente l'Illuminismo come una categoria ideale ed eterna dello spirito, un razionalismo astratto che «per un verso è una perpetua forma dello spirito umano e una sua forza necessaria, e per un altro ha dato il nome a una epoca grandemente vigorosa ed efficace della vita europea». Meglio non si sarebbe potuto definire quello che ho chiamato» – prosegue Ferrone – «*il paradigma dell'ircocervo*, cioè il modo dei filosofi di pensare l'Illuminismo mescolando storia e filosofia» (pp. XIII-XIV). V. anche ID., *Storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari: Laterza, 2014 e ID., *Il mondo dell'Illuminismo. Storia di una rivoluzione culturale*, Torino: Einaudi, 2019. Il principale imputato, colui che diede avvio a queste distorsioni, le quali hanno ancora corso, è Hegel. Ne sono affetti in molti, persino gli avversari di Hegel. D'altra parte, se vi sono teorici che decontestualizzano le idee, isolandole dal tempo in cui sono state concepite, si può verificare anche l'errore

Tanto per dirne una, sarebbe sufficiente riprendere in mano il *Candide* per capire che i filosofi illuministi non erano ottimisti ad oltranza, degli sprezzatori mossi da un desiderio d'onnipotenza che avrebbero sottovalutato gli indubbi limiti della ragione umana. Anche il mito del progresso è estraneo ad autori quali Montesquieu o Beccaria come pure lo sono le escatologie rivoluzionarie; altro discorso, naturalmente, andrebbe fatto per Condorcet.

Né si può affermare che gli illuministi fossero presi dall'arido culto della "ragione astratta" o che facesse loro difetto il senso storico⁴. Semmai non erano storicisti, e neppure dei dialettici, il che, assieme ai nascenti diritti dell'uomo e all'universalismo irenico che culminerà con Kant, li poneva al riparo dall'idea aggressiva dello stato-nazione e da ogni visione della Storia come destino di un popolo – o delle masse proletarie – scritto in cielo. Non credevano cioè che accadesse quel che deve accadere. Il "romanticismo politico", in tutte le sue molteplici forme, che è molto più pervasivo di quanto non supponga Carl Schmitt⁵, nonché l'attaccamento religioso a questa o a quella *Weltanschauung*, furono fenomeni posteriori⁶.

opposto: non rendersi conto che in qualsiasi periodizzazione storica, in ogni inquadramento delle vicende trascorse, finiamo col proiettare sui fatti le metafore, le concezioni filosofiche e i miti della nostra epoca.

⁴Cfr. VOLTAIRE, *Dizionario filosofico*, Milano: Bompiani, 2013, voce *A propos, L'apropos*, pp. 404-407, in part. l'affermazione emblematica: «Negli affari importanti, nei rivolgimenti degli Stati, l'occasione è tutto. Abbiamo già detto che Cromwell ai tempi di Elisabetta o di Carlo II, il cardinale di Retz dopo che Luigi XIV cominciò a regnare da solo, sarebbero state persone del tutto comuni». Ma viene fatta un'eccezione a questa regola per le scoperte scientifiche e la poesia. Infatti: «Cesare, nato al tempo di Scipione l'Africano, non avrebbe sottomesso la repubblica romana, e se Maometto ricomparisse oggi, sarebbe tutt'al più sceriffo della Mecca. Mentre se rinascessero Archimede o Virgilio, sarebbero ancora il miglior matematico, l'uno, e, l'altro, il miglior poeta del proprio paese» (trad. modificata). Del resto, K. LÖWITH, *Meaning in History: The Theological Implications of the Philosophy of History* (1949), tr. it. *Significato e fine della storia. I presupposti teologici della fine della storia*, Milano: il Saggiatore, 1989, p. 125, nel capitolo dedicato a Voltaire, ricorda come l'espressione "filosofia della storia" risalga a quest'ultimo autore, che l'utilizza nel suo *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations* (1765). Ad ogni modo, Löwith aggiunge: «Voltaire era troppo intelligente per esagerare l'idea del progresso. Egli credeva ad un progresso moderato, interrotto da periodi di regresso e soggetto al caso, finché la ragione non abbia la prevalenza assoluta. Questa moderazione lo distingue da Condorcet e dalle sue aspettative entusiastiche, ma anche dalla speranza cristiana in un compimento finale» *op. cit.*, p. 133). Cfr. M. FUMAROLI, *Soffrente, ansioso, geniale la sua vita bersagliata da Voltaire*, in *Repubblica* 13 settembre 2003. Si consultino anche F. DIAZ, *Voltaire storico*, Torino: Einaudi, 1958; J.H. BRUMFITT, *Voltaire Historian*, Oxford: OUP, 1958; F. MEINECKE, *Le origini dello storicismo*, Firenze: Sansoni, 1954; C. LUPORINI, *Il concetto della storia e la polemica intorno all'illuminismo*, in *Belfagor*, 6, 3, 1951, pp. 249-64, e R. CAMPI, introduzione a VOLTAIRE, *Il pirronismo della storia*, Milano: Medusa, 2005.

⁵C. SCHMITT, *Romanticismo politico* (ed. orig. 1919), Milano: Giuffrè, 1981.

⁶Probabilmente Rousseau preparò, o presentò, questi cambiamenti d'atteggiamento. Anche Vico, che, dopo tutto, era anticartesiano al pari di Voltaire, forse era meno un autore isolato e controcorrente di quel che fanno credere le interpretazioni del suo pensiero offerte da B. CROCE,

Ma, se l'illuminismo è stato un fenomeno complesso⁷, in quale senso oggi ci si può proclamare *ancora* illuministi?

La generazione di Patrizia, e mia, ha avuto come maestri i filosofi del c.d. neoilluminismo⁸, che nell'ultimo dopoguerra reagì alla retorica del passato e al predominio del vecchio idealismo. Non per nulla, Benedetto Croce, al pari di Carlo VIII, re di Francia, aveva conquistato l'Italia "col gesso", senza colpo ferire: nel caso di Croce si trattava dell'Italia filosofica ufficiale⁹.

Ricordo in breve che Patrizia non solo si è laureata in filosofia con Mario Dal Pra – la laurea in giurisprudenza, presa a Pavia, verrà successivamente – non solo è stata allieva di Scarpelli, ma, muovendo i primi passi della sua carriera, si è anche occupata di Giulio Preti e di Calderoni¹⁰. Seguirà l'interesse per Bobbio¹¹. A quelli succitati basterebbe aggiungere i nomi di Geymonat e di Abba-

La filosofia di G. B. Vico (1911), rist. Bari: Laterza, 1965 e da I. BERLIN, *Vico ed Herder. Due studi sulla storia delle idee* (ed. orig. 1976), Roma: Armando, 1976.

⁷ Non sono lontani gli anni in cui G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna: il Mulino, 1976, p. 336, n. 51, osservava criticamente che in un capitolo di M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano: Edizioni di Comunità, 1966, pp. 28-44, sembrava che Montesquieu, Voltaire, Jaucourt, Rousseau e Condorcet fossero una persona sola».

⁸ M. PASINI e D. ROLANDO (a cura di), *Il neoilluminismo italiano. Cronache di filosofia* (1953-1962), Milano: il Saggiatore, 1991. Cfr. U. SCARPELLI, *La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, introduzione a ID. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano: Edizioni di Comunità, 1976, pp. 7-35. Non posso percorrere in questa sede la storia complessa, ma nota, degli influssi delle opere di Alfred J. Ayer, di Charles L. Stevenson e di Richard M. Hare sugli autori che volevano superare le strette dogmatiche del principio di verifica del primo neopositivismo, facendo salva la referenzialità del discorso etico.

⁹ G. VAILATI, *Epistolario 1891-1909*, Torino: Einaudi, 1971, p. 464. L'espressione da me usata nel testo, peraltro, com'è noto, è di MACHIAVELLI, *Principe* XII, 9, ed. nazionale, Roma: Sellerio, 2006, p. 185, ma pare non sia originale del segretario fiorentino, perché PHILIPPE DE COMMYNES nei suoi *Mémoires*, VII, 14, p. 425, tr. it. *Memorie*, Torino: Einaudi, 1960, l'attribuisce ad Alessandro VI: «[...] e, come disse il papa Alessandro oggigiorno regnante, i Francesi avanzarono con gli speroni di legno e il gesso dei furieri in mano per segnare gli alloggiamenti». Scrive Vailati: «Ho l'impressione che per una quantità di ragioni, tra le quali è da contare, oltre all'ingegno e alla cultura di Croce, anche la mancanza di tali qualità nei difensori che presidiano e costituiscono la guarnigione dei castelli filosofici italiani, il Croce conquisterà l'Italia filosofica ufficiale rapidamente e "senza colpo ferire", come Carlo VIII, mandando solo avanti i suoi "forieri" a segnare i luoghi per gli alloggi e per il vettovagliamento, o, se preferisci, come Pizarro o gli altri condottieri spagnoli al Perù e al Messico (colla differenza però che non troverà tra le spoglie molto oro)» (lettera a Papini del 1 giugno 1908).

¹⁰ Mi limito a segnalare P. BORSELLINO, *Giulio Preti: un impegno per la ragione in etica*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1979, 34, 1, pp. 70-104; EAD., *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1979, 34, 3, pp. 316-48, e l'acuta recensione, EAD., *Nota a proposito di L. GIANFORMAGGIO, Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvétius*, Milano: Edizioni di Comunità, 1979, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1983, 4, pp. 498-503.

¹¹ P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1983*, Milano: Giuffrè, 1983 e EAD., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Milano: Giuffrè, 1991.

gnano ed emergerebbe nella sua interezza il filone laico, analitico ed empiristico che, alle tesi decotte della filosofia idealistica come sistema e agli svolazzi della retorica spiritualista, opponeva una “filosofia su”, quale meta-scienza, che doveva essere in grado di ragionare con procedure controllabili e di sviluppare una meta-etica divisionistica e non cognitivistica¹². Molte cose sono accadute nel frattempo, tuttavia credo che il modo dei nostri maestri di declinare l'illuminismo in chiave di scelte consapevoli resti attuale. Quello odierno è, e non può essere altro che, un *illuminismo normativo*, una prospettiva la quale evita di assumere *tout court* che gli individui, in quanto tali, siano autonomi rispetto al proprio ambiente, alla propria cultura ed educazione. Una relativa autonomia e la capacità critica, lungi dall'esser date, rappresentano una faticosa conquista; il successo è soltanto eventuale. Di conseguenza, il motto di Voltaire *Écrasez l'infâme!* che, ad un'analisi sommaria, potrebbe apparire una ridicola esagerazione, conserva a tutt'oggi gran parte del suo valore. Indica che l'illuminismo, ieri come oggi, non si risolve mai in un mero atteggiamento contemplativo o intellettualistico, da anime belle, ma comporta energiche prese di posizione¹³. Qui, l'illuminista, non è caratterizzato da un fanatismo speculare rispetto a quello attribuito agli avversari. Il suo, piuttosto, è l'atteggiamento intransigente di chi, trovandosi in minoranza, mantiene la sua dirittura morale, di chi, in alcune situazioni decisive, preferisce non sacrificare la chiarezza a un comodo compromesso, o, ancora, di chi non piega la sua coscienza a un'autorità esterna¹⁴.

D'altronde, ci si schiera anche quando si nascondono le scelte o si sceglie senza saperlo.

Quest'ultimo è un punto importante, in quanto presuppone il rifiuto di ogni teologia politica, di un disegno storico chechessia al quale non ci si possa sottrarre.

Certo, ciò non significa che nelle discussioni metodologiche, nell'analisi linguistica e nei giudizi etici il contesto storico non rilevi; significa invece che il contesto non ha una natura necessitante e, quindi, non esime gli agenti dalla lo-

¹² Si consideri la ricca discussione intorno all'argomentatissimo volume di G. CARCATERA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano: Giuffrè, 1969, che vide il suo culmine nel fascicolo speciale a cura di U. SCARPELLI, *La logica e il dover essere*, della *Rivista di filosofia*, 4, 1976. Risparmio al lettore la sterminata bibliografia su questi temi.

¹³ V. per tutti G. PRETI, *Alle origini dell'etica contemporanea. Adamo Smith*, Firenze: Nuova Italia, 1957, rist. 1977, p. 29: «Ma l'individuo, come tale, non è la persona morale – *deve* esserlo; e questa, quindi, gli resta di fronte come un compito, un “dover essere”, in sostanza qualcosa di esterno, trascendente». Non mi sembra fuori luogo osservare che le prese di posizione, in una certa misura, sono ineluttabili anche in campo teorico, posto che per la moderna assiomatica gli assiomi sono più scelte rivedibili che verità ultime. Né è secondario il rifiuto delle ipostatizzazioni.

¹⁴ Per la ragione accennata nel testo mi pare che ci sia un contrasto solo apparente tra il libro di L. GEYMONAT, *Contro il moderatismo. Interventi dal '45 al '78*, Milano: Feltrinelli, 1978 e quello di N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano: Pratiche, 1998.

ro responsabilità¹⁵. Bisogna sottolineare con forza che la versione aggiornata dell'illuminismo avversa lo storicismo perché esso, oltre ad essere la matrice delle spiegazioni dove "tutto si tiene", implica una *necessitazione* degli eventi; gli illuministi di ogni tempo, all'opposto, predicano la rivalutazione della categoria della *possibilità*, esplorando l'una dopo l'altra le ipotesi controfattuali, immaginando cioè che i fatti avrebbero anche potuto essere diversi¹⁶. Il loro è lo sguardo distaccato di chi pratica la decostruzione¹⁷. Più che andare in cerca di ma-

¹⁵U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), rist. in ID., *L'etica senza verità*, Bologna: il Mulino, 1982, pp. 179-80, scrive: «C'è una correlazione molto stretta fra un metodo ed il contesto naturale e sociale ove le operazioni costitutive del metodo sono materialmente e culturalmente possibili e danno un certo risultato: ogni discorso sopra un metodo è anche un discorso sul contesto di questo metodo. Del contesto può tacersi, lasciando impliciti i riferimenti ad esso, solo se sia un noto e comune presupposto e venga trattato come un invariante». Cfr. G. PRETI, *Il linguaggio della filosofia* (1962), rist. in M. PASINI e D. ROLANDO (a cura di), *Il neoilluminismo italiano*, cit., pp. 214-29, in part. pp. 220-21: «L'uso del linguaggio presuppone di fatto una tradizione. [...] Le parole e le frasi hanno dietro una storia che è, per così dire, cristallizzata e fossilizzata nell'uso. Possiamo volontariamente e consapevolmente rinnovare, mutare, tale tradizione: non possiamo però ignorarla, sotto pena di non essere intesi o di essere fraintesi. Questa considerazione vale in ogni caso – in modo particolare nella filosofia. I termini filosofici che adoperiamo comunemente ci sono giunti attraverso una lunga e tormentata trafila storica di usi e abusi, legati a complesse tematiche e problematiche. [...] O coniamo artificialmente nuove espressioni, o ci riferiamo a usi storicamente determinati, o dobbiamo rassegnarci a affrontare la problematica che è insita nel loro uso. Altrimenti, anche dato e non concesso che riusciamo a capirci noi stessi, è certo che gli altri non ci capiranno».

¹⁶Non sto riferendomi solamente al complottismo, alla società chiusa, alle profezie che si autoavverano e ai molti fenomeni di cui parla K.R. POPPER, *La miseria dello storicismo*, Milano: Feltrinelli, II ed., 1976 (ed. orig. 1957); mi riferisco anche, e in via principale, al ruolo decisivo che per la filosofia analitica svolge la distinzione fra essere e dover essere, la quale, fra l'altro, mantiene aperti gli spazi di scelta etica in un orizzonte di non necessitazione. Cfr. ovviamente U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica* (1980), rist. in ID., *L'etica senza verità*, cit., pp. 73-112. Il luogo dove l'A. spiega meglio tale connessione è U. SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 58, 1981, pp. 27-79, in part. p. 72, dove, parlando del materialismo storico, afferma: «Il contrassegno teologico di questa filosofia divinizzante della storia sta nel rifiuto della, o nella costitutiva estraneità alla distinzione tra il discorso descrittivo o fattuale e il discorso direttivo, normativo e valutativo, per un discorso in cui la descrizione e la spiegazione dei fatti si trasfigurano nelle norme di condotta e nei giudizi di valore. [...]». Per contro, se si accetta la "grande divisione", l'ordine teleologico ed assiologico non viene semplicemente riconosciuto e attuato dal soggetto, ma è da questi deciso liberamente. D'altronde, qui «il soggetto razionale non segue [...] la necessitazione causale, ma la regola costitutiva del dovere» (ivi, p. 78).

¹⁷C'è dunque una contrapposizione fra quanti praticano una sorta di psicoanalisi selvaggia e quanti invece hanno capito che quella dello smascheramento è una retorica come un'altra e che, in fondo, non siamo in grado di uscire del tutto dalle nostre metafore e dai nostri miti: quel che possiamo fare è mostrare che *ci sono* altre possibilità: dei contro-miti e delle metafore alternative. Credo che questa sia una buona strategia – e comunque una strategia meno aggressiva – rispetto a quella di muoversi assottigliando determinati valori o di chiudersi in un'appartenenza indiscutibile. La si può applicare alla stessa retorica dello smascheramento. La filosofia del sospetto immagi-

schere da strappare, gli illuministi, i quali detestano la *cultura dell'identificazione* (con un vate, con un eroe, con questo o quel personaggio carismatico, col destino nazionale di un gruppo, con un duce ...), analizzano pazientemente le diverse alternative. Paolo Rossi segnalava l'utilità per lo studioso di storia di creare in sé uno spaesamento retrospettivo per non scrivere la storia col senno di poi, annullando quel carico di attese, incertezze e illusioni da cui erano gravati gli attori dell'epoca in esame. Per dirla assieme a Giulio Preti, «L'oggetto della scienza storica non è il *nostro* passato, ma *un altro presente*»¹⁸.

Siccome la complessità dei fatti sfugge sempre alle spiegazioni semplici, va rammentato che le tesi di autori come Bobbio o Preti non sono sempre così lineari e qualche concessione ai sistemi filosofici idealistici pure la fecero¹⁹. In fondo questo vale per tutti gli autori che appartengono a questa breve stagione²⁰. Del resto, è assai raro che l'illuminismo, nelle sue molteplici versioni, si presenti allo stato puro. Ciò nonostante, i due elementi evidenziati ritornano insistentemente. Torna lo sguardo straniante, quel distanziamento immaginativo che serve a riflettere e a capire²¹; torna la necessità di preservare spazi di libera scelta.

na che dietro a una maschera si nasconda il “vero volto”. Bene, ricorriamo allora ad una metafora più calzante: quello della cipolla e dei suoi innumerevoli strati. Che cosa diremmo se dietro ad una maschera ve ne fosse un'altra, poi un'altra ancora e alla fine non si trovasse più nulla? Se ne deve discutere, va da sé, ma la questione illustra tangibilmente, figurativamente e in modo immediato, gli innumerevoli dubbi teorici alla quale è esposta l'idea stessa di uno “smascheramento definitivo”. Il ragionamento verrà poi.

¹⁸P. ROSSI, *Un breve viaggio e altre storie. Le guerre, gli uomini, la memoria*, Milano: Cortina, 2012; ID., *Un altro presente: saggi sulla storia della filosofia*, Bologna: il Mulino, 1999 e G. PRETI, *Saggi filosofici*, Firenze: Nuova Italia, 1976, vol. 2, p. 287. Mi sia inoltre consentito di rinviare a C. LUZZATI, *Mobili radici. Sulla mitogenesi delle costituzioni*, in *Ragion pratica*, 45, 2015, pp. 311-33, e ID., *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino: Giappichelli, 2016, pp. IX-XV.

¹⁹Cfr. F. MINAZZI, *L'onesto mestiere del filosofare. Studi sul pensiero di Giulio Preti*, Milano: Angeli, 1994 e M. DAL PRA, *Studi sull'empirismo critico di Giulio Preti*, Napoli: Bibliopolis, 2007. Che poi Bobbio sia uno scrittore ricco d'interessi, non solo kelseniani e logico-analitici, lo si capisce subito passando in rassegna i suoi lavori. Ne ricordo alcuni di epoche diverse, presi a caso: N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Memorie dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, serie II, memoria XXVIII, 1934; ID., *La filosofia del decadentismo*, Torino: Chiantore, 1944; ID., *Studi hegeliani*, Torino: Einaudi, 1981 ed infine ID., *Saggi su Gramsci*, Milano: Feltrinelli, 1980.

²⁰V. p. es. S. MAZZA, *Non solo analisi del linguaggio. L'itinerario filosofico del giovane Umberto Scarpelli (1946-1956)*, Roma: Aracne, 2016.

²¹Si guardi anche alla produzione letteraria del Settecento. Lo sguardo dell'Altro compare chiaramente nelle *Lettres persanes* di Montesquieu o nel genere del *conte philosophique*, fino ad arrivare alla satira di Swift e a Defoe. Ma non si scordino lavori dove, invece di raccontare una storia, ci si perde (apparentemente!) in uno stile divagante. Si pensi al *Tristram Shandy* di Sterne che fu assunto quale esemplificazione tipica dello straniamento nella *Teoria della prosa* di Viktor Šklovskij. Oppure si ponga mente al racconto continuamente interrotto, *Jacques le fataliste et son*

Il neoilluminismo italiano si esaurì presto; non costituì una scuola unitaria; a ‘illuminismo’ furono preferite altre parole come ‘razionalismo’²²; piuttosto che proclamarsi ‘illuministi’, spesso e volentieri ci si proclamò ‘laici’, ‘liberali’, ‘garantisti’, ‘kelseniani’ o ‘filosofi analitici’²³. Può essere una mera questione di nomi e, in ogni caso, la dispersione dell’illuminismo originario fu feconda. D’altro canto, una cosa sono i *background*, le affinità sotterranee, gli umori comuni e un’altra le teorie filosofiche rigorose e ben argomentate. Tuttavia, credo che l’illuminismo non rimanga un semplice *sfondo*. Bisogna rifuggire dall’idea, coltivata dagli avversari²⁴, che l’approccio illuminista sia superficiale²⁵, astorico, o incapace di dar luogo ad una riflessione articolata, efficace e dotata di spessore teorico. Ciò non è affatto vero. Cercherò di dimostrarlo nel prossimo paragrafo, in cui esporrò la “profondità” dell’illuminismo (per lo meno di quello inteso da me e da Patrizia in una chiave prescrittiva).

maître, di Denis Diderot, ripreso da Milan Kundera, in cui Diderot espone la sua visione antiterministica. Del resto anche nel *Dizionario filosofico* si nota che Voltaire, col suo stile scattante, va spesso fuori tema non volendo perdere mai una buona occasione di dire qualcosa di interessante: le voci del *Dizionario* diventano pretesti per digressioni del tutto consapevoli, cfr. R. CAMPI, *Introduzione a VOLTAIRE, Dizionario filosofico*, cit. Ma forse si dovrebbe andare ancora più indietro, ai classici del pensiero umanistico come Montaigne e Rabelais e all’enorme impressione suscitata dal fatto che in America, da poco scoperta, vivevano popoli fino ad allora sconosciuti. A tal proposito, oltre a molte voci del *Dizionario* volterriano che parlano degli amerindi, v. I. LA PEYRÈRE, *I Preadamiti* (1655), ed. it. Macerata: Quodlibet, 2004, che rappresentò una svolta su queste tematiche. Dopo tutto, la conquista delle Americhe fu uno dei fattori che ingenerarono i moderni interrogativi sui diritti umani.

²² Ciò accadde fin dall’inizio, cfr. L. GEYMONAT, *Studi per un nuovo razionalismo*, Torino: Chiantore, 1945 e ID., *Saggi di filosofia neorazionalistica*, Torino: Einaudi, 1953.

²³ Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza, 1989. Ad una rapida scorsa della sua bibliografia, si nota che questo autore così chiaramente illuminista, e non solo in campo penalistico, usi il termine ‘illuminismo’ con una certa parsimonia. Almeno nei titoli. V. però ID., *Illuminismo e garantismo. Riflessioni a partire da alcuni studi recenti*, in *Filosofia politica*, 3, 2013, pp. 537-542, dove si recensisce il volume di D. IPPOLITO, *Diritti e potere. Indagini sull’illuminismo penale*, Roma: Aracne, 2012. Li Ferrajoli traccia alcune coordinate dell’illuminismo giuridico, sottolineando con vigore la tesi che si tratta di una filosofia militante.

²⁴ Oggi gli avversari non sono più gli idealisti, ma i fautori del post-modernismo, i teologi politici e tutti coloro che discettano insistentemente di nichilismo. Il vecchio storicismo sopravvive in altre concezioni. Cfr. C. LUZZATI, *Alla luce del dubbio. La razionalità giuridica tra scetticismo e artificio*, *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2, 2020, pp. 99-112.

²⁵ Per seguire il citatissimo aforisma di H. VON HOFMANNSTAHL, *Il libro degli amici*, Milano: Adelphi, 1980, p. 56, «La profondità va nascosta. Dove? Alla superficie». Dice F. Nietzsche, *La gaia scienza*, 126: «Le spiegazioni mistiche passano per profonde: la verità è che non sono nemmeno superficiali». Chi qui scrive si limita ad osservare che la profondità (quale quella, autoproclamata, della più oscura filosofia tedesca?) e la superficialità sono soltanto metafore azzeccate, costruzioni culturali di successo.

2. Teoria e prassi dell'illuminismo

Questo paragrafo si divide in tre sottoparagrafi, in cui parlerò dei *presupposti* dell'illuminismo normativo (v. *infra* § 2.1), della sua *articolazione teorica*, ricca di conseguenze, che giunge a toccare la stessa idea di “neutralità liberale” (v. *infra* § 2.2), e, infine, della *prassi illuministica* (v. *infra* § 2.3).

Quest'ultimo sottoparagrafo è importante, perché dà conto della circostanza che l'illuminismo, oltre a esser una riflessione teorica, è *anche* un modello d'azione sociale. Perciò non è fuori luogo parlare di *tecniche* e di *politiche* illuministiche. Sotto tale profilo, direi “terapeutico”, emergono i pesanti limiti pratici, sul piano dell'efficacia, dell'approccio di cui qui si discute. Anche di questi si deve essere consapevoli.

Tutti i sottoparagrafi muoveranno da testi di Scarpelli, il nostro comune maestro.

2.1. I presupposti

È ampiamente noto che Scarpelli civettò coll'esistenzialismo. Questa corrente filosofica alla moda fu da lui, come da altri autori, utilizzata soprattutto a mo' di contravveleno per resistere alle seduzioni dal marxismo, da cui a quel tempo non era ancora completamente immune²⁶. Nel suo primo libro Scarpelli sostiene: «chi si chiede, che devo? impara in quel momento la profonda serietà dell'esistenza e l'equivalenza di libertà e responsabilità e possibilità di una scelta che sia davvero tale [...]»²⁷. Qui l'esistenzialismo non è visto come un salto in

²⁶ Cfr. U. SCARPELLI, *Esistenzialismo e marxismo. Saggio sulla giustizia*, I ed. 1949, III ed 1968, Torino: Taylor, 1968, *Prefazione alla terza edizione*, in part. p. 8 ss. Molto di quel che avevo da dire sull'esistenzialismo scarpelliano l'ho già detto in C. LUZZATI, *La norma in bilico*, in L. GIANFORMAGGIO e M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano: Giuffrè, 1997, pp. 529-85, e ID., *Il positivismo analitico di Scarpelli*, in *Notizie di Politeia*, 73, 20, 2004, pp. 64-76, in part. p. 71 ss. Oggi vorrei solo aggiungere che Scarpelli nella *Prefazione*, cit., datata agosto 1967, si doleva del fatto che il libro si chiudesse nella speranza di un incontro fra cristianesimo e marxismo (ivi, pp. 5-7). Con tutta evidenza, solo in un secondo momento i termini chiave che comparivano nel titolo del libro, ‘esistenzialismo’ e ‘marxismo’, divennero pienamente contrappositivi. Ciò accadde col radicalizzarsi di Scarpelli nel movimento d'idee volto a promuovere la libertà intellettuale e l'autonomia che egli chiama «l'illuminismo del nostro tempo». Egli, infatti, confessa: «Se la “società umana” è il risultato necessario di un necessario processo della storia, perché devo impegnarmi ad avvicinarla e realizzarla? Oggi, nei termini diventatimi familiari dell'analisi del linguaggio, osservo che il marxismo ignora la “legge di Hume”, il salto logico fra le asserzioni e le prescrizioni, la non inferibilità di direttive e valori dalle descrizioni e previsioni: la previsione che si attui la “società umana” non comporta il valore della “società umana” e la direttiva di cercare di raggiungerla».

²⁷ U. SCARPELLI, *Esistenzialismo e marxismo*, cit., p. 73. Questa non è una posizione isolata. Scarpelli dichiara che la «filosofia personalistica» da lui abbracciata sarebbe comune a tanti filosofi dell'epoca, facendo diretto riferimento (*op. cit.*, p. 117, n. 2) a N. BOBBIO, *La filosofia del decadentismo*, cit. del 1944. Quel richiamo – non esente da una stonatura, perché lì Scarpelli

una vuota irrazionalità, né come un atteggiamento estetizzante e compiaciuto, se non superomistico. Al contrario, ci si serve di questo accostamento per asserire un nesso inscindibile fra *scelta* e *responsabilità*. Quest'ultima, però, è una parola su cui bisogna riflettere attentamente²⁸. Scarpelli lo fece nella sua relazione sulla responsabilità politica al XIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia Giuridica e Politica tenutosi a Pavia-Salice Terme tra il 28 e il 31 maggio 1981²⁹. Fu uno dei primi incontri importanti della mia carriera e, naturalmente, in quella occasione ebbi la possibilità di parecchi proficui scambi d'opinione con Patrizia.

In tale relazione, lunga, combattiva e sofferta, Scarpelli cercò di unificare con una ridefinizione il concetto di responsabilità, prescindendo dalla filologia³⁰. Ne scaturisce un'idea di responsabilità che ritiene centrale la riferibilità di un *dovere di comportamento* ad un soggetto e il fatto che, in caso d'inottemperanza eventuale o attuale, sia imputata al soggetto stesso una conseguenza negativa³¹. In

contrappone la «ragione astratta» ad una fantomatica «ragione storica» – è degno del massimo interesse. U. SCARPELLI, *op. ult. cit., loc. cit.*, afferma: «La persona non è un dono, ma una conquista da fare ogni giorno nel mondo degli uomini [...]», facendo eco a N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 120, il quale, nel passo or ora cit., attribuisce tale evoluzione, più che ad uno sforzo individuale di chi riesce ad opporsi, se del caso, ai valori dominanti, al benefico influsso della società e accusa l'esistenzialismo di aver volto le spalle al mondo sociale (v. p. 122, ma in precedenza Bobbio se l'era presa con Kierkegaard per il quale l'individuo, invece di comunicare con i propri simili, era tutto preso dal suo colloquio interiore con Dio, pieno di voci celesti e di arcane rivelazioni, cfr. p. 111). Già Bobbio, dunque, combatteva la «spersonalizzazione della morale» da parte dello storicismo (p. 115 ss.) e rilevava: «Si tratta insomma di compiere un ultimo passo in quel processo, già iniziato dall'illuminismo rispetto alla metafisica teologica, e che si potrebbe chiamare di umanizzazione della persona [...]» (p. 118). Del resto, N. ABBAGNANO, *Introduzione all'esistenzialismo*, Milano: Bompiani, 1942, nuova ed. Milano: il Saggiatore, 1978, p. 12 sosteneva che la filosofia «mette in gioco il destino concreto, nel mondo e fra gli uomini, dell'uomo che vi si impegna». Infatti, «nessuno può decidere per un altro e assumere su di sé la scelta e la responsabilità che spetta all'altro [...]». Anch'egli ha cura di avvertire che «il singolo non è mai solo». Cfr. M. DAL PRA, *Il pragmatismo assiologico di Nicola Abbagnano*, in ID., *Filosofi del Novecento*, Milano: Angeli, 1989, p. 91 ss.

Guarda con nostalgia a questo mondo, in cui emergeva in alcuni l'esigenza prepotente di emanciparsi dall'uomo-massa del passato regime, anche un filosofo laico dei nostri giorni, E. LE-CALDANO, *Sul senso della vita*, Bologna: il Mulino, 2016.

²⁸Che il termine 'responsabilità' abbia molteplici accezioni è cosa nota, cfr. per tutti H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon, 1968, p. 211 ss., tr. it. *Responsabilità e pena*, Milano: Edizioni di Comunità, 1981, p. 240 ss.

²⁹U. SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, cit. Gli atti del convegno *La responsabilità politica. Diritto e tempo*, dopo l'anticipazione delle relazioni presso la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, furono pubblicati a cura di R. ORECCHIA, presso l'editore Giuffrè nel 1982.

³⁰*Ibidem*, pp. 30-31 e 76-79.

³¹*Ibidem*, p. 31, dove si chiarisce: «L'omicida è attualmente responsabile per l'omicidio, ognuno di noi porta una potenziale responsabilità circa l'omicidio».

tale ricostruzione, la responsabilità politica è configurata nelle vesti d'una sottospecie della responsabilità giuridica, che, a sua volta, è inquadrata come una *species* del *genus* responsabilità³². Anche ad un esame frettoloso, si nota subito che il nostro autore non ha la minima intenzione d'attribuire la qualifica di responsabilità alla c.d. "responsabilità oggettiva"³³. Egli è un avversario fierissimo, a costo d'apparire antiquato, di qualsiasi meccanismo di attribuzione della responsabilità in modo automatico, sulla base di un mero nesso causale, indipendentemente dalle scelte comportamentali e dalle colpe degli agenti. Analogamente, Scarpelli non parlerebbe mai di una "responsabilità storica", né nutre simpatia per i politici che si sentono *investiti* dal destino³⁴, o che si riempiono la bocca con un generico, mai specificato, "senso di responsabilità"³⁵.

³² *Ibidem*, pp. 32 e 59.

³³ *Ibidem*, pp. 36-38.

³⁴ *Ibidem*, pp. 71-73, dove traccia un riuscito parallelismo fra il modello teologico dell'investitura divina, che esenta chi la riceva dal render conto ai "sudditi", e l'investitura storico-sociale reclamata dai leader comunisti; la sua tesi è integralmente laica: «nessun potere è legittimato da un'investitura della storia affermare in un discorso fattual-valutativo».

³⁵ In effetti, un politico che dichiara che il suo partito o il governo *agirà responsabilmente*, promette ben poco; quella da lui utilizzata è una formula rituale e scarsamente impegnativa. Forse intende solo dire: «Saremo cauti, non intraprenderemo azioni affrettate». Oppure sta comunicando un'intenzione generica di rispettare le leggi e di consultare gli esperti. Ma a chi verrebbe in mente di promettere il contrario? E se si dichiarasse: *Ci prenderemo le nostre responsabilità*, al plurale e al futuro, anche questa formula risulterebbe vuota. Non si sta parlando di fatti specifici, né si sta certo esprimendo l'invito: «punitemi se sbaglio», o l'intenzione di farsi da parte qualora il consenso sul proprio operato venisse meno. Anzi, di solito i politici aspirano all'impunità e ad essere rieletti (il che spesso dipende solo dall'inclusione in una data posizione nella lista dei candidati). Né la frase è interpretabile come equivalente a: «sopporterò le conseguenze delle mie azioni». Purtroppo, le conseguenze delle scelte sbagliate ricadono sui cittadini. Con queste formulette si evita di chiarire in anticipo a quali criteri verrà ispirata una determinata scelta. Si afferma semplicemente: «Fidatevi di noi». E la cosa funziona quando a dirlo è "uno dei nostri". Del resto, in molte lingue vi è una parentela fra la verità e la saldezza nella fede. Non si creda, però, che la situazione migliorerebbe se un leader dicesse, in relazione a questo o quell'episodio specifico – p. es. in relazione a vicende di corruzione – *Mi prendo io tutta la responsabilità*. Talvolta si precisa: *Mi prendo io tutta la responsabilità politica*, il che forse, dal punto di vista del soggetto parlante, è un tentativo di escludere la responsabilità giuridica. Afferzioni di questo tipo non possono che provenire da un *capo carismatico* il quale ritenga sé stesso al di sopra della legge e si viva come capace di farsi carico dei "peccati altrui", di quelli del suo partito e dell'intera nazione. Si pensi al discorso del 3 gennaio 1925 in cui Mussolini, all'indomani del delitto Matteotti, dichiarò alla Camera fra gli applausi scroscianti della maggioranza: «io assumo, io solo, la responsabilità politica, morale, storica di tutto quanto è avvenuto ...», v. L. SALVATORELLI e G. MIRA, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Torino: Einaudi, nuova ed., 1964, p. 352. Si pensi anche a certe spavalde dichiarazioni di Craxi sul finanziamento dei partiti. Il richiamo, comunque, non è a norme, giuridiche o morali preesistenti; qui si teorizzano lo stato d'eccezione, che dovrebbe giustificare la rottura della legalità, e il decisionismo. Il pensiero, dunque, corre inevitabilmente a Carl Schmitt, il quale, si badi, a suo modo era un esistenzialista, ma sicuramente non lo era nel senso di Scarpelli, di Bobbio e di Abbagnano. D'altronde, credo che Scarpelli non approvarebbe la scissione tra una re-

Le tesi del nostro maestro mi convincono, nella loro contrarietà ad ogni necessitazione delle scelte; tuttavia lasciano in me una punta d'insoddisfazione. C'è ancora qualcosa da approfondire, da spiegare.

La questione delicata, per ogni *relativista etico*, si pone a proposito dei valori, che, va da sé, lungi dall'essere riconosciuti sulla base di una tavola assiologica preesistente, assoluta, sono decisi in piena libertà³⁶. Con tutto il rispetto per il foro interno e per l'autodeterminazione, a qualcuno che ci chiedesse conto di un nostro atto, non si può rispondere: «Ho ascoltato la voce della mia coscienza». Del pari, il soggetto darebbe una *giustificazione vuota*, compiendo un salto nel buio, qualora invocasse la propria sincerità, la saldezza e il carattere meditato delle proprie convinzioni o, più spregiudicatamente, la sua disponibilità a corre un rischio etico, a fare una sorta di scommessa morale, pagandone le conseguenze. Il coraggio delle nostre azioni e lo spirito di sacrificio non dimostrano nulla³⁷. Con le suaccennate drammatizzazioni non si esce da una posizione solipsistica, disperatamente soggettivistica³⁸, nell'impossibilità di cogliere *in inte-*

sponsabilità retrospettiva, al singolare, come soggezione ad un giudizio negativo per un dato fatto, eventualmente ad una sanzione organizzata, e le responsabilità prospettiche, al plurale, costituita dai doveri derivanti da uno *status* o da un ruolo. A proporre tale opposizione è P. DI LUCIA, *Pragmatica della responsabilità e dovere pragmatico*, in N. MARCHEI, D. MILANI, J. PASQUALI CERIOLO (a cura di), *Davanti a Dio e davanti agli uomini. La responsabilità fra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, Bologna: il Mulino, 2014, pp. 11-30. Cfr. anche M.A. FODDAI, *Prevenire, punire, riparare: la responsabilità personale tra diritto dello Stato e diritto della Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *www.statochiese.it*, 35, 2015 e EAD., *Sulle tracce della responsabilità*, Torino: Giappichelli, 2015. Temo che una simile scissione fra le responsabilità per ciò che si deve fare e la responsabilità per ciò che si è fatto spianerebbe la strada a quei cattivi politici che propinano ai cittadini giustificazioni vuote e, a dispetto delle apparenze democratiche, si comportano da capi carismatici. Ricordo il profondo disaccordo di Scarpelli rispetto alle tesi dell'altro relatore, V. FROSINI, *La responsabilità politica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 58, 1981, pp. 7-25, il quale sostenne: «Nel processo dell'esperienza politica di questo secolo, la responsabilità politica richiede la immedesimazione del singolo nel partito affinché la responsabilità personale (morale) acquisti la dimensione della politicità, trascenda il singolo nel rapporto di potere».

³⁶ U. SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., p. 41: qui il riferimento, non è tanto ai classici del pensiero esistenzialistico, bensì a Kant che congiunge libertà e autonomia. Come chiosa l'A., in un passo molto importante, in ultima analisi l'eteronomia non esiste, o per lo meno non è mai l'ultima parola della riflessione morale. Infatti: «non c'è nella libertà un dovere che non sia posto (eventualmente ricevendone il contenuto da una legislazione eteronoma) in maniera autonoma dalla ragione». E Scarpelli così ribadisce il suo modello di responsabilità nella pagina conclusiva del testo della sua relazione, dove sostiene, in piena armonia con la visione illuministica, che «su uomini liberi ed autonomi nessun potere sia legittimo se non legittimato dal loro consenso» (ivi, p. 79).

³⁷ Qui si manifesta in tutta la sua latitudine il fallimento della meta-etica emotivistica. Va da sé che su questi temi vi è una vasta letteratura e che una discussione dovrebbe scavare più a fondo. Ma questa non è la sede adatta.

³⁸ Tale aspetto è stato spesso rimproverato a Scarpelli dai suoi avversari. S. COTTA, *Giustificazione e obbligazione delle norme*, Milano: Giuffrè, 1981, p. 63, pensando a Scarpelli, per esempio scrive: «Dato che la scelta (ultima) di valore è *indiscutibile*, allora, nel caso in cui tale scelta dipen-

riore *homine* un'inattingibile “cosa in sé” a livello pratico-morale. Non c'è giustificazione, in quanto qui ci si limita ad un *monologo*, o, se il lettore preferisce, ad un fittizio dialogo autoreferenziale che si svolge per intero nella nostra testa, rifiutando ogni confronto sui fatti³⁹.

La via d'uscita dall'impasse però è possibile trovarla. Ci si tira fuori dal solipsismo non appena ci si reputi tenuti a fornire agli altri il *perché* delle proprie azioni⁴⁰. Una giustificazione seria, non vuota, non tautologico-persuasiva, suppone che s'instauri un *dialogo*. E cioè: che ci si *autovincoli*, ritenendosi legati

da da valori di origine puramente soggettiva, essa costituisce un diritto (nel senso di *right*) naturale del soggetto: è quello che io chiamo il neogiusnaturalismo libertino». U. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, pp. 41-2, rinvia con esemplare onestà intellettuale alle obiezioni mossegli da L. LOMBARDI VALLAURI, *Abortismo libertario e sadismo*, Milano: Scotti Camuzzi, 1976, riedito in ID., *Terre*, Milano: Vita e pensiero, 1989, pp. 42-90. Luigi Lombardi Vallauri critica duramente il «carattere non-conoscitivo, postulatorio» della morale laica (*op. cit.*, p. 87). A tale stregua, egli sostiene – ma questa tesi a me pare inaccettabile, v. *infra* § 2.3 – si finirebbe col propugnare un indifferentismo etico: non ci sarebbe alcuna differenza tra la morale kantiana (considera l'altro come fine e mai come mezzo) e la morale del marchese de Sade (per il quale gli altri sono puri mezzi), cfr. *op. cit.*, p. 77. Di più: nella sua brutale esplicitezza (ivi, p. 61, n. 26), al sadismo spetta il merito indiretto di essere una parabola dissuasoria, una *reductio ad horrendum* della morale laica libertaria (ivi, p. 75). Alla fine, Lombardi ammette però che non tutto il pensiero laico può essere ricondotto alla vertigine sadica; ma per difendere i valori umanistici egli ritiene che si debba ricorrere ad una visione teologico-cristiana (ivi, p. 86 ss.). Resta comunque la lettura da parte dell'A. della grande divisione come una scissione psicologica, come una lacerazione interna che caratterizza, inficiandole, la modernità e la secolarizzazione (ivi, pp. 75-6). Il tema dell'aborto, d'altronde, è delicato, anche perché c'è un nesso psicologico tra la maternità e le strutture della socialità collettiva, cfr. F. FORNARI, *I sogni delle madri in gravidanza. Le strutture affettive del codice materno*, Milano: Unicopli, 1979.

³⁹ Su questo punto, viene in acconcio una bella citazione che trovo in L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 87, n. 57, dello psichiatra scozzese R.D. LAING, *La politica dell'esperienza*, Milano: Feltrinelli, 1968, p. 139: «Quando Ivan, ne *I fratelli Karamazov*, dice “Se Dio non esiste tutto è permesso”, non intende dire “Se il mio super-io, in forma di proiezione, può essere eliminato, posso fare di tutto con la coscienza sempre a posto”; intende dire: “Se c'è *soltanto* la mia coscienza, non c'è nulla che possa porsi come criterio definitivo di validità per ciò che voglio fare”. A me però appare ovvio, a scanso d'equivoci, che l'esigenza di giustificare le proprie azioni e convinzioni, esigenza ancor più viva in assenza di una fondazione ultima della morale, non può equivalere in nessun senso ad un permissivismo senza limiti. D'altronde il mero appello alla coscienza ha lo stesso valore dimostrativo – lo dico provocatoriamente – dell'affermazione di Hitler di muoversi con la sicurezza di un sonnambulo, cfr. J. HILLMAN, *Il codice dell'anima*, Milano: Adelphi, 1997, p. 278.

⁴⁰ Sto pensando, per contrasto, al famoso *Hier ist kein Warum* di Primo Levi, qui non c'è perché, cfr. P. LEVI, *Se questo è un uomo – La tregua*, Torino: Einaudi, 1989, p. 25; è quasi ovvio, tuttavia, che non ho intenzione di richiamarmi necessariamente a situazioni estreme o a stati emotivi. Voglio soltanto dire che la giustificazione incomincia quando si dà un *perché* di cui si assuma la responsabilità verso gli altri. In realtà, potrebbe benissimo trattarsi del perché ho mosso l'alfiere degli scacchi in diagonale. Del resto, la parola ‘perché’ è una parola tipicamente multiuso, potendo essa ricorrere *anche* nella spiegazione di un rapporto causa-effetto oppure nel resoconto delle finalità perseguite e dei mezzi approntati per conseguirle. V. da ultimo C. BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, Bologna: il Mulino, 2019.

dalle ragioni normative da noi stessi addotte – non avrebbe infatti senso dire: «*Si deve fare così, ma non credo sia il caso*»⁴¹ – e, inoltre, che ci si offra alle *obiezioni* altrui.

In altri termini, se l'etica si giustifica e non si fonda⁴², *rispondiamo* non soltanto dei nostri atti, ma, ad un livello più elementare, anche delle scelte di valore da noi manifestate. Nel senso che queste, in quanto almeno per implicito manifestate, obbligano chi le compie, sebbene non siano sottraibili ad una pubblica discussione, trattandosi di ragioni non ultime, ossia sempre rivedibili.

La giustificazione, quale veicolo di responsabilità e di socializzazione delle convinzioni etiche personali, più che come un tentativo di trarre determinate conclusioni da una base giustificativa fissa, può concepirsi in modo *dinamico*: popperianamente come *un collaudo*, o *una prova di resistenza alle critiche*, delle nostre posizioni. Essa diventa un'impresa infinita, non potendosi mai escludere che, prima o poi, nell'incontro-scontro delle ragioni, emerga un'obiezione fatale⁴³.

Mentre la scelta, la preferenza e la libertà hanno qualcosa di solitario, la responsabilità invocata da Scarpelli, e con essa la giustificazione e l'impegno, opera secondo una grammatica relazionale. Sorge pertanto un curioso paradosso: l'individualità dell'individuo, ivi compresa l'acquisizione di una capacità d'opporci alle opinioni dominanti, è costruita socialmente⁴⁴.

⁴¹L'enunciato in questione ridiventa ragionevole con una lieve, ma significativa correzione, quando si trasforma in: «*Secondo l'ordinamento X si deve fare così, ma non credo sia il caso*». Qui non assistiamo ad una contraddizione pragmatica, come: «Piove, ma non ci credo», bensì siamo di fronte al contrasto tra le opinioni etiche, o prudenziali, di chi proferisce l'enunciato e le prescrizioni del sistema normativo X. Aggiungo che, a sua volta, chi solleva delle obiezioni riconosce per lo meno questo: che vale la pena discutere le tesi dell'avversario. Cfr. per tutti C. ROVERSI, *Sulla funzione fondazionale della contraddizione performativa*, in F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che non consente. Forme del sapere e valore del principio di contraddizione*, Milano: Angeli, 2010, pp. 223-51.

⁴²Cfr. U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, cit.

⁴³Mi permetto di rinviare a C. LUZZATI, *La giustificazione infinita*, in *Sociologia del diritto*, 24, 2, 1997, pp. 5-44. Vale la pena notare che anche un relativista può muoversi *staticamente*, partendo da una *determinata* base giustificativa, che, per il momento, non si intende rimettere in discussione. La staticità della giustificazione in se stessa non comporta automaticamente un'assolutizzazione delle ragioni da cui si muove.

⁴⁴U. SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., pp. 38-9, dedica qualche spazio al problema del libero arbitrio e dell'introspezione in rapporto alle tesi di G. RYLE, *The Concept of Mind*, London: Hutchinson's University Library, 1949, ed. it. *Lo spirito come comportamento*, Torino: Einaudi, 1955. L'argomento è complesso. Tutto sommato, però, ove si distingue tra motivi e ragioni, la giustificazione può anche essere una razionalizzazione *ex post*, purché sia possibile un effettivo controllo pubblico del ragionamento seguito. Né la situazione cambierebbe molto, a mio avviso, qualora si considerasse la persona lockianamente quale un termine forense cui imputare i comportamenti. Cfr. M. DI FRANCESCO, *L'io e i suoi sé. Identità personale e scienza della mente*, Milano: Cortina, 1998, in part. cap. 2, p. 65 ss., ID. e A. TOMASETTA, *Coscienza e soggettività. La*

Last but not least, un'osservazione: da una prospettiva illuministica, una giustificazione adeguata, oltre a dover essere coerente, non può essere fattualmente vuota, far appello in ultima analisi all'autorità di qualcuno, a conoscenze misteriose e incontrollabili, a prove inesistenti, o, con un salto inammissibile, distorcere i fatti, piegandoli ai propri desideri o alle proprie paure. Si deve stare in guardia anche da se stessi. Inutile dire che simili requisiti, per quanto apprezzabili, sono autolimitanti e mettono l'illuminista, anche accorto, in difficoltà nei confronti delle efficacissime retoriche manipolative che di solito spadroneggiano. Se ne parlerà più avanti.

2.2. Come cambia il paradigma della neutralità

In uno scritto di poche pagine, in apparenza minore, Scarpelli traccia una distinzione di grande rilievo: la distinzione tra la *forma logica* e una serie di tecniche e d'impegni pratici che potremmo denominare *formalismo*⁴⁵. Riassumendo drasticamente questo lavoro già di per sé assai succinto ed essenziale, la forma logica per Scarpelli è segnata dalla comparsa di variabili e di connettivi⁴⁶. Una teoria logico-formale del diritto, secondo la proposta dell'autore, è «una teoria “del diritto” in senso debole che riguarda universi di discorso appartenenti alla cultura identificata, su altri piani di analisi, come giuridica, ed in specie l'universo di discorso identificato, su altri piani di analisi, come diritto positivo; non nel senso forte che determini essa stessa i criteri di riconoscimento ed i caratteri propri del diritto positivo e della cultura giuridica»⁴⁷. Per lo scritto in esame, teorie, come quella kelseniana, che ci si ostina a chiamare “formali”, o formalistiche, in realtà sarebbero teorie strutturali, ossia teorie in senso forte. «Una forma viene prodotta con un processo, per così dire, di astrazione totale», mettendo tra parentesi tutti i riferimenti semantici. «Una struttura, invece, viene prodotta con un processo di astrazione anche altissima, ma non totale»⁴⁸. Tanto

scienza cognitiva ha eliminato le persone? in *Rivista di filosofia*, 104, 3, 2013, pp. 403-419, e S. MORAVIA, *L'enigma della mente*, Roma-Bari, 1986, IV ed. 1998. Adde D. PARFIT, *Ragioni e persone*, Milano: il Saggiatore, 1989 (ed. orig. 1984).

⁴⁵ U. SCARPELLI, *Teoria formale o teoria strutturale del diritto. Per la dissoluzione della metafora formalistica*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano: Giuffrè, 1980, III, pp. 1668-1675.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1670: «La teoria delle forme logiche perfette, o logica formale, studia le forme consentite in un universo di discorso ed i passaggi consentiti da forma a forma: essa richiede naturalmente la formalizzazione, cioè la sostituzione di tutti i segni portatori di riferimenti ad oggetti del discorso con variabili [...]». In ogni caso, si deve verificare l'intervento di regole di formazione e di trasformazione delle espressioni simboliche per razionalizzare l'universo del discorso, consentendo un rigoroso controllo interno dei discorsi.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1671. Così: «Dal punto di vista logico formale non c'è nulla nei discorsi del diritto e dei giuristi che possa essere ritenuto specifico alla loro giuridicità. Nessuna definizione nota del diritto, infatti, si basa su caratteri puramente formali del discorso del diritto».

⁴⁸ *Ibidem*, p. 1672.

per fare un esempio, lo schema della norma primaria non è privo di riferimento. Per esserlo esso dovrebbe ridursi al nesso “se ... allora ...” fra due variabili stabilito da un operatore deontico. I concetti di illecito e di sanzione, che in tale schema svolgono un ruolo centrale, sono altamente astratti, ma non vuoti. Orbene, sulla distinzione tra teorie logico-formali e teorie strutturali si potrebbe forse seminare qualche dubbio, considerando la pluralità delle logiche e le differenti “ontologie” con cui si possono tipizzare le variabili⁴⁹. Ciò nondimeno, la discussione qui sarebbe inutile, perché il vero obiettivo polemico di Scarpelli è la concezione kelseniana della neutralità⁵⁰. Si tratta forse di sostenere per l’ennesima volta che la teoria pura del diritto non è neutrale? Bella novità! Ma l’operazione di Scarpelli per fortuna è più sofisticata. Egli, in effetti, reputa la forma logica come il prototipo delle teorie disimpegnate, che non assurgono a dottrine, se non altro perché le considera tautologicamente vuote; allorché invece discute di strutture, o di teorie forti, Scarpelli ha in mente posizioni politicamente impegnate. Quel che rileva non è l’astrazione, ma l’impegno. Di conseguenza, la neutralità della mera *forma logica*, ai suoi occhi, si oppone ad una *scelta formalistica che prescrive la coerenza* impegnando quanti condividano il valore della legalità a non discriminare fra un caso e l’altro⁵¹. Forma logica e impegno formalistico non vanno confusi.

⁴⁹ D’altra parte, anche gli assiomi rappresentano possibili prese di posizione. Né si dimentichi che L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari: Laterza, 2007, vol. I, p. 27, insiste sul «carattere normativo della logica nei confronti del diritto positivo». Cfr. N. BOBBIO, *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), rist. in ID., *Studi sulla teoria generale*, Torino: Giappichelli, 1955, pp. 145-162, in part. pp. 153-154, per il quale un sistema giuridico fondato sul principio di legalità non deve essere contraddittorio, il che «significa che il principio di non contraddizione è una vera e propria regola giuridica». Si potrebbe anche dire «che in una concezione legalistica della giustizia sono presenti, contemporaneamente, una tendenza alla *logicizzazione del diritto* e una tendenza verso la giuridificazione della logica, o, in altre parole, un riconoscimento del valore logico del diritto e insieme del valore giuridico della logica». Si badi, però, che, se interpreto correttamente Bobbio, questa precisazione si applica solo a un moderno sistema garantistico e non al diritto in genere. Mi sia consentito il rinvio a C. LUZZATI, *I principia iuris di Ferrajoli tra logica e ideologia*, in P. Di LUCIA (a cura di), *Assiomatologia del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano: LED, 2011, pp. 125-138. Sulla funzione della logica anche come procedimento di scoperta, e non come mera tautologia, cfr. infine C. CELLUCCI, *Le ragioni della logica*, Roma-Bari: Laterza, 1998.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 1674-1675: «La metafora formalistica poteva suggerire, come ha in effetti suggerito nel kelsenismo, l’idea della neutralità della forma rispetto al contenuto. Nel vaso (forma) si può mettere un liquido (contenuto) salutare o velenoso, senza che i benefici o i danni del liquido siano imputabili al vaso. Così per il giuspositivista sedotto dalla metafora formalistica la forma giuridica è neutra rispetto ai contenuti prescrittivi che vi immette la politica; e questa neutralità si porta dietro (come si è portata dietro nel kelsenismo) la neutralità, o purezza, della disciplina attinente alla forma, la teoria formale del diritto».

⁵¹ U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965, p. 133, alcuni decenni prima, aveva chiarito il suo pensiero, dicendo che il positivismo giuridico è «una scelta generale di rinunciare alle scelte particolari», ossia una «scelta di secondo grado, che quelle

A questo punto sorge una questione terminologica delicata.

Originariamente, per 'neutralità' si intendeva weberianamente un *accostamento avalutativo* come quello che caratterizza gli ideali, e in buona misura le prassi, delle scienze naturali.

Oggi, tuttavia, si tende a parlare di una seconda 'neutralità', tipica di quelle teorie liberali che *prescrivono* di astenersi dal favorire alcune concezioni del mondo a spese delle altre. Guarda caso, questo nuovo significato di 'neutralità' non si scosta dal formalismo che *sceglie di non scegliere*.

Potremmo chiamarle rispettivamente *neutralità1* e *neutralità2*. La circostanza che si impieghi lo stesso vocabolo per designare due concetti diversi può ingenerare confusioni. Io stesso sono restato a lungo in dubbio se accogliere questa terminologia, ma, alla fine mi sono arreso agli usi. Mi contento di specificare la *neutralità1* come neutralità degli scienziati e la *neutralità2* come neutralità liberale e garantistica⁵².

Cerchiamo allora di approfondire l'esame della *neutralità2*, quella che ci interessa realmente in questa sede, operando un raffronto sistematico con la *neutralità1*.

1. Innanzi tutto, come s'è visto, mentre la *neutralità1* (degli scienziati) persegue l'astinenza dai giudizi valutativi, la *neutralità2* (dei liberali e dei garantisti) si basa su una scelta di valore.

2. Più in particolare, non solo la *neutralità2*, che ispira il formalismo pratico, è una scelta, ma è anche una *scelta di secondo livello*: come dicevamo, è la scelta di non scegliere tra i diversi casi. Ciò significa che si applicherà una regola generale che assicuri loro un pari trattamento. Su tale piano, vi è un parallelismo fra il principio di stretta legalità e la neutralità liberale. Il primo prescrive di decidere "all'ingrosso", anziché decidere "a spizzico", caso per caso o con criteri non dichiarati: esso assicura la certezza e la controllabilità delle decisioni prese. A

scelte particolari elimina piegandosi al diritto positivo ed ai suoi contenuti una volta per tutte». D'altronde questa è una tesi che accomuna tutta la "scuola milanese", cfr. p. es. M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano: Giuffrè, 1980.

⁵²La ragione per cui i liberali preferiscono parlare di neutralità piuttosto che di tolleranza è che di solito si suppone che chi tollera sia in una posizione di superiorità istituzionale, etica ed epistemica rispetto a chi viene tollerato. Ma, a vero dire, per far capire che tutti gli interessati sono sullo stesso piano, sarebbe stato sufficiente parlare d'una "tolleranza reciproca", basata su un riconoscimento illuministico della rispettiva autonomia morale. D'altra parte, va registrato il fallimento del positivismo metodologico dovuto alla mancanza di un oggetto indipendente dalle prassi interpretative dei giuristi. Del resto, la sistematica opposizione fra scienza e ideologia, sbandierata da Kelsen, ha rivelato da lunga pezza il suo carattere ingenuamente illuministico e, in definitiva, d'essere anch'essa ideologica. Poiché la scientificità della giurisprudenza è presa sempre meno sul serio – e giustamente – possiamo constatare che, tanto in campo giuridico quanto nel campo dell'etica pubblica e della politica, la neutralità rilevante è sempre la seconda, quella formalistico-liberale. Che poi è la neutralità prescritta dall'illuminismo normativo.

sua volta, la neutralità politica impone di non favorire né discriminare nessuna concezione che rientri in un dato insieme di visioni del mondo più o meno ampio, *poco importa se* le approviamo o le disapproviamo.

3. D'altro canto, la *neutralità*¹ (degli scienziati) o c'è o non c'è, *tertium non datur*; la *neutralità*² (che si fonda su un meccanismo formalistico) è invece *graduabile*. Non è mai una questione di “sì” o di “no”, bensì è una questione di “più” o di “meno”. In campo giuridico non si impiegano soltanto regole molto rigide – rese tali dalle prassi dei giuristi – e ragioni protette, ma intervengono pure i bilanciamenti di principi, le eccezioni implicite e gli argomenti inclusivi che espandono il sistema. Così in campo politico, le istituzioni liberali non sono neutrali in tutti i contesti e rispetto a ogni cultura, fede o pratica di vita, per quanto irrazionale, sciocca o distruttiva essa sia. La neutralità politica, per ampia che possa essere, è pur sempre una neutralità *relativa*. Per esempio, in Italia pochi sosterebbero che si debba dar spazio *nell'insegnamento scolastico* alle teorie dei “terraplattisti” o dei creazionisti. Altro è invece la propaganda di queste concezioni fuori dalle scuole.

4. La prova del nove riguardo alle differenze fra le due neutralità si ha quando si passa a parlare di *autoriferimento*. La *neutralità*¹ non può che essere neutrale rispetto a se stessa. Il *precetto* rivolto agli scienziati di non mescolare le teorie ai giudizi di valore è un precetto forzatamente *meta-teorico*: esso non inficia o vizia la purezza del linguaggio *teorico* con una mescolanza indebita di fatti e valori. Viceversa, alla neutralità liberale non è consentito d'essere neutrale, indifferente o possibilista verso i propri principi senza suicidarsi. È inimmaginabile che le istituzioni liberali pensino se stesse come un assetto fra tanti su cui esse evitano di prendere partito e che vale come ogni altro. Non è vero che tutto vada bene. Lo stato liberale, se si vuole che continui a esistere, va difeso. Ciò non è strano perché, come s'è detto, la *neutralità*² suppone un impegno piuttosto energico, non un disimpegno. D'altronde, data la graduabilità di tale atteggiamento, è ragionevole che si possa essere *neutrali*² solo riguardo ad una rosa anche ampia, ma non onnicomprensiva, di concezioni del mondo. Per esempio, è ragionevole che non si sia *neutrali*² nella scelta fra l'instaurazione di uno stato totalitario e il mantenimento di una struttura politico-sociale relativamente aperta.

Come si nota da questo raffronto, l'illuminismo normativo, che ben si correla alla *neutralità*², senza peraltro trascurare la *neutralità*¹, è tutt'altro che una concezione priva di spessore teorico.

2.3. *Chi parla con chi? L'interlocutore assente*

Dopo tutto l'illuminismo, pur portandosi dietro una serie di elaborazioni teoriche importanti, rimane un metodo e/o un atteggiamento, che, in quanto tale, ha innegabili ricadute politiche.

Ora sarebbe facile vagheggiare la figura eroica e autoconsolatoria, come tutte le figure eroiche, del bastian contrario che sa rispondere per le rime al Cittadino ringhioso, violento e xenofobo – la mente corre all'*Ulisse* di Joyce – e che non cerca di sedurre un “uditorio”, ma ritiene di poter avere ragione anche se nessuno gliela dà, anche davanti ad un *uditorio zero*, cioè deserto. Lo scienziato alle prese con “i nudi fatti” è il prototipo di questa idea.

Tuttavia, ritornando con i piedi per terra, due punti mi paiono evidenti: che gli illuministi sono portati dalla loro *forma mentis* a sottostimare la portata dei processi simbolici nella comunicazione collettiva e che, anche qualora tali incomprendimenti fossero chiarite, il pensiero realistico-razionale *matter-of-fact* è comunque svantaggiato in partenza nei confronti delle operazioni manipolative, rozze o raffinate che siano.

Per quel che riguarda il primo punto, che peraltro si lega al secondo, a mio sommo avviso è emblematico che persino un teorico del calibro di Scarpelli cada in una sottovalutazione degli aspetti emotivi che governano la vita associata.

Ciò si verifica in un suo saggio sulla partecipazione politica⁵³. In quello scritto l'autore elabora una complessa definizione esplicativa di “partecipazione politica”, dove il termine in questione, che non compare nei classici, si apparenta alla libertà positiva. La partecipazione viene imbrigliata mediante una definizione minimalistica che l'intende come un concorso regolato a decisioni nell'ambito della democrazia partecipatoria. Quest'ultima, a sua volta, s'oppona alla democrazia di governo, designando la valorizzazione degli interessi speciali, distinti dall'interesse generale dello stato, espressi dai corpi intermedi⁵⁴. D'altra parte, la partecipazione politica si realizza a spese della partecipazione procedimentale, tipica della democrazia liberale classica e dell'ideologia individualistico-statalista, che tende ad attuare la sovranità dello stato applicando rigorosamente la legge. Ora, invece, si tutelano i gruppi intermedi; il cittadino si risolve nel membro del gruppo e la sua protezione passa attraverso la protezione del gruppo stesso. Di conseguenza, s'instaura una diffusa contrattazione fra i corpi sociali organizzati, con un corrispondente allentamento delle garanzie⁵⁵. Si af-

⁵³ U. SCARPELLI, *La partecipazione politica*, in *Sociologia del diritto*, 7, 2, 1980, pp. 7-34.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 13-4: «Dalla democrazia liberale classica, democrazia di governo, si passa alla democrazia partecipatoria quando il concorso democratico investe sia una molteplicità di enti territoriali con successive divisioni fino ad ambiti (come le “zone” o “circoscrizioni” nel comune) ove si manifestano interessi che, se sono tuttavia generali per i cittadini, sono fortemente speciali rispetto agli interessi perseguiti dallo stato e dagli enti territoriali maggiori; e soprattutto quando il concorso democratico si estende nello stato alle istituzioni e corpi intermedi, non territoriali, perseguiti interessi speciali e, se interessi generali, gli interessi generali attraverso gli interessi speciali. Qui il soggetto partecipante è coinvolto nell'attuazione dell'interesse speciale non più quale cittadino, ma quale co-portatore, per un suo rapporto con l'istituzione o corpo, dell'interesse speciale».

⁵⁵ *Ibidem*, p. 20. L'A. non manca di ricordare che per Thomas Hobbes, il primo individualista-statalista, gli interessi dei corpi separati (*corporations*) sono «come vermi nelle budella di un uo-

fermano quelli che Bentham e Mill chiamavano gli “interessi sinistri”, gli interessi separati ed egoistici, «gli interessi insomma di gruppi o ceti che si organizzano ed affermano in direzione propria non coincidente con la direzione degli interessi generali»⁵⁶. Il liberale conservatore teme la frammentazione dissolutiva dello stato e desidera perciò mantenere quanto più possibile gli interessi speciali nell’ambito del diritto privato. Scarpelli, per contro, ritiene che una simile posizione ignori le grandi trasformazioni economiche e le preferisce una posizione neo-liberale secondo cui la democrazia partecipativa può integrare la democrazia di governo a patto che la superiorità della legge sovrana non venga intaccata, che i confini della discrezionalità restino accuratamente segnati, che le aristocrazie al servizio dello stato, anzitutto quella dei giudici, facciano il loro mestiere, e che, nel caso di un conflitto fra interessi generali e speciali, siano i primi a prevalere. Se queste condizioni sono rispettate, la partecipazione è atta a svolgere anche una funzione educativa, ristabilendo un’aderenza alla concretezza dei problemi e promuovendo le competenze tecniche⁵⁷. L’obiettivo polemico di Scarpelli è chiaro: individuare e tentare di arginare una serie di fenomeni che si stanno verificando nello stato odierno e che fanno capo a quello che chiama “neo-contrattualismo”. Guai a parlare di leggi “contrattate” fra parti sociali⁵⁸. Sebbene queste tesi siano stimolanti, qui non verranno discusse. Mi basta osservare che senza dubbio Scarpelli sa dove vuole arrivare. Il problema, però, è co-

mo», ivi, p. 15 (cfr. Lev., II, XXIX, 21 dove si dice delle “corporations”: *which are as it were many lesser commonwealths in the bowels of a greater, like worms in the entrails of a natural man*).

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 16 e 30. Scarpelli in ogni caso non reputa necessario ricordare, considerate le finalità del suo discorso, che per Bentham l’interesse obliquo non suppone necessariamente un’organizzazione di casta, ma può benissimo essere, e primariamente è, un interesse individuale. Esso è il frutto naturale del mancato controllo su coloro i quali esercitano il potere.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 33-34.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 17, dove l’A. si batte per contenere le influenze sulle decisioni pubbliche che hanno luogo attraverso comportamenti, leciti, o addirittura illeciti, di soggetti il cui intervento non è previsto dalle procedure di formazione degli atti. U. SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., p. 76, dopo aver rilevato la profonda differenza fra il contrattualismo di ieri e il contrattualismo di oggi, nota: «Il contrattualismo di oggi riguarda i corpi intermedi, suggerisce la lotta fra i corpi (sia pure in forme compatibili con il futuro accordo) e l’accordo (ma destinato ad essere superato dalle nuove lotte), spingendo ad un uso parziale e partigiano dello stato con le sue strutture, come le strutture della responsabilità politica. Il problema politico, per il neo-contrattualista, è conquistare lo stato per servirsene, fino al limite della sua dissoluzione che renderebbe impossibili altri accordi; lo scopo specifico, chiamando un responsabile, è sconfiggere un’organizzazione rivale per mettere la propria organizzazione in quel posto. Il contrattualismo di ieri riguardava invece gli individui, teneva i corpi intermedi quali libere associazioni di individui su un piano rigorosamente privatistico, se i corpi intermedi tendevano a strabordare nel diritto pubblico li guataava con sospetto e li combatteva quasi vermi nel ventre dello stato, ispirava una forte coscienza del valore dello stato, proponeva strutture giuridiche volte ad attuare e garantire, in vista degli interessi generali, un corretto esercizio del potere delegato dal popolo, come le strutture della responsabilità politica». Dalla citazione dovrebbe esser chiaro che Scarpelli sta pensando alla situazione italiana, piuttosto che a Rawls e a David P. Gauthier, come oggi ci verrebbe spontaneo fare.

me ci arriva. Scarpelli fa rientrare gli usi correnti del termine ‘partecipazione’ nella «semantica licenziosa» del linguaggio politico⁵⁹, al pari delle definizioni persuasive di termini come ‘libertà’ o ‘democrazia’ fornite dai regimi dittatoriali. E, in effetti, egli ha ottime ragioni per polemizzare con chi eguaglia *sic et simpliciter* la libertà, o la democrazia, con la partecipazione delle folle, per tacere della loro “mobilitazione” dall’alto⁶⁰. Ma non trovo condivisibile la sua strategia definitoria consistente nell’eliminare o nel mettere una volta per tutte tra parentesi le potenzialità emotive del vocabolo in questione⁶¹. Sì, uno scienziato privilegia gli usi referenziali; ma anche le emozioni e i meccanismi simbolici sono *descrivibili* scientificamente. Scarpelli fa bene a specializzare il linguaggio per conseguire i suoi scopi; tuttavia, ho la sensazione che squalifichi gli altri usi: in particolare, che finisca col bandire per sempre non solo i discorsi espressivi, ma anche le *descrizioni* fedeli che vertono *sulle* emozioni collettive capaci di muovere i gruppi sociali.

In realtà, se nella scienza politica la nozione di partecipazione è tutto sommato marginale, dato che essa viene riassorbita (o meglio rimpiazzata) da quella grande finzione democratica che è il concetto di rappresentanza, Kelsen *docet*⁶², è d’altro canto sufficiente volgere lo sguardo ad altre discipline, come la sociologia, l’antropologia e la psicoanalisi, per rendersi conto che in quegli ambiti l’idea anzidetta gioca un ruolo insostituibile. Per non andare a cercare troppo lontano, agli studiosi viene subito in mente la *participation mystique* di Lévy-Bruhl⁶³. Di lì alla *Massenpsychologie* di Freud c’è solo un passo. Freud, infatti, in una sua opera capitale del 1921, *Psicologia delle masse e analisi dell’io*, cerca

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 7, 11 e 17.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 10-11 e 17.

⁶¹ *Ibidem*, p. 9.

⁶² Cfr. p. es. H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna: il Mulino, 1984, pp. 70-71, e ID., *Dottrina generale dello stato*, Milano: Giuffrè, 2013, pp. 696-710. È lo stesso U. SCARPELLI, *La partecipazione politica*, cit., p. 9, n. 4, a cogliere un siffatto nesso tra il concetto di partecipazione e l’idea di rappresentatività (di una supposta volontà generale) rinviando all’ultimo capoverso del terzo capitolo delle *Considerations on Representative Government*, «dove John Stuart Mill riassume le caratteristiche ed i vantaggi del governo popolare, asserendo peraltro che tale governo dev’essere rappresentativo»; in quella sede «il nome *participation* torna due volte, e due volte il verbo *participate*». Si consulti J.S. MILL, *Essays on Politics and Society*, vol. XIX dei *Collected Works* di J.S. Mill, Toronto-Buffalo: University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul, 1977, p. 371 ss., *passim*, in part. p. 412: «[...] it is evident, that the only government which can only satisfy all the exigencies of the social state, is one in which the whole people participate; that any participation, even in the smallest public function is useful; that the participation should everywhere be as great as the general degree of improvement of the community will allow; and that nothing less can be ultimately desirable, than the admission of all to a share in the sovereign power of the state. But since all cannot, in a community exceeding a single small town, participate personally in any but some very minor portions of the public business, it follows that the ideal type of a perfect government must be representative».

⁶³ Cfr. L. LEVY-BRUHL, *Les Fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Paris: Alcan, 1910.

di andare oltre le tesi di Le Bon, che aveva notato il calo delle capacità critiche e la primitivizzazione delle masse estemporanee, accostando i fenomeni collettivi all'ipnosi. Egli, pur condividendo tali tesi⁶⁴, ritiene che le masse siano animate da una sorta di *innamoramento*, da energiche pulsioni amorose inibite, sviate dalle loro mete originarie, per mezzo delle quali si introietta un comune rapporto con il capo o, nelle ipotesi più raffinate, con un'idea astratta che funge da modello di vita⁶⁵. Per dirla con la formula sintetica di Freud: «Una tale massa primaria è costituita da un certo numero di individui che hanno messo un unico medesimo oggetto al posto del loro ideale dell'Io e che pertanto si sono identificati gli uni con gli altri nel loro Io»⁶⁶. Il caso della chiesa di Roma è paradigmatico: «Un filone democratico percorre tutta la chiesa, appunto perché di fronte al Cristo tutti sono uguali, tutti *partecipano* allo stesso modo al suo amore. [...] È indubbio che il legame che unisce ogni singolo al Cristo è anche la causa del legame che unisce i singoli tra loro»⁶⁷. Ho sfrondata la mia breve esposizione dagli aspetti, anche centrali, che non mi premeva mettere in evidenza, ma è ovvio che qui siamo di fronte ad una partecipazione confusiva, la quale cancella le differenze mediante un'identificazione uguagliatrice, ad un tempo omologante e che affratella⁶⁸.

Infine, la partecipazione è parente stretta del *senso di appartenenza* che caratterizza le identità di gruppo. Non per nulla, ci si è accorti che spesso nelle religioni il *belonging* si scinde dal *believing*, diventando un veicolo d'identità anche per gli atei devoti e i più tiepidi fra i credenti. Al postutto si ha come l'impressione che, poco laicamente, il *fare* conti meno dell'*essere*. A ben considerare, i legami più forti, quelli familiari per esempio, sono quelli che *non* sorgono in virtù di una scelta⁶⁹.

⁶⁴ S. FREUD, *Massenpsychologie und Ich-Analyse* (1921), tr. it. in ID., *Opere*, IX, 1917-1923, Torino: Boringhieri, 1977, pp. 257-330. V. in part. p. 302, in cui paragona l'ipnosi ad una «dedizione amorosa» che esclude il soddisfacimento diretto e soggiunge: «D'altra parte possiamo anche dire che la relazione ipnotica è – se tale espressione ci è consentita – una formazione collettiva a due». Cfr. G. LE BON, *Psicologia delle folle*, Milano: Tea, 2004.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 292. È dunque chiaro che ciò che tiene assieme la massa non è una comunione d'interessi valutata con criteri razionali. D'altra parte, il fatto che i rapporti d'identificazione si basino su impulsi sessuali inibiti, per Freud ha il vantaggio di rendere duraturi i legami così instaurati (*op. cit.*, p. 325).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 304, nell'originale la frase è in corsivo.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 284, corsivo mio. Cfr. p. 321.

⁶⁸ Potrebbe esservi un nesso con quel sentimento “oceanico” evocato da Romain Rolland a proposito delle religioni e discusso con qualche ambiguità all'inizio di S. FREUD, *Das Unbehagen in der Kultur* (1929), tr. it. in ID., *Opere*, X, 1924-1929, Torino: Boringhieri, 1978, p. 553 ss.

⁶⁹ Cfr. B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma: Manifestolibri, 2009, p. 153: «Morire per la propria patria, che di solito non abbiamo scelto, assume un valore decisamente maggiore che morire per il Partito laburista, per l'Associazione medica americana o persino per Amnesty international, perché queste sono associazioni cui ci si può iscrivere o

D'altronde le appartenenze sono spesso vissute in modo scarsamente realistico, come rapporti che hanno molto di fantasmatico. Come spiegare altrimenti gli ebrei italiani secolarizzati che “si riconoscono” nel mondo dell'ebraismo orientale, quello dello *shtetl* di Roth e di Singer, che nessuno dei loro avi ha mai visto? O come spiegare che, con una riuscita trovata retorica, un movimento conservatore si sia autoproclamato “maggioranza silenziosa”, incurante del fatto che un gruppo che tace, invece di esprimersi attraverso un voto, non può certo dirsi maggioritario?⁷⁰ O, infine, potremmo arrivare al paradosso denso di significato dell'antiabortista che, in nome del valore intangibile della vita, assassina un medico che pratica l'aborto⁷¹.

Del resto, nella vita pubblica delle democrazie domina l'oscillazione pendolare tra la *piazza* e il *palazzo*. La gente ha bisogno, oltre che di salde istituzioni, che però non sono mai entusiasmanenti, di vivere insieme momenti d'innamoramento collettivo in cui si ritrova sbandierando valori condivisi, suscitatori di forti passioni. Non è pensabile che la partecipazione democratica si limiti all'espressione del voto ogni tre o quattro anni e all'ascolto saltuario dei telegiornali.

Tutto ciò considerato, non c'è dubbio che spesso vengono messi in campo argomenti che sono assai distanti dalla “giustificazione adeguata” di cui ho parlato alla conclusione del § 2.1. In effetti, giustificazione e argomentazione si contrappongono. Né basta avanzare un'osservazione vera perché tale verità venga accolta e riconosciuta. Peraltro, il relativismo e il non oggettivismo etico degli illuministi, come si diceva, non comportano che sul terreno valoriale “tutto vada bene”. Vale l'inverso: l'illuminista normativo e il relativista difendono strenuamente il loro patrimonio ideale. D'altronde, non è affatto auspicabile che in po-

che si possono abbandonare a proprio piacimento. [...]». Lo stesso dicasi nel caso del morire per la rivoluzione. L'idea sottostante è quella dell'ineluttabilità di un certo destino. In questo senso si può dire che paradossalmente lo storicismo e la teologia della storia militano a rafforzare i legami identitari. Analogamente, A.B. SELIGMAN e D.W. MONTGOMERY, *The Tragedy of Human Rights: Liberalism and the Loss of Belonging*, in *Society*, 56, 3 (2019), pp. 203-209 affermano: «It is not for an individual to merely pick and choose belonging». Corrisponde perciò solo parzialmente a quanto realmente accade l'affermazione di U. SCARPELLI, *La partecipazione politica*, cit., pp. 7-8, per il quale: «La parola “partecipazione” è infatti una delle specie di parole che danno un senso di unione, essere-con-gli-altri, essere parte di un tutto. Anzi fare-con-gli-altri, far parte di un tutto: la nostra parola mette un accento laico e moderno sul fare piuttosto che sull'essere, allude ad un collaborante attivismo». Invece, a mio avviso, succede giusto il contrario. Assai poco laicamente e modernamente, l'essere, l'appartenenza disinteressata, di solito nella mentalità collettiva prevale sul fare.

⁷⁰Non tutti sanno che il termine ‘silent majority’, ripreso in Italia negli anni 70, fu lanciato da Nixon in un discorso televisivo del 3 novembre 1969. Ma nel '68 era già comparsa in Francia l'espressione “majorité silencieuse”.

⁷¹Penso per es. all'uccisione, avvenuta nel 2009 a Wichita nel Kansas, di George Tiller, un medico abortista. Sarà una coincidenza, ma il successo del primo esperimento atomico fu comunicato a Truman con un telegramma che recava scritto «The baby is born», cfr. le considerazioni di F. FORNARI, *Psicoanalisi della guerra*, Milano: Feltrinelli, p. 6 ss.

litica ci si limiti ad un'etica consequenzialistica; non è possibile ignorare l'importanza "dell'etica della convinzione", di weberiana memoria, anche sul terreno della discussione e delle prassi politiche: gli argomenti di principio, infatti, mettono per forza in gioco le visioni identitarie dell'uditorio⁷².

L'illuminista può migliorare le proprie tecniche comunicative, evitando di porsi controcorrente in modo sistematico e cercando di sostituire i ragionamenti troppo articolati con sintesi vivaci⁷³. Credo anche che l'esplorazione delle possibilità e la comprensione dei contenuti introdotti in modo surrettizio mediante le metafore c.d. "morte" possano essere di notevole aiuto. Tuttavia, per quanto accorti noi si sia, partiamo svantaggiati. È uno dei limiti intrinseci dell'illuminismo.

In ogni caso non posso concludere senza segnalare tre fenomeni che fanno sperare. Li elenco brevemente:

1) Il fiorire e l'autorevolezza del pensiero tecnico-scientifico, senza il quale non potremmo mantenere gli attuali standard di vita materiale, almeno quelli dei paesi economicamente avanzati. E ciò vale, ma non è una novità, anche per coloro che sogliono scagliare ad ogni piè sospinto l'accusa di nichilismo contro la "tecnica scatenata"⁷⁴.

⁷² Per la fondamentale distinzione fra "etica della convinzione" (*Gesinnungsethik*) ed "etica della responsabilità" (*Verantwortungsethik*) cfr. M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino: Einaudi, 1984. Credo che i tentativi di moralizzare la politica possano essere letti come la richiesta di dare più spazio alle ragioni di principio. Il che non è di per sé sbagliato. L'etica della convinzione, infatti, corrisponde al senso identitario del gruppo e ingenera un'attendibilità – e un effetto reputazione – in chi vi ricorre, rendendo prevedibili le proprie azioni. Il richiamo ai principi si concreta nel «Non posso far diversamente, da qui non mi muovo» (*Hier stehe Ich, Ich kann nicht anders*) di Lutero. Sulla compatibilità tra le due etiche Weber ritiene che esse «non sono assolutamente antitetiche ma si completano a vicenda e solo congiunte formano il vero uomo, quello che può avere la vocazione politica (*Beruf zur Politik*)». Avverto infine che ho mantenuto per semplicità la discutibile traduzione tradizionale di *Gesinnungsethik*, su cui ci sarebbe molto da ridire.

⁷³ In ciò Voltaire era un maestro; egli ebbe a scrivere: «bisogna essere brevi e sapidi, altrimenti i ministri di Mme Pompadour, i funzionari e le cameriere con il libro ci fanno i bigodini» (R. CAMPI, *Introduzione a VOLTAIRE, Dizionario filosofico*, cit., p. XX). L'equivalente odierno di questa situazione in cui è vietato procedere *lento pede* è l'intellettuale che deve adattarsi al linguaggio televisivo, rinunciando alle sfumature, per evitare che i telespettatori annoiati cambino immediatamente canale. Però qualcosa va perduto, perché, com'è noto, il medium è il messaggio.

⁷⁴ Il nostro modo di vita non può essere indifferente rispetto alla scienza e alla tecnica, checché si dica. L'esigenza di spazi d'obiettività è molto più pervasiva di quel che si suppone e questo dà un vantaggio evolutivo alle posizioni illuministiche, sebbene soltanto a lungo termine. D'altronde, non è per nulla detto che, nella discussione pubblica, le cose vadano sempre in modo da contraddire i valori illuministici. Ritrovo un saggio di C. MUSATTI, *Psicologia del divorzio e psicologia del matrimonio indissolubile*, ora in ID., *Riflessioni sul pensiero psicoanalitico*, Torino: Boringhieri, 1976, pp. 302-309, in cui l'illustre psicologo, a dispetto delle proprie convinzioni libertarie, profetizza la vittoria degli antidivorzisti nel referendum del 1974, facendo leva, da freudiano ortodosso qual era, sul carattere conservatore dell'inconscio, essendo poi costretto a fare, spiritosamente, i salti mortali per spiegare il proprio errore predittivo. Pur non disponendo di formule magiche per dar conto dei fatti, noto che la concezione rigidamente paternalistica della famiglia è stata pesan-

2) L'affermazione, purtroppo ancora embrionale, della responsabilità anche per gli atti degli statisti e di coloro che hanno obbedito ad ordini che, per l'ordinamento internazionale, fossero palesemente illegittimi. Il processo di Norimberga è stato una tappa fondamentale, cui ne sono seguite altre, nonostante i problemi, anche teorici, che esso ha sollevato.

3) Il fatto che l'idea di stato nazionale sia fortemente in crisi, essendosi fortemente allentato con la globalizzazione il vincolo tra popolo e territorio: oltretutto ci si è accorti che colpendo un nemico in ultima analisi colpiamo noi stessi; dobbiamo solo attendere che anche l'idea romantica e antilluministica della storia come destino fatale di un popolo tiri l'ultimo respiro. Infine, forse è d'aiuto rendersi conto che tutti noi apparteniamo, sia pure in misura diversa, ad una pluralità di gruppi e di comunità: le nostre narrative – e le nostre metafore – sono sempre più interconnesse e relativizzate, tanto da non poter più essere “prese alla lettera”, ci piaccia o non ci piaccia⁷⁵.

temente intaccata da quanto è avvenuto in quegli anni. Tutto cospirava – non a livello utopico di confuse aspirazioni, bensì a livello delle concrete esperienze d'ognuno – verso un minor sacrificio pulsionale pagato al “disagio della civiltà”. Anche gli psicoanalisti ormai si sono accorti che le loro teorie e i disagi psichici non possono prescindere dal contesto storico; per dirla in breve, bisogna dimenticarsi di Anna O. Questa nuova autonomia, che già esisteva nella vita vissuta, ha probabilmente influenzato le numerose riforme nel campo del diritto di famiglia di quel periodo (e non viceversa). In fondo, il movimento del '68, che era anche uno scontro generazionale, pur non uscendo vittorioso dalle sue sfide politiche, ha visto in parte soddisfatte le proprie istanze di laicità riguardanti la vita privata, quelle che p. es. nel 1966 ruotavano attorno al famoso caso della *Zanzara*. E se tale successo ha cambiato anche il modo di fare politica, ciò è avvenuto molto lentamente e in maniera indiretta. V.M. NACCI, *Il '68 e il diritto: considerazioni storico-giuridiche*, in AA.VV., *Il '68: una rivoluzione dimenticata o da dimenticare?*, Stresa: Edizioni rosminiane, 2019, pp. 193-209, in part. p. 208. Un'ultima chiosa. Pocanzi ho parlato di autonomia. Quest'ultima può però essere più apparente che reale, come accade per l'autonomia del consumatore “profilato” e per il narcisismo dilagante, il che è inevitabile con lo stemperarsi del modello patriarcale. Questa osservazione non fa che confermare l'idea-guida dell'illuminismo normativo: che l'autonomia individuale non è un dato di partenza, bensì è un obiettivo complesso, che non viene mai del tutto raggiunto.

⁷⁵ Uno dei miei due lettori di fiducia, Edoardo Fittipaldi – l'altro è Francesco Ferraro, ringrazio entrambi – mi ha consigliato di menzionare S. Pinker, *The Better Angels of our Nature. Why Violence has Declined*, New York, Viking, 2011 e, soprattutto, Id., *Enlightenment Now*, New York, Viking, 2018. Lo faccio, ma a denti stretti, perché trovo le posizioni dell'A. troppo trionfaliste per i miei gusti filosofici. Ripeto, per me l'illuminismo richiede uno sforzo, un impegno, e il risultato non è mai assicurato.

PATRIZIA BORSELLINO
SULLE PRIORITÀ D'ACCESSO
ALLA TERAPIA INTENSIVA E AL VACCINO COVID-19.
PER UN APPROFONDIMENTO
DELL'ANALISI BIOETICA E BIOGIURIDICA

Maurizio Mori

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contributo di Patrizia Borsellino alla bioetica e al biodiritto. – 3. Il contributo di Borsellino sul triage circa l'accesso alla TI (Terapia Intensiva). – 4. Il problema dei criteri per la priorità di accesso alla vaccinazione Covid-19. – 4.1. La simmetria tra “contesto di cura” e “contesto di prevenzione”. – 4.2. L'oscillazione del CNB sulla nozione di “vulnerabilità”. – 4.3. Qual è il criterio per la priorità di accesso al vaccino sotteso al Piano nazionale? – 5. Conclusioni brevi.

1. *Premessa*

Prima di considerare alcuni degli aspetti scientifici sviluppati da Patrizia Borsellino è opportuno qualche ricordo. Ho conosciuto Patrizia all'Università Statale di Milano negli anni tra il 1971 e il 1974, incrociata in qualche corso non facilmente identificabile come quelli di storia della filosofia di Mario Dal Pra o di Arrigo Pacchi, o di filosofia morale di Remo Cantoni. L'ho ritrovata poi nel 1976 quando sono entrato a far parte del gruppo del comune maestro, professor Uberto Scarpelli, che era appena arrivato a Milano e stava costituendo un circolo di giovani studiosi. Da allora la collaborazione con Patrizia è diventata stabile e ininterrotta, dapprima nel gruppo di allievi di Scarpelli impegnati a riflettere sulle tematiche classiche della filosofia del diritto nella grande tradizione kelseniana, e poi come studiosi impegnati a sviluppare la riflessione bioetica.

Sin da subito le nostre prospettive culturali hanno rilevato una forte convergenza pur con qualche distinzione: Patrizia molto attenta al diritto positivo, interesse che l'ha portata a conseguire una seconda laurea in giurisprudenza, io più interessato ai temi fondativi dell'etica. Entrambi eravamo nella prospettiva della tradizione neo-illuminista che metteva in primo piano la legge di Hume e

la distinzione tra essere e dover essere, impegnati nello svecchiamento della filosofia italiana ancora in larga misura coinvolta in assunti metafisici e intrisa di naturalismo etico. Patrizia lo ha fatto sin da subito con contributi su Bobbio e sulla teoria delle norme, dal canto mio con studi sulla tradizione utilitarista. Dopo questa prima fase sulle questioni di teoria del diritto e di teoria della morale, costante è stato l'impegno nella promozione della bioetica sia sul piano intellettuale sia su quello pratico-militante, che ha preso corpo nelle attività del Comitato Etico della Fondazione Floriani (rivolto per lo più alle questioni di fine-vita) e della Consulta di Bioetica Onlus.

In quasi mezzo secolo di conoscenza ho avuto modo di apprezzare un tratto della personalità di Patrizia che merita di essere sottolineato: la grande capacità di collaborazione e soprattutto la capacità di riprendere le situazioni superando con facilità eventuali ostacoli. Quest'ultima dote è davvero notevole e rende Patrizia collega con cui è facile lavorare. Questo tratto di personalità si attaglia col programma teorico-filosofico, perché la prospettiva borselliniana è di carattere inclusivo, tesa alla conciliazione più che alla sottolineatura delle differenze. Queste sono indicate in modo fermo quando si tratta di marcare le prospettive, come per esempio quando si tratta di distinguere tra prospettiva laica e prospettiva religiosa, ma poi entrambe le posizioni vengono dialettizzate in un'unità superiore che porta a stemperare l'iniziale contrasto per trovare punti di mediazione capaci di giungere a una sorta di pacificazione. Infatti, le situazioni da esaminare presentano così tante sfaccettature la cui considerazione ponderata porta a trovare bilanciamenti capaci di evitare il conflitto diretto. Le analisi di Borsellino sono sempre estremamente raffinate e articolate al fine di far emergere le diverse nuance di prospettiva.

Altro tratto di personalità di Borsellino è la straordinaria curiosità intellettuale e l'apertura all'indagine che viene sviluppata nelle più diverse direzioni. Questa completezza dell'analisi consente a Borsellino di mantenere un notevole equilibrio nelle soluzioni trovate sia nell'ambito della filosofia e teoria generale del diritto, che in quello del biodiritto e della bioetica. Per ragioni di spazio, qui mi limito a dire qualcosa sui contributi in quest'ultimo settore, per passare poi a approfondire un problema specifico, in cui il modello generale di analisi si manifesta con particolare completezza.

2. Il contributo di Patrizia Borsellino alla bioetica e al biodiritto

Dopo aver dato contributi ragguardevoli alla filosofia del diritto e alla teoria della norma giuridica, Borsellino è stata tra le prime in Italia a occuparsi di bioetica, ambito in cui non solo è stata all'avanguardia ma ha imposto un orientamento specifico. Borsellino ha rivolto la sua attenzione a pressoché tutti i principali problemi del settore, e soprattutto ha contribuito in modo ragguardevole

a promuovere la nuova disciplina. Il suo volume *Bioetica tra 'moralì' e diritto*¹ costituisce uno dei *must* di riferimento per la riflessione in materia.

Argomentando a favore di una posizione laica, Borsellino è riuscita a aprire nuovi orizzonti nell'ambito del biodiritto, ambito che prima era coltivato prevalentemente in prospettiva cattolica e con atteggiamento conservatore attento a dare risalto all'etica tradizionale. Affermando con forza le "moralì" e la loro importanza, Borsellino è riuscita a «riservare ampio spazio alla considerazione delle questioni bio-etiche da un'angolatura giuridica, con l'intento sia di offrire una panoramica il più possibile aggiornata – con prevalente riferimento al contesto italiano, senza, tuttavia, perdere mai di vista gli sviluppi normativi a livello sovranazionale e internazionale e quelli di altri Paesi – dei modi in cui il diritto è intervenuto, o potrebbe intervenire in un prossimo futuro, in questa materia, sia di portare in evidenza i sottintesi e le implicazioni dei diversi modelli di regolazione che già hanno improntato o potrebbero improntare il "biodiritto"»².

Borsellino si è opposta con vigore ai numerosi e ripetuti «tentativi di portare all'indietro le lancette dell'orologio e di innescare una controtendenza rispetto alle importanti conquiste di segno liberale realizzate nel nostro Paese decenni orsono – per esempio, con i provvedimenti legislativi in materia di diritto di famiglia, di aborto, di divorzio»³ che si sono susseguiti negli ultimi decenni, e ha sempre riaffermato la laicità sulla scia dei suoi più diretti maestri, Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli e Nicola Abbagnano: una laicità pronta a affermare l'autonomia dell'individuo coniugata con la solidarietà, e improntata all'impegno di «rispettare il dissenso riguardo a qualunque valore, compresi i valori religiosi» e al «rifiuto di fare ricorso proprio agli strumenti coercitivi del diritto, quando non bastano gli strumenti della persuasione e della propaganda, per imporre, a chi non lo condivide, un determinato sistema di valori»⁴.

In questo quadro va sottolineato il fatto che l'azione persuasiva avviene attraverso l'analisi razionale: per Borsellino i sentimenti hanno un ruolo centrale nella moralità, in quanto «rappresentano senz'altro l'imprescindibile punto di partenza nel percorso che deve condurre a scelte eticamente giustificate, ma possono supportare soluzioni eticamente difendibili solo se si rivelano, al termine dell'analisi razionale, sentimenti sostenibili, in quanto conciliabili con le esigenze altrui e non contrastanti con i principi che giustificano condotte eticamente approvabili»⁵. Ricordo quest'aspetto molto condivisibile dell'impostazione di fondo, perché esso sarà richiamato in seguito, dal momento che la que-

¹ P. BORSELLINO, *Bioetica tra moralì e diritto*, Milano: Cortina, II ed., 2018.

² *Ibidem*, p. 16.

³ *Ibidem*, p. 17.

⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁵ *Ibidem*, p. 40.

stione da esaminare ha avuto un forte impatto emotivo e il richiamo alla “analisi razionale” risulta quanto mai opportuno.

3. *Il contributo di Borsellino sul triage circa l'accesso alla TI (Terapia Intensiva)*

Il tema che intendo affrontare riguarda un aspetto della questione concernente il triage per l'ammissione alla TI che si è posto nei primi mesi del 2020. La pandemia Covid-19 è arrivata in Italia e in Lombardia il contagio si è diffuso con grande rapidità così che le richieste di accesso alle TI erano di 10-15 volte superiori alla disponibilità. In questa situazione di sconcerto e di emergenza il Gruppo di Studio di Etica della Siaarti il 6 marzo 2020 proponeva ai colleghi rianimatori alcune Raccomandazioni per dare una risposta agli interrogativi con due obiettivi:

- a) «Sollevare i clinici da una parte della *responsabilità* nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi;
- b) Di rendere espliciti i *criteri di allocazione* delle risorse sanitarie in una condizione di loro straordinaria scarsità»⁶.

Dopo aver osservato che «i *criteri straordinari* di ammissione e di dimissione sono *flessibili*», e che «l'*allocazione* è una scelta complessa e molto delicata» perché van tenuti in conto svariati fattori concernenti l'assistenza sanitaria nella globalità, la Raccomandazione 3. afferma: «Può rendersi necessario porre un *limite di età* all'ingresso in TI. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha *in primis* più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere *più anni di vita salvata*, in un'ottica di *massimizzazione dei benefici* per il *maggior numero* di persone».

Questa Raccomandazione soprattutto ha suscitato nel paese un forte sdegno, e l'idea di rendere espliciti i criteri di scelta per garantire la trasparenza è stata vista da alcuni come un tradimento del principale dovere di ruolo del medico, quello di assicurare. Non sono mancati episodi di acuto risentimento verso la Siaarti, accusata di proporre forme inaccettabili di discriminazione, e di rimettere in funzione la rupe Tarpea, da cui gettare non solo i più anziani, ma soprattutto l'uguaglianza di tutti i cittadini. Ho cercato di mettere in luce come l'uguaglianza richieda un *tertium comparationis* sulla cui scorta individuare i tratti simili, e come quest'indagine potesse portare a un'interpretazione più articolata della nozione forse compatibile con la trasparente esplicitazione di un ordine di

⁶M. VERGANO ET. AL., *Raccomandazioni di Etica Clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020.

priorità di chi ammettere in TI rispettoso delle esigenze di giustizia distributiva come proposto dalle Raccomandazioni⁷.

Questa linea di ricerca, però, non è stata sviluppata perché si è detto che l'uguaglianza dei cittadini esige che siano considerate le sole esigenze sanitarie (organiche) del singolo paziente. Il CNB ha sostenuto quest'atteggiamento nel Parere dell'8 aprile 2020 in cui si afferma che solo il criterio clinico è morale, e che ogni altro criterio è immorale. Per questo ho formulato una posizione di minoranza in cui ho sottolineato che la presenza di criteri extra-clinici è ineliminabile, e osservato che la tesi del solo criterio clinico è frutto di «negazione di realtà»⁸.

Borsellino è prontamente intervenuta all'inizio dell'estate 2020 con un articolato studio in cui, con pacatezza, ha esaminato i vari aspetti della questione⁹. Seguendo il metodo e lo stile sopra indicati, ha subito sottolineato che anche le proposte dei Rianimatori Siaarti comunque «devono mantenersi entro i confini ben segnati, nel nostro Paese, dagli interventi normativi in materia di relazione di cura e di mandato della medicina, prima fra tutti dalla legge n. 219/2017, e dalla cornice di principi costituzionali e sovranazionali entro la quale si sono inseriti»¹⁰. Per stabilire questo si tratta di sapere quanto il «criterio di giustizia distributiva, che richiede di privilegiare “la maggior speranza di vita”» proposto dalle Raccomandazioni sia compatibile «con il sopra richiamato quadro giuridico di riferimento, così come con la cornice etico-valoriale che vi è sottesa [... e segnatamente se ciò non] comporti o meno discriminazioni non consentite in un sistema che collega all'inviolabilità della dignità umana la garanzia del diritto alla salute e, quindi, il dovere di non privare, in via di principio, nessun individuo di cure il più possibile appropriate ai suoi bisogni, oltre che rispettose delle sue volontà»¹¹.

Borsellino è ben consapevole che la risposta dipende «dal significato che si attribuisce all'espressione “speranza di vita” e al peso che, nel complessivo processo decisionale, si riserva al criterio di giustizia distributiva che la assume come parametro di riferimento»¹². In questo quadro afferma che «risulta difficile

⁷ M. MORI, *Le Raccomandazioni degli anestesisti e la fine dell'uguaglianza ippocratica*, in *Quotidianosanità*, 13 marzo 2020.

⁸ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020. Ho espresso una breve Posizione di minoranza, *Le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta*, pubblicate alle pp. 11-14. Ho approfondito la tesi della “negazione di realtà” in un successivo contributo, M. MORI, *La negazione di realtà sgradevoli. La “caparbia convinta” di Manzoni e la “mala fede di Sartre aiutano a leggere alcune reazioni a difficoltà sollevate dal Covid-19*, in *Rivista italiana di cure palliative*, 22, 2020, pp. 113-120.

⁹ P. BORSELLINO, *Quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in tempo di emergenza sanitaria?*, in *Notizie di Politeia*, XXXVI, 138, 2020, pp. 5-25.

¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² *Ibidem*, p. 18.

non intravedere la possibilità di ricadute discriminatorie se, nella definizione della speranza di vita, si attribuisce alla soglia anagrafica, e quindi alla maggiore o minore anzianità dei pazienti, un peso così rilevante da poter giustificare [...], la fissazione di “un limite di età all’ingresso in terapia intensiva”. Con questo si introdurrebbe un criterio di selezione aprioristico – una sorta di lista di chi sta dentro e di chi sta fuori – fondato su considerazioni presuntive, che è stato diffusamente giudicato incompatibile – non diversamente da altri criteri aprioristici di esclusione dai trattamenti – con il principio etico e giuridico che impone il rispetto dell’uguale dignità delle persone»¹³.

Borsellino osserva che il fare “categorie di pazienti”, cioè una “lista di chi sta dentro e di chi sta fuori” comporta discriminazioni. Per evitarle individua un’altra interpretazione del significato di “speranza di vita” per cui il riferimento è alla «maggiore possibilità di successo nella risposta terapeutica su cui influiscono elementi» di vario genere tra cui anche l’età anagrafica, considerata «solo uno degli elementi da tenere in considerazione nel processo decisionale [di ammissione alla TI], insieme agli altri elementi che definiscono la complessiva situazione del paziente e sostanziano il giudizio relativo alla possibilità di successo terapeutico, né sul criterio di giustizia distributiva incentrato sulla “speranza di vita”, incombe più l’ipoteca delle implicazioni discriminatorie che lo renderebbero eticamente e giuridicamente inaccettabile»¹⁴.

Conclude che nelle situazioni tragiche e straordinarie «si possono senz’altro individuare ordini di priorità [di accesso alla TI], ma al di fuori di automatismi potenzialmente discriminatori e passando per la tanto gravosa, quanto inevitabile, assunzione di responsabilità verso ogni paziente, dalla quale i professionisti sanitari non possono essere esonerati»¹⁵. Ove il medico si trovasse nell’impossibilità di fatto di salvare la vita di tutti i pazienti, non sarebbe imputabile (sul piano civile e penale) a patto che la mancata prestazione di cure appropriate dipendesse dallo stato di necessità, e non fosse frutto di una scelta «per pregiudiziale esclusione di particolari categorie di pazienti dall’accesso alle cure intensive»¹⁶.

La posizione di Borsellino è molto equilibrata e si colloca nella direzione indicata dal Parere CNB 8 aprile 2020, senza però affermare esplicitamente che quello clinico è l’unico criterio di riferimento: ne riconosce una sorta di prevalenza, ma forse non esclude che si possa ricorrere a criteri *extra-clinici* in qualche situazione. Quest’apertura è di grande interesse a fronte di un nuovo problema che è trascurato e che invece merita di essere richiamato all’attenzione e esaminato.

¹³ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ *Ibidem*, p. 19.

4. Il problema dei criteri per la priorità di accesso alla vaccinazione Covid-19

Il 27 dicembre 2020 nell'Unione Europea è iniziata, tra tante difficoltà, la vaccinazione di massa contro il Covid-19 che ha portato alla luce il seguente problema etico: per vaccinare tanta gente ci vuole tempo, e alcuni di coloro, la cui vaccinazione è posticipata, nell'attesa moriranno, mentre avrebbero potuto essere salvati se fossero stati vaccinati prima. In Italia, nei primi tre mesi del 2021 ci sono stati circa 10.000 morti al mese, e la fine della vaccinazione è prevista nell'autunno. Con questo tasso di mortalità, i morti sarebbero novanta/centomila, stima sicuramente eccessiva. Tuttavia, è plausibile pensare che almeno 50/60.000 saranno i morti per Covid la cui morte avrebbe potuto essere evitata se fossero stati vaccinati prima. Ciascuno di essi ha titolo di chiedere: perché non ho avuto la priorità vaccinale? La domanda è analoga a quella posta da chi è morto perché non ha avuto accesso prioritario alla TI, che forse l'avrebbe salvato. La simmetria delle domande porta a credere che i criteri per stabilire la priorità di accesso alla vaccinazione e alla TI siano e debbano essere gli stessi.

Nonostante sia serio e importante, solitamente il problema neanche è considerato, perché il vaccino riguarda il “contesto di prevenzione” (intesa in senso lato che include anche la profilassi, etc.), mentre la TI riguarda il “contesto di cura”, e nel senso comune diffuso i due temi sono collocati in categorie diverse, irrelate e non confrontabili. In via preliminare c'è da affrontare la questione se i criteri per le priorità di accesso siano davvero gli stessi o no.

4.1. La simmetria tra “contesto di cura” e “contesto di prevenzione”

Il senso comune ci porta a credere che altro sia la “prevenzione” e altro la “cura”, e che i criteri per l'una abbiano poco o nulla a che fare con quelli per l'altra. Se, però, ci si chiede come mai le due pratiche siano collocate in categorie diverse, le ragioni sembrano essere le seguenti:

a) il rischio di morte è diverso nei due casi, essendo molto reale nel caso della TI, e remoto e aleatorio nel caso del vaccino.

È vero che c'è una diversa probabilità di morire: chi ha già contratto il virus ha un rischio di morire che è maggiore, prossimo e concreto, mentre il rischio di essere contagiati è più remoto e aleatorio. Tuttavia, questa differenza di rischio non basta a giustificare la collocazione di cura e prevenzione in due categorie diverse e irrelate. Infatti, l'obbligo di tutela della vita rimane lo stesso nelle due situazioni, anche se forse è più urgente nella prima. Infatti, al di là delle probabilità più o meno grandi di essere contagiati, dopo essere stato contagiato, chi lo è può legittimamente chiedere: perché non mi avete vaccinato prima? Questa domanda è esattamente analoga a quella di chi ha contratto il virus e chiede: perché non ho avuto accesso alla TI prima?

b) A prescindere dalle diverse probabilità di morte nei due casi, si tratta di due realtà diverse e tra loro irrelate.

Ci sono due considerazioni a favore di questa tesi: la medicina da sempre è centrata sull'individuo (il paziente singolo) che viene visto senza tener conto della cosiddetta "medicina di comunità" e alla luce della "normalità teleologica della vita", ossia l'idea che ci siano ritmi normali di vita scanditi dal finalismo vitale e da stili di vita percepiti come "connaturati". In questo senso, la cura è dovuta come rimedio a una situazione negativa, mentre cambiare uno stile di vita invalso è un "fare in più", è supererogatorio: qualcosa di meritorio ma di non richiesto, tanto che eventuali sanzioni sarebbero discriminatorie.

Non sto a discutere circa il valore delle considerazioni fatte, e non escludo che in effetti la differenza categoriale resti adeguata per le situazioni di "normalità". Oggi, però, noi viviamo in una situazione di pandemia dichiarata, per cui la prevenzione è una forma di "cura anticipata" della malattia che altrimenti arriverebbe inesorabile. Di fatto, la pandemia ha imposto precauzioni che incidono fortemente sulla "normalità" della vita (distanziamento, mascherine, disinfezione, etc.), perché ci troviamo in una "malattia diffusa anticipata", cioè in una situazione patologica che ci colpisce a meno di avere precauzioni speciali. In questo senso un eventuale ritardo all'accesso al vaccino (prevenzione) è fonte di morte come lo è l'eventuale ritardo all'accesso alla TI (cura). L'ordine di priorità di accesso al vaccino deve essere analogo alla priorità di accesso alla TI, e viceversa.

4.2. *L'oscillazione del CNB sulla nozione di "vulnerabilità"*

Se vale la simmetria sopra indicata tra cura e prevenzione, allora la posizione del CNB presenta una difficoltà. Infatti, nel Parere 8 aprile 2020 il CNB ha escluso come immorale l'uso di criteri extra-clinici, mentre nella Mozione del 12 marzo 2021 ha subito accettato «la definizione nel Piano vaccinale delle fasi e delle categorie, che stabiliscono un ordine di priorità di accesso ai vaccini, secondo analisi basate sugli studi scientifici a disposizione, valutando la vulnerabilità, in relazione alle patologie, con connotazione più o meno grave, all'età anagrafica, all'esposizione al virus, con riferimento ai luoghi e all'attività a maggior rischio (es. il personale docente e non docente della scuola e dell'università, le Forze armate, di Polizia e del soccorso pubblico, i servizi penitenziari, e le altre comunità residenziali indicate in 'socio-sanitarie, civili, religiose')»¹⁷.

Mi sono astenuto dall'approvare la Mozione per diverse ragioni, tra cui quella circa l'ordine di priorità per l'accesso ai vaccini che qui illustro. Nel testo la Mozione afferma che l'ordine di priorità proposto si basa su "studi scientifici" che valutano "la vulnerabilità, in relazione alle patologie". La sequenza lessicale

¹⁷COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Urgenza vaccinale: aspetti bioetici*, 12 marzo 2021.

delle parole sembra individuare quella che chiamo *vulnerabilità clinica*, nozione che fa riferimento al solo aspetto patologico che comporta maggiore fragilità dei soggetti vaccinati verso la malattia e la morte. Questa nozione è in linea col criterio di priorità di proposto nel Parere 8 aprile 2020.

Tuttavia, la nota 2) precisa il significato di “vulnerabilità” osservando che «La vulnerabilità è un concetto e un principio in bioetica delineato in numerosi documenti: cfr. *La dichiarazione di Barcellona* (1995), Unesco, International Bioethics Committee, *Report of the IBC on the Principle of Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity* (2013). *La vulnerabilità include la dimensione medica, psicologica e sociale*». Le parole da me messe in corsivo rendono chiaro che il significato di “vulnerabilità” indicato nella nota è diverso da quello indicato nel testo, perché nella nota non ha più come unico riferimento la malattia e la morte (solo criteri clinici), ma include anche considerazioni di natura “psicologica e sociale”, ossia considerazioni valutative: chiamo *vulnerabilità sociale* questa diversa e nuova nozione, che è incongrua con la precedente perché include valutazioni e criteri extra-clinici per la priorità vaccinale.

Non è chiara quale sia l'esatta nozione di vulnerabilità adottata nella Mozione (se quella clinica o sociale), ma poiché in essa si approva il Piano vaccinale nazionale, per saperlo possiamo cercare di individuare qual è il criterio che informa le priorità assegnate dal Piano nazionale.

4.3. *Qual è il criterio per la priorità di accesso al vaccino sotteso al Piano nazionale?*

Il criterio di priorità di accesso al vaccino per forza di cose deve individuare categorie di persone, dal momento che (per ora) non sappiamo quale esatta persona sarà contagiata. Resta, tuttavia, che la vita delle persone che vengono vaccinate prima è più tutelata di quella delle persone vaccinate dopo. Un certo numero di coloro la cui vaccinazione è ritardata, morirà. Perché è giusto assegnare la precedenza a una categoria invece che a un'altra? Perché prima i medici o i più anziani invece degli avvocati o dei cassieri del supermercato?

Per stabilire la priorità di accesso alla TI, il CNB ha affermato come accettabile solo e null'altro che il criterio clinico, che di per sé esclude l'individuazione di categorie di persone ma considera solo individui singoli. Ora, invece, sono ammesse categorie o classi di persone, e già questo potrebbe far saltare l'intero impianto concettuale, perché l'introduzione di categorie di persone («una lista di chi sta dentro e di chi sta fuori», direbbe Borsellino) comporta quasi inevitabilmente il riferimento a criteri extra-clinici, e quindi al concreto rischio di (presunte) discriminazioni. Si può, tuttavia, replicare che il ricorso a categorie di persone è inevitabile nel contesto di prevenzione, e che in tale ambito la nozione di “vulnerabilità clinica” sostituisce il, e ha la funzione del, criterio clinico in quanto (come questo) considera solamente il maggior rischio di contrarre malattia grave e di morire.

Stando alla vulgata diffusa, sembra che il Piano nazionale vaccinale sia informato proprio alla vulnerabilità clinica, e che sulla cui scorta di questo criterio sia stata assegnata la priorità ai medici e agli altri operatori sanitari in quanto più esposti al rischio di ammalarsi. Se, però, si esaminano i numeri, la situazione appare diversa. Dopo un anno di pandemia (fine febbraio 2021) su sessanta milioni di cittadini, i morti da Covid-19 sono stati 100.000 circa, ossia lo 0,1666%. D'altro canto, in Italia ci sono 403.454 medici iscritti all'ordine e al 20 febbraio 2021 (Giornata nazionale operatori sanitari) i medici morti per Covid sono stati 326 ossia lo 0,0808: il rischio di morire di un medico è meno della metà di quello di un comune cittadino¹⁸. Gli infermieri, invece, sono 454.000 circa, e di essi i morti per Covid sono stati 81 ossia lo 0,0178%: per un infermiere il rischio di morire è 9 volte minore di quello di un comune cittadino¹⁹. Se dati e calcoli sono corretti, allora non si può dire che la priorità vaccinale assegnata agli operatori sanitari dipende dalla vulnerabilità clinica²⁰. Può darsi che sia giusto vaccinare prima gli operatori sanitari, ma si deve riconoscere che tale ordine di priorità è giustificato dalla vulnerabilità sociale, cioè da ragioni di tipo extra-clinico e utilitaristiche, e non dalla vulnerabilità clinica come invece si tende a far credere. Poiché nella Mozione 12 marzo 2021 il CNB ha approvato il Piano vaccinale nazionale il cui ordine di priorità è informato alla vulnerabilità sociale, sul tema dei criteri di accesso alle diverse pratiche il CNB è dissonante.

5. Conclusioni brevi

Le considerazioni fatte vogliono essere più una sollecitazione all'approfondimento di un problema nuovo e poco considerato che l'affermazione di tesi solide. Sono sicuro che Patrizia Borsellino riuscirà a sviluppare questa nuova linea di pensiero con argomenti validi e originali, individuando una soluzione capace di evitare le difficoltà incontrate dal CNB.

¹⁸Per questi dati, cfr. <https://www.lavocedivenezial.it/covid-medici-morti-infermieri-morti/>. I dati sono per difetto, dal momento che nel novero dei medici deceduti rientrano anche quelli pensionati o non più in attività in forza dell'idea che "medico si è per sempre".

¹⁹Per questi dati, cfr. http://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo_id=92695.

²⁰Va inoltre osservato che questa categoria è molto ampia e variegata, e include persone lontane dalla "prima linea". Basti rilevare che medici e infermieri assieme non arrivano a 800.000 unità, e che al 10 marzo 2021 in Italia gli operatori sanitari vaccinati sono stati 2.717.959.

IMMAGINI DELLA BIOETICA NEL PENSIERO DI PATRIZIA BORSELLINO

Demetrio Neri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una bioetica pacificatrice. – 3. Una bioetica procedurale. – 4. Una bioetica procedurale in quanto laica. – 5. La laicità procedurale e i suoi “nemici”. – 6. Nota finale.

1. *Premessa*

Questo contributo al volume in onore di Patrizia Borsellino è basato su una attenta lettura (o meglio, rilettura) dei principali contributi dell'autrice al dibattito bioetico, e in particolare su un confronto tra gli scritti degli anni '90, raccolti nel volume del 1999 *Bioetica tra autonomia e diritto*¹, e il volume (del 2009, che citerò nella nuova edizione del 2018) nel quale Borsellino espone in forma organica la sua idea di bioetica con un titolo che ne sintetizza perfettamente il senso fondamentale: *Bioetica tra “moralì” e diritto*². Tuttavia nell'esposizione che segue non ripercorro la strada del confronto analitico, anche perché c'è una sostanziale continuità (pur con gli aggiornamenti necessari) tra gli scritti degli anni '90 e i successivi. Ho preferito (anche per tenermi nei limiti imposti a questi contributi) puntare direttamente sui risultati di quel confronto, presentando e discutendo alcuni concetti-chiave che, a mio parere, più efficacemente disegnano l'idea di bioetica che circola negli scritti di Patrizia Borsellino. La sintetizzo nei termini seguenti: è una bioetica *pacificatrice*, perché prende molto sul serio il *pluralismo* delle visioni del mondo, e che, per realizzare questa finalità, adotta lo stile *procedurale* suggerito dall'approccio *laico* alla bioetica.

¹ P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano: Zadig, 1999.

² P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano: Raffaello Cortina editore, 2009; nuova ed. aggiornata, 2018.

2. Una bioetica pacificatrice

La caratteristica della bioetica che ho inteso rendere con questo aggettivo (non ne ho trovato uno migliore) mi è venuta in mente quando, rileggendo i testi di Borsellino, ho rammentato l'immagine con cui veniva presentata la bioetica in un editoriale del 1995 firmato da Elio Sgreccia e Angelo Fiori: quella di «un campo che purtroppo non è ancora ben delimitato ed è male presidiato da sentinelle spesso ignare della parola d'ordine e negligenti nel controllo dei lasciapassare»³. È solo un'immagine, ovviamente, ma non sarebbe difficile utilizzarne gli elementi per individuare gli aspetti fondamentali, filosofico-ontologici ed etici, del tipo di bioetica proposto da questi autori. Ma rimando, in proposito, alle pagine che Borsellino dedica a ciò, per sottolineare invece che l'idea di bioetica che circola nei suoi scritti è esattamente il contrario di questa immagine militaresca: non ci sono sentinelle, non c'è nessun lasciapassare da presentare e quindi non c'è una qualche *auctoritas* che li fornisca dopo aver verificato il possesso di chissà quali credenziali. Fin dall'inizio, infatti, la bioetica si è proposta come un campo libero e aperto, come deve essere ogni genuina impresa filosofica⁴: se il programma lanciato negli Stati Uniti tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 ha avuto successo e una rapida e impetuosa diffusione in tutto il mondo e quindi anche presso differenti culture, è stato perché gli studiosi che hanno cominciato a strutturare questo campo hanno saputo accreditarne un'immagine inclusiva, di impresa aperta ad ogni contributo, ecumenica, in cui nessun orizzonte di senso veniva pregiudizialmente escluso a patto che, per quanto persuasivo, non pretendesse una considerazione privilegiata o esclusiva rispetto agli altri. È una bioetica che si pone lo scopo di creare un «luogo ideale»⁵ in cui, per dirla con Scarpelli, possono accedere tutti, qualunque sia la visione del mondo professata, purché siano disposti ad accettare il vincolo di «non rompersi reciprocamente le teste, trovando una maniera storica (destinata a mutare nel tempo) per rendere possibile la convivenza delle idee e delle pratiche corrispondenti»⁶. Se infatti escludiamo la possibilità di una improvvisa conversione di tutti a un'unica visione del mondo (e, ovviamente, escludiamo il ricorso alla forza, anche alla forza del diritto, per «convincere» gli eventuali recalcitranti), non c'è alternativa al prendere atto della necessità della convivenza pacifica tra differenti (e talora incompatibili) concezioni del mondo e, quindi, della necessità di individuare le strategie più idonee a conseguire questo obiettivo. È qui che rivela la sua «fertilità»⁷ la concezione *procedurale* della bioetica.

³ E. SGRECCIA, A. FIORI, *Editoriale*, in *Medicina e Morale*, 1995, m.1, p.9.

⁴ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 24.

⁵ *Ivi*, p. 14.

⁶ U. SCARPELLI, *Una bioetica tollerante*, in ID., *Bioetica laica*, Milano: Baldini&Castoldi, 1998, p. 21.

⁷ *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 53.

3. Una bioetica procedurale

L'aggettivo *procedurale* compare già nel primo degli scritti raccolti nel volume del 1999⁸ e serve a connotare l'unica strategia prospettabile per avere a che fare col fenomeno che ha fatto da sfondo alla stessa nascita della bioetica: l'innegabile pluralismo degli stili di vita e di pensiero morale presente nelle società occidentali secolarizzate nelle quali abbiamo la sorte di vivere. Ho detto *innegabile* perché in realtà nessuno nega l'esistenza di differenti modi di condurre la propria vita morale all'interno della stessa società (ma anche nel confronto tra società e culture diverse⁹). Vi sono però almeno due diversi modi di rapportarsi a questo dato di fatto. Vi è infatti chi ammette il pluralismo a denti stretti, per così dire, quasi fosse un fatto deprecabile o negativo, fattore di confusione e smarrimento, frutto delle tendenze relativistiche e nichilistiche (qualunque cosa ciò voglia dire) proprie della modernità. Chi in tale modo prende atto del pluralismo si pone in genere l'obiettivo di ridimensionarlo attraverso «l'intransigente affermazione di valori considerati assoluti e "non negoziabili" e in quanto tali sottratti al vaglio critico e al confronto»¹⁰. Si sostiene, ad esempio, la necessità di una "epistemologia veritativa" a fondamento della bioetica, e cioè una epistemologia (o piuttosto di una metafisica) che chiuda il discorso sulla bioetica individuando l'unico possibile fondamento di verità; oppure si sostiene che sia possibile riconoscere la legittimità di etiche razionali, ma solo sul piano fenomenologico e gnoseologico immediato, mentre sul piano della fondazione ultima la stessa ragione «dovrà concludere per l'affermazione dell'assoluto Dio, ultima radice della trascendenza del valore persona e delle norme etiche»¹¹. Ciò significa soltanto che chi si ostinasse a pensare che si possa avere una buona morale e vivere una buona vita morale sulla base di una propria personale visione della trascendenza o della mancanza di ogni riferimento trascendente, è solo vittima di una ragione filosofica inconsapevole del suo vero fondamento¹².

Chi conosce la letteratura bioetica cui Borsellino fa riferimento per delineare questo modo di intendere il pluralismo non faticherà a notare che in questa letteratura il riconoscimento del pluralismo come fatto si accompagna a varie strategie dirette a svuotarlo di ogni significato. Una delle più comuni consiste nel-

⁸ P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., p. 6.

⁹ È un tema che Borsellino affronta in particolare nel cap.6 di *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit.

¹⁰ *Ivi*, p. 15.

¹¹ E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Vol. I, Fondamenti ed etica medica*, Milano: Vita e Pensiero, 1994, III ed., p. 56 (corsivo mio).

¹² Ho riassunto qui, molto liberamente (ma spero fedelmente), le articolate critiche che Borsellino (in particolare nel primo capitolo del volume citato alla nota 2) muove alle etiche, e alle loro filosofie di riferimento, che si avvalgono di una fondazione ultima e assoluta dei valori, con particolare riguardo alla bioetica cattolica italiana.

l'ipostatizzare una qualche entità (la medicina, il diritto, i diritti umani, talora la stessa etica, ovviamente al singolare) e nel sostenere che quel che deriva dall'esistenza di tale entità si sottrae per sua natura al pluralismo. Questo, come ben sapeva Feuerbach, è il trucco di ogni teologia camuffata da filosofia; con l'aggiunta marxiana che, siccome l'entità ipostatizzata deve pur avere un qualche contenuto, si riempie surrettiziamente di "cattiva empiria" e cioè delle particolari concezioni che uno vuol sottrarre al pluralismo. Si potrebbe costruire un florilegio di espressioni come "e qui non ci si appelli al pluralismo" e così via.

Ben diverso è il modo di rapportarsi al pluralismo proposto da Borsellino, per la quale nel pluralismo «bisogna anche scorgere un valore, un bene da salvaguardare e da garantire, non un male da sconfiggere»¹³. È un valore che arricchisce la società, ed è – per dirla con John Rawls – «il risultato *normale* dell'esercizio della ragione umana entro le libere istituzioni di un regime democratico costituzionale»¹⁴. Ben diversa è quindi anche la strategia proposta da Borsellino per affrontare questo fenomeno sociale e culturale. Non è prospettabile, lei scrive, «una strategia diversa da quella adottata dall'etica laica, la quale distingue entro l'etica normativa due livelli: il livello dei valori sostanziali, cioè l'insieme delle regole e dei valori sulla base dei quali si vive la propria vita morale da soli o, più spesso, con altri esseri umani che condividono liberamente tali regole e valori, e il livello delle regole procedurali, cioè l'insieme dei principi e delle regole che presiedono alla coesistenza, entro una società di individui e di gruppi che non condividono gli stessi impegni morali, non riconoscono i medesimi valori sostanziali»¹⁵. Il testo che ho citato contiene elementi che, per essere esplicitati, richiederebbero troppo spazio. Mi limito dunque al punto fondamentale e cioè all'affermazione che chi è in grado di proporre questo tipo di strategia per avere a che fare col fatto (e col valore) del pluralismo è la bioetica laica.

4. Una bioetica procedurale in quanto laica

Sul tema della laicità in rapporto alla bioetica (con particolare riguardo alla situazione italiana) si è sviluppato negli anni scorsi un ampio e vivace dibattito, al quale Borsellino ha più volte dato il suo contributo. Non posso, in questa sede, ripercorrerne le tappe, voglio solo sottolineare che l'accezione di laicità scel-

¹³ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 98.

¹⁴ J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, a cura di S. VECA, Milano: Edizioni di Comunità, 1994, p. 6.

¹⁵ P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, pag. 6-7. Per la teorizzazione dei due livelli della vita morale, quello sostanziale dei valori sulla base dei quali si vive la propria vita morale, e quello procedurale dei valori che consentono la coesistenza, Borsellino fa riferimento a Tristram Engelhardt (v. *ivi*, p.44, nota 60).

ta e difesa da Borsellino sulla scia dell'insegnamento di Uberto Scarpelli, è quella che è stata definita *metodologica* o – appunto – *procedurale* (ma anche *debole*¹⁶). Ha scritto Borsellino nel difendere questa scelta: «Chi riconosce nella salvaguardia di tutte le identità il fondamentale problema da affrontare e da risolvere sul piano culturale, ancor prima che sul piano politico, non può, a mio parere, dubitare che la nozione su cui puntare debba essere oggi, ancor più che negli anni passati, quella della laicità come metodo volto a consentire la convivenza, in una società democratica, di differenti ideologie e concezioni del mondo [...]»¹⁷.

Questa laicità procedurale consente di pensare la bioetica come il luogo ideale, di assai incerta delimitazione, che sta tra le morali (al plurale) e il diritto (come suona appunto il titolo del libro del 2009), quel luogo cioè in cui i disaccordi morali che persone ragionevoli possono nutrire sui vari problemi diventano una questione pubblica, sulla quale prima o poi si chiede alla “normatività forte”, rappresentata dal diritto, di intervenire. E anche in relazione al rapporto tra la discussione bioetica e gli eventuali esiti normativi di tipo giuridico¹⁸, la concezione procedurale della bioetica rivela la sua fertilità: consente, infatti, e anzi richiede, di pensare a questi esiti normativi nei termini di leggi che, in materie di questo genere, si pongano in termini di *compatibilità*¹⁹ tra differenti visioni del mondo, invece di limitarsi ad accogliere una specifica visione morale così producendo inevitabilmente una coartazione dell'autonomia e della dignità di chi non si riconosce in essa. Non è certo un obiettivo facile da raggiungere, in specie nella situazione italiana, come mostrano, ad esempio, i quattordici anni passati dall'inizio della discussione parlamentare all'approvazione della legge n. 219 del 22 dicembre 2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*). Questa legge si pone appunto in termini di compatibilità tra visioni differenti, perché crea un ampliamento delle opzioni disponibili alle scelte individuali, un ampliamento compatibile con tutte le differenti autorappresentazioni della propria condizione esistenziale che le singole persone possono sviluppare in base ai propri valori e alla propria concezione della vita. È banale dirlo, ma nessuno è obbligato dalla mera esistenza di questa nuova opzione a redigere un testamento biologico: chi, ad esempio, preferisse continuare

¹⁶ Come è noto, questo è l'aggettivo con cui Giovanni Fornero ha connotato la laicità procedurale: cfr. G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano: Bruno Mondadori, 2005; ID., *Laiicità debole e laicità forte*, Milano: Bruno Mondadori, 2008, dando luogo a un confronto polemico con Patrizia Borsellino: cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit., nota 77 a p. 51.

¹⁷ P. BORSELLINO, *Le ragioni della laicità “procedurale” non fraintesa*, in *La laicità vista dai laici*, a cura di E. D'ORAZIO, Milano: Università Bocconi editore, 2009, p. 76.

¹⁸ Il rapporto tra bioetica e diritto è uno snodo cruciale nel pensiero complessivo di Borsellino, organicamente esposto nel secondo capitolo di *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit.

¹⁹ Come ricorda Borsellino citando Stefano Rodotà: cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit., p. 107.

ad affidare la gestione delle proprie cure, in caso di incapacità, al personale sanitario e/o alla famiglia sarà libero di farlo. D'altro canto – e anche questo è banale ricordarlo – anche chi volesse fruire della possibilità di redigere un testamento biologico, ma fosse contrario per le sue personali credenze morali all'interruzione di questo o quel trattamento (ad es., l'idratazione e alimentazione artificiale), non dovrebbe fare altro che dichiararlo: essendo ispirata dall'idea della compatibilità tra differenti credenze morali, la legge stabilisce la facoltà di dare disposizioni e non impone nulla quanto al loro contenuto. Grazie ad essa, siamo tutti un po' più liberi di prima e nessuno viene danneggiato.

5. *La laicità procedurale e i suoi "nemici"*

Tornando al tema della laicità, la scelta dell'accezione procedurale o metodologica è funzionale – come s'è visto – al perseguimento dell'obiettivo della pacifica convivenza tra concezioni filosofiche ed etiche differenti, alle quali tutte è dovuto il massimo rispetto finché si esprimono con le armi della persuasione e della propaganda e non pretendono di imporre a tutti le loro particolari visioni della vita buona. Sembra questa una concezione della laicità massimamente inclusiva e perciò definita "debole". Borsellino ha decisamente rifiutato questa etichetta: «La laicità come metodo non rappresenta un'accezione debole perché si fonda su un principio "forte" qual è quello che, con il limite del danno che ne possa derivare ad altri, impone il rispetto delle diverse convinzioni morali e religiose alle quali gli individui abbiano liberamente scelto di improntare la propria vita²⁰». Ecco perché questa accezione della laicità non è «indebitamente inclusiva»²¹ e si trova in effetti in evidente antagonismo con le concezioni di chi «non ammettendo che vi possano essere alternative o deviazioni rispetto alla visione del mondo e all'etica sostanziale alle quali dà la propria rigida adesione ideologica, ne propugna l'imposizione a tutti, anche con gli strumenti coercitivi del diritto, quando non bastano quelli della persuasione e della propaganda²²».

È facile identificare in questa descrizione le etiche sostantive che pretendono di essere oggettivamente fondate, cui s'è accennato in precedenza. Con questo tipo di etiche è certo possibile (ed augurabile) pervenire a convergenze parziali su specifici problemi: resta però fermo che la loro struttura teorica e gli impegni ontologico-metafisici che essa comporta le rende difficilmente compatibili con la bioetica procedurale presentata da Borsellino. È vero che tra queste etiche ve ne sono alcune rinunciano alle premesse ontologiche degli approcci più aderenti all'insegnamento della Chiesa cattolica e Borsellino ne offre un panorama molto

²⁰ *Ivi*, p. 77.

²¹ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 52.

²² *Ivi*, p. 53.

articolato²³; ma alla fin fine si tratta pur sempre di etiche «connotate dalla fiducia “oggettivistica” nella capacità della ragione di attingere Verità morali²⁴». Qui, nella nozione di ragione, si individua il discrimine cruciale: *immodesta* nelle sue pretese conoscitive la ragione cui si appellano queste etiche, in quanto ritenuta capace di attingere con le sue sole forze – e quindi prescindendo dalla fede e dalla rivelazione – Verità assolute: *modesta*, in quanto resa consapevole dei suoi limiti dal fallimento delle pretese universalistiche della stagione illuministica, la ragione cui si riferisce Borsellino, sulla scia dei suoi maestri: non un lume, ma un lumicino, per dirla con Norberto Bobbio²⁵, che però ha il pregio di coniugare una adesione convinta alle proprie credenze morali e lealtà ultime con l’attento ascolto delle ragioni degli altri (col prendere sul serio il pluralismo, come s’è detto prima) e con una disponibilità di principio a cambiare le proprie posizioni alla luce delle ragioni e delle argomentazioni che gli altri adducono nella conversazione morale.

Ma al termine di questo discorso sui nemici della laicità Borsellino aggiunge una notazione che conviene riportare: «Nemico della laicità così intesa è il fondamentalismo in tutte le sue forme: lo è il confessionalismo religioso non meno di quel laicismo che punta alla cancellazione delle differenze identitarie attraverso l’assolutizzazione degli atteggiamenti e degli stili di vita di tipo laico²⁶». Ora, sono certamente d’accordo che sarebbe una vera e propria contraddizione in termini, direi anzi un tradimento, una bioetica che volesse definirsi laica e, al contempo, cedesse alla tentazione di proporsi come una sorta di “ortodossia”²⁷, facendo quindi una scelta «simmetrica e contraria rispetto a quella del confessionalismo religioso»²⁸: e perciò, per quanto mi riguarda, inaccettabile. Devo però aggiungere che io non scorgo tentazioni di questo tipo nel panorama delle bioetiche laiche italiane: Borsellino non offre riferimenti precisi in proposito e dunque non sono in grado di approfondire il discorso.

6. Nota finale

Nel concludere questo contributo non posso esimermi dal riconoscere l’esistenza di una sostanziale convergenza, sia nei presupposti teorici, sia nelle

²³ *Ivi*, in particolare i paragrafi 4 e 5 del cap. 1.

²⁴ P. BORSSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, in *Notizie di Politeia*, XXVI, n.97, 2010, p. 133.

²⁵ N. BOBBIO, *Morale e religione*, in ID., *Elogio della mitezza e altri scritti*, Milano: Linea d’ombra ed., 1994, p. 187.

²⁶ *Ivi*, pp. 53-54.

²⁷ *Ivi*, p. 50.

²⁸ *Ivi*, p.54.

conclusioni normative, tra la mia idea di bioetica e quella prospettata da Borsellino, sicuramente dipendente dall'insegnamento del comune (e per lei diretto) maestro, Uberto Scarpelli. Lo riconosce la stessa Borsellino nell'articolo che mi ha fatto l'onore di scrivere in occasione della mia collocazione a riposo²⁹, dove però, tra tante convergenze e sintonie, mi rivolge un rilievo critico al quale voglio cogliere questa occasione per rispondere. Il rilievo riguarda la tesi – da me sostenuta a sostegno del mio voto contrario al documento del CNB del 29 gennaio 2016 su *Sedazione palliativa profonda nell'imminenza della morte* – secondo la quale «la sedazione palliativa si risolve in un atto eutanasi». Borsellino sostiene che questa tesi è sbagliata: vi sono buone ragioni per tenere distinte le due pratiche, al fine di contribuire a sgombrare il campo da confusioni e timori che ancora ostacolano la messa in atto della sedazione profonda per i pazienti che ne potrebbero trarre giovamento. Tenere distinte queste due pratiche, aggiunge Borsellino, non vuol dire affatto sottoscrivere la tesi che tra sedazione profonda ed eutanasia vi sia un invalicabile confine etico. Ora, il punto è che nel documento del CNB la distinzione *descrittiva* tra le due pratiche era argomentata in modo tale – come ho cercato di mostrare nella mia Nota – da far emergere anche una distinzione di valore ed è esattamente questo che non potevo accettare. Avevo ripetutamente chiesto di eliminare dal documento questa parte, sostenendo che la sedazione palliativa profonda è in sé una pratica moralmente accettabile, se il paziente la richiede, e dovrebbe essere una delle opzioni possibili alla fine della vita, insieme alla (e non ad esclusione della) opzione dell'eutanasia attiva. Questa è anche la posizione ripetutamente (e anche in quell'articolo) proposta da Borsellino³⁰ e confesso che quando lessi il suo articolo non riuscivo a capire cosa esattamente mi rimproverava. Rileggendolo in questa occasione penso di aver compreso che il rilievo riguarda il fatto che, al momento di scrivere quella nota, non ho tenuto conto del fatto che quella distinzione non ha una valenza solo teorica; ha invece “rilevanti ricadute pragmatiche” in termini di legittimazione di una pratica adeguata, in certe condizioni, alle situazioni terminali. Se questo è il senso del rimprovero rivoltomi da Patrizia, e cioè di non aver tenuto in conto le conseguenze pragmatiche, devo riconoscere che è accettabile.

²⁹ P. BORSELLINO, *Autonomia e dignità alla fine della vita. Il contributo di Demetrio Neri*, in *Notizie di Politeia*, XXXIV, n. 130, 2018, pp. 98-102.

³⁰ Al tema del fine vita Borsellino ha dedicato molti contributi: cfr. i capitoli 5, 11 e 12 di P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit.

IL POTENZIAMENTO COGNITIVO E MORALE: RIFLESSIONI BIOETICHE

Laura Palazzani

SOMMARIO: 1. Potenziare le menti. – 2. Potenziamento farmacologico. – 3. Potenziamento neuro-tecnologico. – 4. Il potenziamento morale. – 5. La riflessione biogiuridica di Patrizia Borsellino sul tema.

1. *Potenziare le menti*

Potenziamento (*enhancement*) indica quell'insieme di interventi 'oltre' la terapia, intesa come il trattamento medico necessario per prevenire, sostenere e ristabilire la salute. Potenziare significa intervenire sul corpo e sulla mente umana di un individuo sano al fine di alterare capacità esistenti o creare capacità nuove, sul piano fisico, mentale ed emotivo, al fine di aumentare quantitativamente e migliorare qualitativamente l'uomo¹.

Il 'potenziamento cognitivo' si riferisce agli interventi per il miglioramento delle prestazioni mentali ed emotive, grazie ai recenti sviluppi della farmacologia e delle scoperte neuroscientifiche e neurotecnologiche sul cervello e sui meccanismi neurofisiologici che governano le funzioni cognitive: psicofarmaci che alterano processi mentali, tecnologie di *neuro-imaging* che consentono di studiare in vivo il cervello umano, a scopi diagnostici e terapeutici, ma anche di assistere o alterare le funzioni cerebrali, quali la stimolazione transcranica magnetica, corticale, profonda con impianti cerebrali e l'interfaccia cervello-computer. Nel contesto del dibattito pluralistico si confrontano posizioni a favore e contro il potenziamento, nelle sue diverse manifestazioni.

¹Su questo tema è intervenuto il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA con due pareri: *Diritto umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare*, 2013 e *Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici*, 2013.

2. Potenziamiento farmacologico

Tra le tecniche di potenziamento cognitivo, l'uso di psicofarmaci è la modalità meno invasiva e di più facile accesso. I *cognitive enhancers*, farmaci (come amfetamine, metilfenidato, modafinil) applicati per la cura della sindrome del deficit di attenzione e disordine di iperattività nei bambini o disturbi del sonno, possono essere usati per aumentare attenzione, concentrazione e memoria, diminuendo la sensazione di fatica; farmaci che trattano la demenza e patologie neurologiche (come il morbo di Parkinson) possono anche essere utilizzati per incrementare l'attività intellettuale; *smart drugs* o *life-style drugs*, sono nuove sostanze che possono essere usate per incrementare le abilità e la funzionalità del cervello, aumentando il rilascio (in modo immediato o a lento rilascio) di agenti neurochimici, migliorando l'apporto di ossigeno al cervello o stimolando la crescita nervosa.

Nell'ambito del dibattito bioetico sull'*enhancement* cognitivo di tipo farmacologico la teoria libertaria ritiene legittimo anzi auspicabile l'uso e la diffusione dell'uso di tali farmaci, appellandosi alla libera autodeterminazione individuale²; è ritenuto legittimo tutto ciò che, nella disponibilità scientifica e tecnologica, consente all'individuo di realizzare i propri desideri. Tale linea di pensiero è favorevole al libero uso di tali sostanze nell'ambito della logica del mercato, anche se provoca danni alla salute (di cui l'individuo si assume consapevolmente e responsabilmente le conseguenze), ritenendo al contrario che una eventuale proibizione non possa che incrementare un mercato clandestino incontrollabile e comunque ostacolare gli individui nella loro possibilità di scelta a fronte di nuove opportunità aperte dall'avanzamento delle conoscenze tecno-scientifiche. Tra gli argomenti emerge anche il riferimento al fatto che per certi aspetti l'uso di tali farmaci è 'terapeutico' (o comunque in linea di continuità e contiguità con le terapie) – intendendo con salute il pieno benessere fisico, psichico, sociale – in quanto consente agli individui di prevenire, convivere e superare lo stress derivante dalla forte pressione sociale che spinge le persone ad innalzare il livello delle prestazioni scolastiche e lavorative, stress che può portare a disturbi psichici quali ansie da prestazione e competizione. Inoltre, si ritiene che, proprio per il fatto della competitività sociale, la possibilità di migliorare certe prestazioni mentali consentirebbe di raggiungere obiettivi superiori, in tempi più rapidi, consentendo anche un miglioramento generale della società.

Sono emerse varie considerazioni critiche nei confronti del potenziamento cognitivo ed emotivo sia a livello scientifico che a livello bioetico³.

²J. SAVULESCU, T. MEULEN, G. KAHANE, *Enhancing Human Capacities*, London, 2011; J. HARRIS, *Enhancing Evolution. The Ethical Case of Making Better People*, *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, Princeton, 2007.

³Report of the President's Council on Bioethics, *Beyond Therapy. Biotechnology and the Pursuit of Happiness*, New York, 2003.

Sul piano empirico si rileva che non esistono dati sulla reale sicurezza ed efficacia dei farmaci, non esistendo una sperimentazione secondo i protocolli condivisi dalla comunità scientifica: semmai vi è una sorta di ‘sperimentazione sul campo’, nell’uso di fatto di tali sostanze. Ma da tali dati non è possibile trarre alcuna conclusione: sia perché i dati sono scarsi rispetto alla diffusione del fenomeno essendo una prassi clandestina (il campione dunque non è statisticamente significativo), sia perché le metodologie utilizzate sono difformi, per quanto riguarda gli strumenti di rilevazione e di analisi dei risultati. I test cognitivi e le interviste sono diversi e dunque non confrontabili; chi è intervistato e ammette di fare ricorso a tali sostanze è portato ad enfatizzare i benefici e a minimizzare gli effetti indesiderati. Nell’ambito delle neuroscienze cognitive emerge il dato secondo il quale tali farmaci, sebbene agiscano sul funzionamento cognitivo, tendano ad agire in modo inversamente proporzionale rispetto al livello intellettuale di chi ne fa uso (precisamente: sono più efficaci per chi ha un basso livello intellettuale e meno efficaci per chi ha un alto livello intellettuale) e a deprimere altre funzioni (ad es. quella intuitiva e creativa). In questo senso sembrerebbero dati che portano a pensare ad una efficacia limitata e non corrispondente alle aspettative.

Al di là della possibile efficacia scientifica, vi è il problema della sicurezza che solleva il problema bioetico della responsabilità individuale. Gli psicofarmaci – sia che siano usati da malati che da individui sani – modificano il cervello e i complessi circuiti neurali e possono avere effetti collaterali significativi, a breve e lungo termine, reversibili o irreversibili. L’assenza di una condizione patologica accertata non ne giustifica l’uso a fronte di una incertezza rispetto ai benefici possibili (non ancora propriamente dimostrati), rispetto ai rischi e ai danni, che, per quanto non ancora empiricamente dimostrati, possono essere danni irreversibili⁴ (danni neurologici più o meno gravi, dipendenza).

La assenza della dimostrazione dei benefici e dei rischi chiama in causa un problema di responsabilità. La responsabilità dell’individuo rispetto alla propria salute, che è anche una responsabilità sociale (rispetto agli altri), perché il danno alla propria salute ricade negativamente su chi vive accanto a noi (famiglia, gruppo sociale), sia sul piano delle relazioni interpersonali che sul piano economico (la società deve farsi carico della cura della salute danneggiata per una scelta di potenziamento). Inoltre chiama in causa una responsabilità del medico rispetto al richiedente. Deontologicamente il medico non dovrebbe prescrivere farmaci, se non nelle condizioni prestabilite nel foglietto illustrativo e per le finalità esplicitamente previste.

La dilatazione del nostro modo di intendere la salute, come benessere fisico-

⁴Il problema della ‘sicurezza’ riguarda, ovviamente, tutti i farmaci, nessuno dei quali è privo di effetti collaterali, ma la tolleranza di possibili rischi non può che essere molto minore quando non vi è la necessità di cura di una patologia.

psichico-sociale, tende a rendere i confini tra terapie e potenziamento sfumati. Tuttavia, va riconosciuto che pur esistendo aree grigie, esistono forme di potenziamento nettamente distinte dalla terapia: il regolare funzionamento dell'organismo secondo parametri sociali statisticamente diffusi, coincide con la salute e la irregolarità con la malattia. Più semplice tale distinzione sul piano fisico (ad es. la valutazione se usare o meno l'ormone della crescita in un bambino, misurando alcuni parametri nella generalità della popolazione, in modo distinto dalle aspettative dei genitori di avere un figlio 'più alto'); più complesso valutare la 'regolarità' e 'normalità' del funzionamento mentale. Emerge nella società una tendenza alla "medicalizzazione" che tende sempre più a inglobare anche la sfera emotiva ed intellettuale. Difficile dire quanto la incapacità di concentrarsi sia una malattia neurologica e quanto sia mancanza di forza di volontà personale o mancanza di volontà di educatori di investire energie e tempo per educare. Ciò renderebbe la scelta di assunzione dei farmaci il mero prodotto di una pressione coercitiva indiretta indotta dalla società e dal mercato, nell'ambito del processo di "normalizzazione" e adeguazione sociale ad esigenze estrinseche, imposte in modo forzato rispetto alla spontaneità individuale, togliendo la libertà individuale.

L'uso di farmaci a scopo potenziativo solleva anche problemi di identità personale ed autenticità. L'assunzione di tali sostanze può modificare la personalità: la medicalizzazione, la pressione sociale e del mercato, la conformazione alle aspettative sociali esterne, la perdita di contatto con il mondo reale porta l'io verso la inautenticità di sé, l'alienazione, l'ostacolo alla propria libera espressione.

Va considerato che le funzioni cognitive possono essere migliorate non solo dai farmaci ma anche da altri fattori che possono aiutare la memoria (detti "tradizionali" o "convenzionali"). Le alternative riguardano modificazioni dello stile di vita: l'esercizio fisico, la regolarità del sonno, la nutrizione, la scolarizzazione, la socialità. Si tratta di un percorso che richiede tempi più lunghi, ma migliora la cognizione senza danneggiare la salute. L'ottenere un risultato, in modo rapido e senza fatica, aumenta conoscenza ed efficienza in modo meccanico e passivo, ma impoverisce l'individuo, togliendo la possibilità di crescita e di sviluppo della identità personale, oltre che relazionale. L'assunzione di un farmaco in luogo della fatica dell'impegno deruba l'uomo della opportunità di misurarsi con se stesso quale agente libero e responsabile, di raggiungere un risultato con soddisfazione e merito personale.

È importante rilevare inoltre che il processo cognitivo non è un mero meccanismo e la mente non è riducibile a mera funzione. Coloro che usano farmaci per aumentare la concentrazione e ridurre la distrazione possono anche incrementare le conoscenze (riducendo i tempi di assimilazione e memorizzazione o aumentando i tempi di assimilazione delle conoscenze), ma non per questo divengono "più intelligenti". L'intelligenza rimane una dimensione qualitativa che prescinde dalla intensificazione quantitativa di dati o nozioni: si tratta di una fa-

coltà complessa e multidimensionale, non potenziabile con un singolo intervento settoriale, che può anche provocare il decadimento di altre funzioni. Oltretutto, dati e nozioni possono anche essere supportati esternamente da strumenti tecnologici a disposizione della riflessione personale, che non alterano il corpo e la mente: non si sostituiscono, ma aiutano a migliorare le capacità intellettuali.

Inoltre il potenziamento cognitivo, analogamente al doping nello sport⁵ altera la simmetria della competizione (si pensi all'uso di potenzianti cognitivi in un esame o un concorso pubblico). In questo senso, anche nella misura in cui l'uso di tali sostanze fosse reso sicuro per la salute ed efficace, dovrebbe essere proibito per ragioni di giustizia.

3. Potenziamento neuro-tecnologico

Nell'ambito del potenziamento tecnologico, vi sono diverse possibili tecnologie. Per quanto riguarda le tecniche di neurostimolazione cerebrale, bisogna preliminarmente distinguere le tecniche non invasive, come la stimolazione magnetica transcranica o moderatamente invasive, con diversi gradi di invasività come la stimolazione elettrica corticale e subcorticale. Si tratta di tecnologie usate per il trattamento di malati con disturbi neurologici e psichici, la cura di forme di depressione e ansia, afasia, dislessia, morbo di Parkinson, riabilitazione a seguito di ictus, alcuni disordini psichiatrici.

Vi è una tendenza ad estendere le applicazioni rispetto alle originarie indicazioni mediche a scopo potenziativo, anche se meramente sperimentale. Eppure, ci sono ampi studi sulla frequenza e gravità di effetti collaterali: tensioni muscolari, perdita dell'udito, problemi di memoria e cognitivi transeunti, crisi epilettica. Risultati, peraltro, ancora non sufficienti per documentare possibili danni a lungo termine. Sono già state fatte sperimentazioni su soggetti sani, che hanno dimostrato risultati in tal senso.

Per ragioni dunque connesse alla sicurezza, tali tecnologie dovrebbero essere applicate solo per ragioni terapeutiche e non a scopo migliorativo per prestazioni cognitive. Si tratta di un atteggiamento di prudenza importante oggi, data la forte pressione del mercato all'uso delle tecnologie in ambito scolastico, lavorativo e ricreativo (per produrre giochi per ragazzi). L'uso ludico pone seri problemi relativamente alla salute: sono usati privatamente senza la supervisione dei medici, senza adeguata sperimentazione. I dispositivi ricreativi di neurostimolazione dovrebbero seguire le stesse regole dei dispositivi medici e fornire agli utenti adeguate informazioni.

⁵Alcuni autori fanno la differenza tra doping sportivo e doping cognitivo, ritenendo che il primo costituisca un inganno in quanto va contro una regola proibitiva (e non invece il secondo, non esistendo proibizioni). Essi ritengono che non ci sia ragione di proibire i farmaci per il potenziamento cognitivo, essendo una decisione individuale che si assume la responsabilità di un eventuale danno alla salute (analogamente alla assunzione di caffeina o al fumo).

La stimolazione transcranica profonda è ad un livello superiore di invasività: consiste nell'impianto nel cervello di protesi meccaniche o artificiali. La tecnologia si sta indirizzando verso la produzione di elettrodi miniaturizzati, di dimensioni sempre più ridotte contenenti un sempre maggior numero di informazioni, neuroimpianti flessibili e biocompatibili in grado di integrarsi con il sistema nervoso. Si usano per curare patologie motorie; si applicano anche per talune modalità di terapia del dolore, per epilessia e stati di minima coscienza. Sono oggetto di progettazione e sperimentazione i "cervelli bionici", che consistono nell'inserimento nel cervello di microchip che sostituiscono talune funzioni, nei quali si possono "scaricare" contenuti informatici prescelti, ampliando gli orizzonti del sapere senza alcuno sforzo e in qualsiasi direzione desiderata.

L'innesto chirurgico di sensori e microchip nel cervello produce generalmente segnali chiari e di maggiore utilità sperimentale, più precisi ed affidabili, ma suscita perplessità anche sul piano clinico a causa del rischio di rigetti ed infezioni. Si possono ritenere ammissibili – allo stato attuale delle conoscenze scientifiche – solo modalità estremamente limitate di utilizzazione di microchip impiantabili e solo per finalità di tutela della salute dell'interessato, nella misura in cui vi siano comprovate indicazioni mediche e non vi siano alternative terapeutiche (meno rischiose e meno invasive), vi sia una adeguata consulenza e consenso informato, nella ricerca di minimizzazione della invasività rispetto all'obiettivo da raggiungere per garantire la proporzionalità dell'intervento. La cautela e la precauzione appaiono come i principi dominanti in tale settore, data ancora l'incertezza scientifica nelle applicazioni. Per quanto attiene l'uso di tali microchip a scopo di potenziamento cognitivo, data la invasività e rischiosità, sollevano considerevoli perplessità di ordine etico. Non è moralmente giustificabile mettere a rischio vita e salute per la finalità di un miglioramento cognitivo (oltretutto senza alcuna garanzia di efficacia).

Nell'ambito della interazione tra esseri umani e sistemi artificiali, vi sono le c.d. interfaccia cervello-computer, nate dalla interazione tra ingegneria biomedica, informatica, neuroscienze, intelligenza artificiale e robotica. È la ricerca (solo in parte realizzata, ma per lo più ancora futuribile) di un collegamento di sistemi non biologici al sistema nervoso centrale, interfacce capaci di mettere in comunicazione il cervello (ma anche parti funzionali del sistema nervoso centrale) con un dispositivo esterno (un computer) mediante la rilevazione dei segnali elettrici dell'attività cerebrale, la decodificazione dei segnali e la trasformazione in comandi che un computer interpreta ed utilizza.

La sperimentazione di tali nuove tecnologie solleva problemi etici. L'innesto chirurgico di sensori è preferibile sul piano scientifico in quanto consente di ottenere in generale segnali chiari e di maggiore utilità per la ricerca, ma suscita maggiori perplessità sul piano etico a causa dei rischi clinici, oltre che etico-sociale, culturale ed antropologico: in questo contesto non risulta giustificabile la sperimentazione su volontari sani, ma anche la sperimentazione su malati è

altamente problematica, anche in presenza di un adeguato consenso informato. La metodologia che usa l'elettroencefalogramma garantisce condizioni di maggiore sicurezza con riferimento alla integrità fisica, ma restituisce segnali più deboli e confusi per la valutazione scientifica, perché essi provengono da diverse aree del cervello e sono "filtrati" dalla scatola cranica; inoltre, per poter accedere alla sperimentazione, è necessario un addestramento dei pazienti per periodi più o meno lunghi. Tale sperimentazione è lecita sul piano morale sia per pazienti con lesioni spinali che su volontari sani. Il problema concreto è che generalmente i soggetti con disabilità sono più motivati al raggiungimento di risultati, rispetto ai volontari sani, compromettendo l'esito della sperimentazione. Il progresso tecnologico stimola entrambe le modalità di intervento: la maggiore sensibilità dei sensori ed il perfezionamento informatico dell'analisi dei dati potranno migliorare l'affidabilità delle tecniche "non invasive", mentre lo sviluppo di *software* per l'analisi in tempo reale dell'attività neuronale e la miniaturizzazione dei computer (che potranno essere facilmente "indossati" dai pazienti) potrebbe incentivare il ricorso alle tecniche più "invasive".

Il problema etico consiste nel limitare la ricerca che ha come obiettivo quello di raggiungere nel modo più efficace risultati concreti che possano essere applicati non solo sul piano clinico, ma anche industriale e commerciale. Tale sperimentazione avviene anche in ambito militare⁶. L'etica dovrebbe cercare di guidare la stessa ricerca tecnologica nella direzione di percorsi che garantiscano maggiori condizioni di sicurezza, migliorando le tecniche di rilevazione specifica dei segnali e le tecnologie informatiche di decodificazione e la trasmissione dei segnali cerebrali della superficie corticale ai dispositivi esterni, per evitare l'innesco di elettrodi nella corteccia cerebrale.

4. *Il potenziamento morale*

Il potenziamento morale è una fattispecie del potenziamento cognitivo e consiste nell'uso di farmaci e tecnologie su soggetti sani per migliorare le disposizioni e capacità morali, quali il senso di giustizia, simpatia, empatia, altruismo, cooperazione, attenuando aggressività, conflittualità e odio. Tale potenziamento potrebbe essere attuato mediante farmaci, neurotecnologie. Il potenziamento farmacologico riguarda l'uso di farmaci per aumentare 'tratti morali' o rimuovere 'tendenze immorali': si fa generalmente riferimento all'uso della ossitocina, detto anche 'ormone dell'amore' o 'molecola morale' (ritenuto responsabile del comportamento materno e accuditivo)⁷ e di molecole che inibiscono l'assorbi-

⁶ Negli Stati Uniti, la DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency) finanzia da tempo ricerche che non si limitano alla comunicazione mono e bi-direzionale tra uomo e computer.

⁷ A seguito di esperimenti sugli animali si è visto che iniezioni di ossitocina nel cervello dei to-

mento della serotonina con l'effetto di aumentare la cooperazione e la capacità di esprimere un giudizio morale in modo bilanciato ed equo. Il potenziamento neurologico si riferisce all'attivazione di aree cerebrali (come l'amigdala) mediante la stimolazione transcranica profonda o impianti cerebrali correlati alla responsività emotiva, alla alterazione della percezione morale o al controllo di comportamenti violenti, requisito di comportamenti morali: si parla anche di 'cervello morale' (*moral brain*).

Il potenziamento morale è ritenuto necessario, dalla prospettiva libertaria e utilitarista, a causa del rapido sviluppo della tecnologia che ha la potenzialità di annichilire la vita umana sul pianeta⁸. L'enorme sviluppo tecno-scientifico ha aumentato considerevolmente la capacità dell'uomo di arrecare danno ai suoi simili, dilatando tale 'potere' nello spazio e nel tempo, con possibili conseguenze negative più gravi e complesse, estensibili nella dimensione globale e proiettabili alle generazioni future.

Sul piano critico⁹, la preliminare questione riguarda la fattibilità scientifica, ossia la possibilità o impossibilità realistica del potenziamento morale. Non ha senso discutere sulla liceità o illiceità di interventi basati su ipotesi irrealistiche e poco plausibili, senza dati empirici attendibili. Gli unici e pochi dati scientifici riguardano rilevazioni occasionali di correlazioni tra alcune dimensioni biologico-ormonali, neurologiche e genetiche e un certo tipo di percezioni e comportamento morale. Si tratta di dati emergenti da analisi non sistematiche, non sottoposte a rigorosa metodologia di indagine scientifica, che dovrebbe essere basata su campioni statisticamente significativi, su analisi ripetibili e ripetute, necessarie per validare i risultati e trarre indicazioni generali. Non solo non è stata fatta alcuna sperimentazione in tale ambito, ma sarebbe anche molto problematico eticamente sperimentare su soggetti sani tali interventi, data l'assoluta incertezza e i possibili elevati rischi a fronte di obiettivi non terapeutici e, oltretutto, poco plausibili. Inoltre, la visione presupposta dai sostenitori del potenziamento morale rimanda ad una concezione meccanicistica, deterministica-riduzionistica, che riconduce univocamente e semplicisticamente il pensiero e il comportamento morale a biologia, neurologia. Ma il sentimento, il pensiero, le decisioni e il comportamento morali non sono il risultato diretto di manipolazioni modificazioni biochimiche e alterazioni neurologiche. Tale interpretazione riduzionistica non rende adeguatamente ragione, sul piano scientifico, della complessità del fenomeno neurobiologico: è scientificamente ormai acquisito come il cervello e il genoma non siano strutture rigide ma plastiche che, mediante fattori interni (interazioni tra i geni e i neuroni) e fattori esterni socioculturali e ambientali, si

pi femmine inducono un comportamento materno anche in animali non gravidi, e gli inibitori portano l'allontanamento delle madri dai piccoli.

⁸I. PERSSON, J. SAVULESCU, *Unfit for the Future: the Need for Moral Enhancement*, Oxford, 2012.

⁹M.J. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Milano, 2008.

modificano e si plasmano, esercitando un ruolo importante nella genesi di stati, di disposizioni mentali e di comportamenti.

5. La riflessione biogiuridica di Patrizia Borsellino sul tema

P. Borsellino ha affrontato la questione del potenziamento all'interno del tema centrale del rapporto tra "moralì" e "diritto" in bioetica¹⁰. Nel contesto della discussione si pone l'interrogativo giuridico: «Si può ritenere il potenziamento, di cui si prospetta il riconoscimento sul piano giuridico, compatibile con i principi che improntano il quadro costituzionalistico europeo e quello del nostro Paese, nonché con la cultura dei diritti che ne costituisce elemento caratterizzante?»¹¹.

La risposta si articola su vari livelli: innanzitutto il livello della libertà, che non può che nascere dalla informazione e consapevolezza delle scelte, anche nel contesto delle incertezze e dei rischi; in secondo luogo il livello della uguaglianza e non discriminazione, in quanto il potenziamento presuppone la «selezione delle caratteristiche, dei tratti, delle attitudini che si possano considerare buone o cattive, a prescindere dalle diverse circostanze concrete e, quindi, il problema dell'identificazione di un idealtipo di essere umano elevato a "modello", in forza di determinate caratteristiche» con il conseguente rischio della «costruzione di un paradigma di naturalità/normalità umana, realizzato compiendo scelte di valore, ma accreditato come scientifico, che potrebbe risultare funzionale alla classificazione degli individui all'interno di una visione gerarchizzata della società». Proprio su tali basi P. Borsellino riconosce che «data la centralità di questi principi nel quadro normativo europeo e italiano, questa è, a ben guardare, una prospettiva che chiude la strada alla legittimazione del potenziamento morale sul piano giuridico».

Un ulteriore argomento biogiuridico riguarda la incompatibilità del potenziamento con il principio costituzionale del lavoro come «strumento per la realizzazione personale di ogni individuo all'interno della società»: il potenziamento, invece, porta ad «assoggettarsi al lavoro stesso, trasformato da mezzo in fine», intaccando la concezione antropologica che nel principio lavorista, e accentuando le disuguaglianze tra coloro che potranno e coloro che non potranno usufruirne. P. Borsellino non intende chiudersi nella alternativa tra accettazione tecnofila o rifiuto tecnofobico del potenziamento: ritiene invece utile la discussione che rimanga sempre aperta ad identificare «elementi utili per comprende-

¹⁰ P. BORSELLINO, *Bioetica tra 'moralì' e diritto*, Milano, 2018.

¹¹ P. BORSELLINO, Introduzione al Focus *Il potenziamento umano come ultima frontiera della biomedicina: considerazioni critiche in prospettiva etica e giuridica*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2018, 2: 215-220, *ivi*, p. 217.

re che quando si parla di potenziamento umano ci si riferisce a un fenomeno complesso, a un insieme di interventi con finalità diverse e suscettibili di differenti valutazioni, che si tratta di affrontare senza superficialità e di mantenere entro solidi argini anche attraverso specifici interventi regolatori, da collocare entro la cornice dei principi e dei valori, finalizzati alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, già saldamente affermati nel nostro ordinamento e, a livello sovranazionale, soprattutto nel contesto europeo».

GLI ATTI DI DISPOSIZIONE DEL PROPRIO CORPO
E DEI TESSUTI *POST MORTEM* A FINI DI STUDIO,
DI DIDATTICA E DI RICERCA SCIENTIFICA:
SPUNTI DI RIFLESSIONE
A MARGINE DELLA NUOVA LEGGE N. 10/2020

Federico Gustavo Pizzetti

SOMMARIO: 1. L'oggetto della legge n. 10/2020. – 2. I contenuti della legge n. 10/2020. – 3. La legge n. 10/2020: profili costituzionali.

1. *L'oggetto della legge n. 10/2020*

Fra i non numerosi atti di iniziativa parlamentare¹ varati dalle Camere nel corso dell'anno 2020 – caratterizzato piuttosto, come noto, dalle molte misure di marca governativa adottate per fronteggiare la situazione di emergenza economico-sanitaria legata alla pandemia da Covid-19 – rientra anche la legge 10 febbraio 2020, n. 10, contenente “*Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*”².

¹Il disegno di legge A.S. n. 733, presentato al Senato della Repubblica dal sen. Sileri (Gruppo M5S) il 1° agosto 2018, è stato assegnato, il 27 settembre 2018, alla XII Commissione del Senato, in sede redigente, per essere infine approvato, dall'Aula di Palazzo Madama, il 29 aprile 2019. Successivamente inviato alla Camera dei deputati, il testo è stato affidato, il 7 maggio 2019, come A.C. n. 1806, prima in sede referente e poi deliberante, alla XII Commissione di Palazzo Montecitorio che lo ha approvato in via definitiva, e all'unanimità, il 29 gennaio 2020. La materia era stata, peraltro, oggetto di iniziativa legislativa anche nel corso della precedente XVII Legislatura: il testo unificato delle proposte A.C. n. 100 (Binetti), A.C. n. 702 (Grassi ed altri) e A.C. n. 1250 (Dorina Bianchi), già approvato in sede legislativa dalla XII Commissione della Camera e poi trasmesso al Senato (A.S. n. 1534), non aveva, però, potuto essere definitivamente varato per l'intervenuto scioglimento delle Camere.

²Fra i primi commenti si segnalano, in particolare, le attente disamine di L. ATZENI, *Brevi note a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 in tema di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in *Ossevatorio costituzionale*, 5, 2020, p. 50 ss.; S. ZULLO, *Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 “Norme in mate-*

Nell'intenzione del legislatore, la novella è volta a regolamentare la pratica della dissezione dei cadaveri per fini di studio, di ricerca scientifica e di formazione medica³ quale attività indispensabile per poter apprendere e sperimentare tecniche chirurgiche, di base e avanzate o innovative, direttamente su modelli anatomici umani evitando il ricorso eccessivo ad altre specie animali o gli oneri connessi allo svolgimento della pratica settoria all'estero⁴.

La nuova disciplina supera, peraltro, una precedente normativa ritenuta, in un articolato parere del Comitato nazionale per la bioetica⁵, per un verso, troppo «a linee generali», e dunque non in grado di «affronta[re] i molteplici problemi posti dalla donazione del cadavere alla istruzione medica»⁶, e, per altro verso, addirittura «eticamente inaccettabile»⁷ in alcune sue parti.

Da un lato, infatti, la donazione volontaria del cadavere agli istituti scientifici dopo la morte veniva ricondotta in passato, e nel silenzio di un'apposita regolazione di settore, all'alveo, alquanto generico, degli atti di disposizione testamentaria aventi carattere non patrimoniale (art. 587, comma 2, c.c.), oppure all'ambito, se si vuole ancor più generale, degli atti di autonomia privata in forma libera (in quanto non vietati dall'art. 5 c.c.)⁸.

Dall'altro lato, la legge imponeva che fossero “riservati” all'insegnamento e all'indagine scientifica, senza alcuna considerazione per la presenza o assenza del

ria di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica”, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, p. 271 ss.; ID., *La donazione del corpo post mortem. Alcune riflessioni a margine della legge n. 10 del 2020*, in *Studium Iuris*, 2021, 2, p. 157 ss.; F. DI LELLA, *Sulle destinazioni post morte del corpo e dei tessuti umani. Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10/2020*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2, 2021, p. 475 ss.; L. GHIDONI, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, 5, p. 523 ss.; G. DI ROSA, *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem*, in *Europa e Diritto privato*, 4, 2020, p. 1179 ss.; R. MASONI, in *G.U. Disposizioni del proprio corpo post-mortem*, in *Il Familiarista*, 11 marzo 2020.

³ Vi sono, infatti, anche altri ambiti nei quali l'attività sul cadavere è consentita dalla legge per finalità di interesse pubblico diverse da quelle inerenti agli studi in medicina, quali l'autopsia clinica in caso di decesso per sospetto reato (art. 116 disp. att. c.p.p.), o in sede di indagini preliminari (art. 360 c.p.p.); il riscontro diagnostico per le persone morte senza assistenza medica e trasportate in ospedale o in obitorio, oppure decedute in ospedale, in clinica o in casa di cura privata, per le quali i direttori, i primari o i medici curanti richiedono un controllo della diagnosi o il chiarimento di quesiti clinico-scientifici (artt. 37-39 d.p.r. n. 285/1990); l'esame autoptico a seguito di decesso per malattia diffusiva-infettiva (art. 45 d.p.r. n. 285/1990); il prelievo d'organi e tessuti scopo di trapianto terapeutico (l. n. 91/1999).

⁴ Cfr. *Relazione* al d.d.l. A.S. n. 733, XVIII legislatura.

⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione del corpo post mortem a fini di studio e di ricerca*, 19 aprile 2013.

⁶ *Idem*, p. 8.

⁷ *Idem*, raccomandazione n. 4.

⁸ Cfr. A. DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Torino: Utet, 1988, p. 190 ss.; M. PESANTE, *Cadavere (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Milano: Giuffrè, 1959, pp. 769-770.

consenso espresso in vita, i corpi dei defunti provenienti da accertamenti medico-legali (suicidi esclusi⁹) non reclamati dalla famiglia e i cadaveri dei deceduti per i quali nessuno (neppure confraternite o sodalizi) si fosse fatto carico delle spese funerarie (art. 32 r.d. n. 1592/1933¹⁰) sulla base di una logica che faceva quindi valere una sorta di inaccettabile “sfruttamento”, da parte della collettività, del corpo di persone morte sconosciute, poverissime o senza legami familiari o amicali.

La nuova legge prevede, invece, che l’utilizzo del cadavere per fini di studio e di ricerca scientifica possa avvenire solo più a fronte di un’espressa «dichiarazione di consenso», resa dalla persona interessata (art. 1, comma 1).

La stessa legge detta, altresì, un insieme di disposizioni puntuali, che affrontano i vari “nodi” in materia di formazione e registrazione del consenso alla donazione e di esecuzione *post mortem* della volontà donativa del disponente in modo da stabilire un quadro normativo assai più definito del precedente, e da assicurare che l’utilizzo del cadavere per scopi scientifico-didattici, oltreché frutto di scelta consapevole e volontaria, sia informato a principi di solidarietà, proporzionalità e rispetto del corpo umano (art. 1, comma 2).

2. I contenuti della legge n. 10/2020

In base alla legge n. 10/2020 (art. 3, comma 1), l’atto di consenso alla disposizione *post mortem* del corpo, o di parte di esso¹¹, per fini di studio e ricerca scientifica medica deve possedere una delle forme prescritte dall’art. 4, comma 6, della legge n. 219/2017 in materia di DAT¹², vale a dire: l’atto pubblico, la

⁹L’esclusione “*tout-court*” dei suicidi dall’ambito di applicazione della disposizione di cui all’art. 32 r.d. n. 1592/1933, nonostante il corpo di un suicida possa essere rinvenuto in buono stato conservativo, si basava, probabilmente, sulla «considerazione che il suicidio fosse una condotta connotata da elementi di disvalore perché contraria ai principi fondamentali della società, quello della sacralità/indisponibilità della vita in correlazione agli obblighi sociali dell’individuo ritenuti preminenti nel corso del regime fascista» (Corte Ass. Milano, ord. n. 1/2018, pp. 5-6). In tale ottica, una persona che, suicidandosi, aveva fatto prevalere l’«egoismo individuale» sull’«interesse statale e sociale» (come si legge, a proposito dei suicidi, nei *Lavori preparatori del Codice penale*, Parte I, vol. III, Roma: Le Mantellate, 1929, p. 478) non poteva poi “contribuire”, come cadavere, alla salute pubblica “servendo” ai medici per la loro formazione e ricerca.

¹⁰Attuato in via regolamentare dagli artt. 40-42 d.p.r. n- 285/1990 ed ora espressamente abrogato dall’art. 10 della legge n. 10/2020.

¹¹La circostanza che la legge si riferisca al corpo “o” ai tessuti fa ritenere che l’atto di consenso possa contemplare anche una destinazione solo parziale del cadavere (si pensi, ad esempio, all’esclusione del volto per ragioni simboliche).

¹²Cfr., *ex multis*, B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto fra medico e paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova: Cedam, 2018; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova: Cedam, 2018; S. AGOSTA, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma: Aracne, 2020, p. 157 ss.; C. CA-

scrittura privata autenticata, o la scrittura privata consegnata personalmente dal disponente all'ufficio di stato civile del Comune di residenza o presso le strutture sanitarie nelle Regioni che hanno attivato la cartella clinica telematica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati degli iscritti al SSN. Per i soggetti portatori di disabilità, è consentito anche il ricorso alla videoregistrazione o ad un dispositivo tecnologico che permetta la comunicazione interpersonale.

Il consenso, così manifestato, può essere revocato, in ogni momento, dall'interessato con le medesime forme con cui è stato originariamente espresso, salvo che in condizioni di necessità ed urgenza nelle quali è ammesso anche il ricorso ad una semplice dichiarazione verbale, raccolta o videoregistrata dal medico con l'assistenza di due testimoni (art. 3, comma 5).

Per le persone minori di età, il consenso all'uso del cadavere per fini scientifici deve essere prestato da entrambi i genitori (o dai tutori o dagli affidatari), mentre può essere revocato anche da uno solo di essi (art. 3, comma 6)¹³.

Nella dichiarazione di consenso, il disponente provvede anche alla nomina di un «fiduciario», maggiorenne e capace di intendere e di volere, che accetta

SONATO, S. PENASA, M. RIDOLFI, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano: Giuffrè, 2018; e, se si vuole, F.G. PIZZETTI, *Il diritto alla pianificazione anticipata delle cure: fondamenti costituzionali e attuazione nella legge n. 219/2017*, in E. CALÒ (a cura di), *Consenso informato e disposizioni anticipate*, Napoli: ESI, 2019, p. 203 ss.

Giova soffermarsi a sottolineare che scelta del legislatore di *non* dettare all'interno della legge n. 10/2020 anche i requisiti formali della dichiarazione di consenso ma di effettuare, invece, un rinvio "fisso" alle forme delle DAT disciplinate all'art. 4, comma 6, della legge n. 219/2017, *non* comporta un'assimilazione dei due istituti in parola. Non vi è dubbio, infatti, che un conto sono le istruzioni anticipate in merito a trattamenti e scelte diagnostico-terapeutiche redatte in previsione di una futura condizione di malattia e incapacità di autodeterminarsi ma di perdurante esistenza in vita, regolate dalla legge n. 219/2017, all'art. 4; altro e diverso conto sono, invece, le scelte sulla destinazione del proprio corpo a fini di studio e di ricerca scientifica una volta sopraggiunto il decesso, disciplinate dalla legge n. 10/2020. Si può, quindi, presumere che il legislatore abbia inteso rinviare all'art. 4, comma 6, della legge n. 219/2017, in punto forma della dichiarazione di consenso da rendersi *ex art. 3* della legge n. 10/2020, unicamente al fine di suggerire la possibilità (o, se si vuole, anche l'opportunità, ma *non* la necessità) di effettuare, all'interno di *un unico momento di elaborazione e pianificazione*, sia le scelte anticipate di trattamento, che quelle di destinazione del cadavere alla medicina. Resta, peraltro, fermo che, laddove si usi lo stesso *documento* tanto per formulare le DAT, quanto per esprimere il consenso alla donazione del corpo *post mortem* alla scienza, la parte del documento che riguarda il consenso alla donazione dovrà essere comunque consegnata all'ASL territorialmente competente affinché provveda ai sensi della legge n. 10/2020, diversamente dalla parte che concerne, invece, le DAT, su cui le ASL *non* hanno specifiche funzioni *ex lege* n. 219/2017.

¹³ La circostanza che la legge si riferisca ai soli "minori di età" sembra, peraltro, *escludere* che il consenso all'uso del cadavere possa essere espresso, da parte dei genitori (oppure di coloro che esercitano la tutela o l'amministrazione di sostegno) anche nei confronti di *altri soggetti privi* (in tutto o in parte) *di capacità di agire, diversi dai minorenni*, quali i nati o nati oppure i maggiorenni interdetti, inabilitati, o sottoposti ad amministrazione di sostegno.

l'incarico mediante sottoscrizione della stessa dichiarazione, della quale riceve apposita copia. È facoltà del disponente nominare anche un «sostituto», che faccia le veci del fiduciario “principale”, in caso di premorienza, incapacità o impossibilità di quest'ultimo ad assolvere tempestivamente ai compiti previsti dalla legge (art. 3, comma 2). Il fiduciario (come il sostituto) è revocabile in qualsiasi momento da parte del disponente senza alcun obbligo di motivazione (art. 3, comma 4); parimenti, il fiduciario (o il sostituto) può rinunciare all'incarico ricevuto in qualsiasi circostanza, dandone semplicemente comunicazione per iscritto al disponente (art. 3, comma 2)¹⁴.

La dichiarazione di consenso, comprensiva della nomina e dell'accettazione del fiduciario (e del sostituto, se indicato), deve essere consegnata¹⁵ all'ASL di appartenenza del disponente¹⁶, la quale provvede a conservarla e a trasmetterla

¹⁴ Si pone, peraltro, l'interrogativo se, in caso di revoca dell'accettazione dell'incarico da parte del fiduciario, il disponente debba, oppure no, provvedere alla nomina di un altro fiduciario a pena d'inefficacia dell'atto donativo. Una soluzione affermativa in tal senso rischierebbe di far dipendere da un atto unilaterale del fiduciario (la revoca della sua accettazione) il venir meno della scelta donativa del disponente, oppure spingerebbe, *de facto*, il disponente a scegliere “comunque” un altro fiduciario – magari non del tutto “di fiducia” – “pur” di tener fermo l'atto di donazione. Due prospettazioni, queste, che appaiono di assai incerta compatibilità con il rispetto del diritto all'autodeterminazione del soggetto sulla destinazione del proprio cadavere che la legge n. 10/2020 sposa. D'altro canto, in assenza del fiduciario (e se non può intervenire in sua vece il “sostituto”), il medico *non* potrebbe neppure venire a conoscenza della volontà donativa del disponente, la quale, quindi, rimanendo ignota, non sarebbe eseguita, a meno che non si ritenga opportuno inserire anche il medico necroscopo fra i soggetti che possono autonomamente accedere alla Banca dati nazionale in cui sono conservati gli elementi informativi della dichiarazione di consenso (*v. anche infra*, nota 23). Resta, peraltro, inteso che ove il disponente, oltre al fiduciario abbia anche provveduto all'istituzione del “sostituto”, quest'ultimo subentra automaticamente al primo in caso di revoca dell'accettazione dell'incarico.

¹⁵ La previsione dell'obbligo di consegna della dichiarazione di consenso alla ASL territoriale, in uno con il rinvio, quanto ai requisiti formali della dichiarazione, al disposto dell'art. 4, comma 6, della legge n. 219/2017, *non* scioglie il dubbio se la stessa dichiarazione, che a norma del richiamato art. 4, comma 6, della legge n. 219/2017 dovrebbe essere comunque consegnata all'archivio notarile (se redatta per atto pubblico) o all'ufficio di stato civile del Comune o alla struttura sanitaria (se formata per scrittura privata), vada *anche*, oppure *solo*, consegnata alla ASL di competenza. Da un lato, la lettera della legge suggerirebbe l'obbligo di duplice consegna; dall'altro lato, però, se si richiede la doppia consegna, si rischia, com'è evidente, un aggravamento di passaggi procedurali che potrebbe creare, oltre ad un effetto dissuasivo rispetto alla diffusione della pratica di donare il corpo morto alla medicina, anche un complesso problema di coordinamento fra trattamenti di dati da parte di soggetti diversi (notai, ufficiali di stato civile dei Comuni, responsabili delle strutture sanitarie, ASL) (*v. anche infra* nota 23).

¹⁶ L'individuazione dell'ASL territorialmente competente come “punto di contatto” per la consegna e la conservazione della dichiarazione di consenso si giustifica tenendo conto che la legge in materia di donazioni d'organo a fini di trapianto prevede, a regime, che sia la stessa ASL a conservare i dati relativi ai donatori d'organo, nonché quelli inerenti ai soggetti che non hanno espresso alcuna volontà e ai non donatori (art. 5 legge n. 91/1999). Non sembra, dunque, irragio-

gli elementi informativi alla Banca dati nazionale delle DAT istituita dall'art. 1, comma 418 della legge n. 205/2017 e successivamente disciplinata dal d.m. salute n. 168/2019 (art. 3, comma 1)¹⁷.

Una volta che il medico necroscopo, individuato *ex d.p.r.* n. 285/1990, ha accertato e dichiarato il decesso dell'individuo ai sensi della legge n. 578/1993¹⁸, e che sono altresì trascorse ulteriori ventiquattr'ore durante le quali il cadavere è trattenuto in obitorio (art. 1, commi 3 e 4), il fiduciario ha l'onere di comunicare allo stesso medico l'esistenza della dichiarazione di consenso alla donazione del corpo alla scienza effettuata dal defunto (art. 3, comma 2)¹⁹.

A sua volta, il medico necroscopo procede ad individuare il "Centro di riferimento" territorialmente competente, al quale inviare il corpo, mediante la consultazione di un apposito "Elenco nazionale" tenuto dal Ministero della salute ed accessibile attraverso il portale *Internet* dello stesso Ministero (art. 5, commi 1 e 2).

Il Centro di riferimento, ricevuta notizia del decesso da parte del medico necroscopo, acquisisce, tramite la Banca dati delle DAT, la prova dell'esistenza

nevole aver attribuito al medesimo ente sanitario territoriale le funzioni di raccolta e conservazione delle dichiarazioni che riguardano *entrambi* i tipi di destinazione del corpo *post mortem* – a fini di trapianto e a scopo di studio – pur nella loro innegabile diversità.

¹⁷ La scelta di *non* ricorrere all'infrastruttura telematica prevista per le donazioni d'organi a fini di trapianto, costituita dal Sistema informativo trapianti-SIT (previsto dall'art. 7 legge n. 91/1999 e successivamente regolato dal d.m. salute n. 130/2019), anche per le donazioni del corpo a scopo scientifico si comprende considerando che il SIT è attualmente organizzato per gestire i complessi e sofisticati flussi informativi legati alla trapiantologia su soggetto vivente, le cui esigenze sono – com'è evidente – completamente differenti rispetto a quelle di formazione e ricerca medica su cadavere.

¹⁸ E del relativo regolamento di attuazione di cui al d.m. salute 11 aprile 2008.

¹⁹ La novella supera, quindi, i vari meccanismi previsti da alcune leggi regionali di polizia mortuaria (adottate negli ultimi anni e in un caso – Regione Liguria – addirittura dopo l'entrata in vigore della legge n. 10/2020), che individuavano solo nei congiunti o nei conviventi i soggetti a cui spettava dare la comunicazione al Comune del luogo ove il decesso era avvenuto della sussistenza di una volontà anticipata del defunto di destinare il cadavere al tavolo anatomico: art. 76 l.r. Lombardia n. 33/2009 (in combinato disposto con l'art. 44 del relativo r.r. di attuazione n. 6/2004 che vieta anche qualsiasi forma di commercio dei cadaveri a scopo di studio); art. 12, comma 2, l.r. Abruzzo n. 41/2012; art. 15 l.r. Basilicata n. 11/2016; art. 13 l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 12/2011; art. 14 l.r. Liguria n. 15/2020; art. 4 l.r. Marche n. 3/2005; art. 14 l.r. Veneto n. 18/2010.

In linea generale, v'è, peraltro, da dubitare assai che la disciplina degli atti di donazione del cadavere per fini di studio rientri nell'alveo delle competenze regionali *ex art.* 117, commi 3-4 Cost. Tale disciplina, infatti, sembra piuttosto appartenere alle competenze esclusive dello Stato in materia di «ordinamento civile», ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l) Cost., data la sua spiccata incidenza su aspetti essenziali dell'identità della persona che richiedono, per imperative ragioni d'eguaglianza, una regolazione uniforme su tutto il territorio nazionale (sulla falsariga di quanto a suo tempo statuito in tema di testamento biologico ma facendo riferimento proprio alla disciplina della donazione d'organi e tessuti da Corte cost., sent. n. 262/2016, pt. 5.4 *cons. dir.*).

della dichiarazione di consenso del disponente e provvede al prelievo del corpo, informandone la ASL (art. 5, comma 3).

Il corpo deve essere poi riconsegnato alla famiglia, a carico dello stesso Centro, entro e non oltre dodici mesi dalla data di consegna, e in condizioni dignitose (art. 6, comma 1).

I Centri di riferimento, ai quali i corpi possono essere inviati, sono selezionati con atto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e previa intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, fra le strutture universitarie, le aziende ospedaliere e gli IRCCS (art. 4, comma 1).

All'interno di tali Centri di riferimento, le attività che richiedono l'uso del cadavere donato devono essere conformi a progetti di ricerca che hanno ottenuto parere favorevole del competente comitato etico, oppure a percorsi didattici autorizzati dalla direzione sanitaria della struttura di riferimento (art. 4, comma 2)²⁰.

In nessun caso, l'utilizzo del corpo di un defunto può avvenire a scopo di lucro (art. 7, comma 1)²¹.

Al fine di favorire la formazione di una scelta libera e consapevole, e di diffondere la pratica della donazione del corpo morto alla scienza, la legge prevede apposite campagne informative, rivolte ai cittadini, ai medici e agli esercenti le

²⁰ L'art. 1, commi 499 e 501, della legge n. 178/2020 (*Legge di Bilancio 2021*), superando la clausola di invarianza finanziaria prevista all'art. 9 della legge n. 10/2020, ha autorizzato la spesa di 4 milioni di euro per gli anni 2021-2023 a beneficio delle finalità di cui alla stessa legge n. 10/2020, prevedendo, altresì, che spetti al Ministro della salute, con proprio decreto, dettare i criteri e le modalità di riparto delle risorse stanziare anche al fine di individuare le specifiche attività oggetto di finanziamento.

Il comma 500 dello stesso articolo ha stabilito, inoltre, che spetti al Ministro della salute, senza più il concerto con gli altri Dicasteri o l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni previsti nella legge n. 10/2020, provvedere all'individuazione dei Centri di riferimento e alla fissazione delle modalità di svolgimento della formazione e della simulazione sui cadaveri senza far più menzione anche della necessità di ottenere i pareri o le autorizzazioni, da parte dei comitati etici o dei dirigenti di struttura competenti, indicati nella legge n. 10/2020.

Ebbene, in assenza di abrogazione espressa dell'art. 4 l. n. 10/2020, la formulazione, invero non del tutto perspicua, del comma 500 in parola, non consente di sciogliere, quantomeno con certezza, il dubbio se sia stato implicitamente abrogato, ex art. 15 delle "preleggi" (r.d. n. 262/1942), l'intero meccanismo previsto dalla legge n. 10/2020 per l'individuazione dei Centri di riferimento e per la determinazione delle modalità con le quali possono essere compiute le attività didattico-formative sui cadaveri, o se invece sia stato solamente introdotto un meccanismo parallelo e transitorio, rispetto a quello contemplato nella legge n. 10/2020, in funzione soltanto dell'impiego degli specifici finanziamenti stanziati dalla *Legge di Bilancio 2021*.

²¹ Anche le eventuali dazioni in denaro effettuate da privati per le attività di studio, di didattica e di ricerca scientifica che utilizzano cadaveri umani, ovvero gli eventuali proventi derivanti da tali attività, devono essere esclusivamente destinate alla gestione dei Centri di riferimento (art. 7, comma 2).

professioni sanitarie, con il coinvolgimento, a vari livelli, del Ministero della salute, delle regioni e delle ASL, nonché delle amministrazioni comunali e delle organizzazioni di volontariato (art. 2).

Con un successivo regolamento di attuazione, da adottarsi ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. *b*) della legge n. 400/1988²², su proposta del Ministro della salute, di concerto con i Ministri dell'interno, dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e previa intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, sono ulteriormente disciplinate: *a*) le modalità e i tempi (non superiori comunque a dodici mesi) per la conservazione, la richiesta, il trasporto, l'utilizzo e la restituzione del corpo del defunto alla famiglia di appartenenza da parte dei Centri di riferimento (fatta salva la sepoltura dei corpi dei defunti per cui la stessa famiglia non richiede la restituzione); *b*) le cause di esclusione dell'utilizzo dei corpi dei defunti per fini di studio e ricerca; *c*) le disposizioni di raccordo con l'ordinamento dello stato civile di cui al d.p.r. n. 396/2000; *d*) le campagne informative nazionali e regionali (art. 8)²³.

²² Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge: termine infruttuosamente scaduto il 19 giugno 2020.

²³ Va osservato che il regolamento attuativo previsto dalla legge n. 10/2020 *non* comprende le pur indispensabili norme di "adeguamento" della disciplina regolamentare della Banca dati nazionale delle DAT alle nuove funzioni che la stessa legge n. 10/2020 attribuisce alla medesima Banca dati relativamente alle dichiarazioni di consenso alla donazione del cadavere alla medicina. Si renderà, perciò, necessario rifarsi alla previsione di cui all'art. 17, comma 1, lett. *b*) della legge n. 400/1988, in punto potestà regolamentare del Governo per l'attuazione delle leggi vigenti in generale, al fine di integrare il d.m. salute n. 168/2019: *a*) specificando, fra le finalità e attività della Banca dati (artt. 1 e 2 d.m.), anche quelle inerenti la raccolta, l'aggiornamento e la reperibilità delle dichiarazioni di consenso e di nomina del fiduciario (e dell'eventuale sostituto) assegnate dalla legge n. 10/2020 alla Banca dati; *b*) aggiungendo, alla tipologia di contenuti informativi della Banca dati (art. 3 d.m.), anche i dati anagrafici e di contatto del donatore e del fiduciario (e dell'eventuale sostituto), nonché i dati identificativi dell'ASL in cui si trova custodito l'originale della dichiarazione di consenso che la Banca dati è tenuta a conservare *ex* legge n. 10/2020; *c*) inserendo la stessa ASL fra i soggetti autorizzati ad alimentare la Banca dati (art. 3 d.m.) dal momento che è solo ad essa che spetta trasmettere alla Banca gli elementi informativi della dichiarazione di consenso secondo la legge n. 10/2020; *d*) integrando i soggetti che possono avere accesso alla Banca dati (art. 4 d.m.) coi Centri di riferimento per la conservazione e l'utilizzazione dei corpi dei defunti visto che è a questi ultimi che, per la legge n. 10/2020, compete di acquisire, tramite la stessa Banca dati, la prova della sussistenza della dichiarazione di consenso del disponente all'uso del cadavere.

Nella stessa sede di adeguamento della disciplina regolamentare della Banca dati nazionale, si potrebbe valutare di inserire anche il medico necroscopo fra i soggetti che hanno diretto accesso alla stessa Banca, per quanto, ad onor del vero, la legge n. 10/2020 non preveda casi in cui il medico in questione sia tenuto a interrogare il *data-base* giacché è il fiduciario che comunica a tale medico la volontà donativa del disponente deceduto. Attribuire al medico necroscopo la possibilità di consultare la Banca dati nazionale permetterebbe, però, al medico in questione di prendere piena cognizione della volontà del defunto, e quindi di eseguirla, in tutti quei casi in cui né il fiduciario, né il "sostituto" possono intervenire tempestivamente (per premorienza, incapacità o impossibilità). Sarebbe, così, salvaguardato appieno, anche in tali delicati casi di *non* operatività del fiduciario (e del "sostituto"), il rispetto della scelta donativa compiuta dal soggetto, destinata al-

Resta fermo, infine, in quanto non oggetto né di abrogazione, né di modifica da parte della legge n. 10/2020, il disposto dell'art. 413 c.p., che punisce con la reclusione sino a sei mesi, o con la multa sino a euro 516, la condotta di chiunque disseziona o altrimenti adopera per scopo scientifico o didattico un cadavere (o parti di esso) nei «casi non consentiti dalla legge» (oggi, dalla stessa legge n. 10/2020)²⁴.

3. *La legge n. 10/2020: profili costituzionali*

Il tema della donazione degli organi o del corpo *post mortem* s'intreccia, com'è evidente, con plurimi ambiti di particolare delicatezza, fra cui l'accertamento della morte legale, ampiamente influenzato dalla trapiantologia e dalla correlata "*death donor rule*"²⁵, o il rifiuto delle cure salvavita²⁶, nei casi in cui la donazione d'organi consegua alla scelta ininterrotta del trattamento di sostegno vitale che conduce alla morte, o addirittura la richiesta di aiuto medico al morire²⁷, qualora quest'ultimo si compia mediante l'espanto di organi a fini di con-

trimenti a restare ignota se il medico necroscopo *non* ha la possibilità di interrogare la Banca dati. Allo stesso tempo, sarebbe pienamente tutelato anche l'interesse pubblico a poter disporre della salma per fini didattico-scientifici conformemente alla volontà del *de cuius*.

²⁴E con pena aumentata laddove l'uso illegittimo del cadavere avvenga consapevolmente su corpi occultati, trafugati o mutilati da altri.

²⁵Cfr. P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi: una questione di etica giuridica*, Brescia: Morcelliana, 2008; e se si vuole, F.G. PIZZETTI, *La morte e la legge. La disciplina sulla definizione di morte e l'accertamento della morte legale dall'Unità d'Italia a oggi (e a domani)*, in F.P. DE CEGLIA (a cura di), *Storia della definizione di morte*, Milano: Franco Angeli, 2014, p. 391 ss.

²⁶In Italia, ai sensi della legge n. 219/2017, sulla quale, *ex multis*, cfr. G. RAZZANO, *La Legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino: Giappichelli, 2019; G. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato: Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino: Giappichelli, 2018; M.N. BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella Legge 219/2017*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2019, p. 206 ss.; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2018, p. 97 ss.; L. D'AVACK, *Consenso informato e scelte di fine vita. Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino: Giappichelli, 2020; C. FARALLI, *Il difficile percorso per una legge di civiltà. A proposito della Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2018, p. 175 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, p. 85 ss.; S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La legislazione penale*, 12, 2018, p. 1 ss.; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in V. VERDUCI (a cura di), *Il diritto sulla vita. Testamento biologico, autodeterminazione e dignità della persona*, Pisa: Pacini, 2018, p. 55 ss.

²⁷In Italia, in base a quanto statuito da Corte cost., sent. n. 242/2019. Sulla pronuncia n. 219/2017 della Consulta e sulla connessa, precedente ordinanza n. 207/2018 della medesima Corte, cfr. P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso "Cappato" ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Ossevatorio sulle fonti*, 1, 2020, p.

testuale trapianto²⁸, senza contare, poi, il necessario contrasto alle logiche criminali (e ripugnanti) del “traffico” internazionale d’organi (a maggior ragione se prelevati da minori)²⁹ che sfruttano (in modo abietto) gli squilibri di ricchezza fra le diverse aree del mondo e le vulnerabilità dei soggetti economicamente o socialmente più fragili e indifesi. Tutti temi, questi, sui quali Patrizia Borsellino ha svolto, nel corso della sua così ampia e proficua attività di ricerca, veri e propri studi magistrali³⁰.

Sul piano più strettamente costituzionale, la donazione degli organi e dei tessuti o del corpo umano dopo la morte coinvolge, come noto, valori di fondamentale caratura, fra i quali autodeterminazione, vita, salute e integrità psicofisica, dignità, solidarietà (art. 2 Cost.)³¹.

Si tratta di valori costituzionali che si riflettono ampiamente anche nella donazione del corpo per scopi didattico-scientifici che forma lo specifico oggetto della novella in parola.

187 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *La legislazione penale*, 3, 2020, p. 1 ss.; M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2020, p. 286 ss.; A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 1, 2021, p. 239 ss.; C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all’istante con l’aiuto di altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull’ord. n. 207/2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2019, p. 2622 ss.; P. VERONESI, *Per una legge sull’aiuto al suicidio (e l’eutanasia volontaria) dopo l’ord. cost. n. 207 del 2018: una possibile mappa*, in *Studium Iuris*, 5, 2019, p. 561 ss.; e, se si vuole, anche F.G. PIZZETTI, *L’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del “Caso Cappato”, e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un’agonia lenta e non dignitosa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, p. 151 ss.

²⁸ Cfr., in proposito, l’acuta analisi sviluppata da L. FORNI, *Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2020, p. 271 ss.

²⁹ Cfr. *Convenzione del Consiglio d’Europa contro la tratta degli organi umani*, non ancora ratificata dall’Italia (il relativo d.d.l. A.C. n. 1122 di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione è tuttora pendente, in sede referente, nelle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati). Il traffico d’organi è, tuttavia, severamente punito, in Italia, ai sensi dell’art. 601-bis c.p., introdotto dalla legge n. 236/2016.

³⁰ Sempre orientati alla ricerca di un attento punto di equilibrio fra la protezione del soggetto in condizioni di vulnerabilità, da una parte, e l’affermazione dell’autonomia dell’individuo sul proprio corpo, dall’altra, all’interno di quell’articolato e composito mosaico di variegati orientamenti morali che si è oramai largamente affermato nella sfera pubblica delle società occidentali avanzate: cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, nuova ed. agg., Milano: Raffaello Cortina, 2018; F. PORCIANI e P. BORSELLINO, *Vite a perdere: i nuovi scenari del traffico d’organi*, Milano: Franco Angeli, 2018; P. BORSELLINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: verso un diritto che garantisce la dignità di ogni individuo sino alla fine della vita*, in *Bioetica*, 1, 2020, p. 31 ss.

³¹ Cfr. F. PIERGENTILI, *Trapianto di organi (diritto costituzionale)*, in *Digesto, disc. pubb.*, agg., Torino: Utet, 2021, p. 459 ss.

La legge n. 10/2020 ha, infatti, inteso valorizzare notevolmente l'autodeterminazione del soggetto in relazione alle scelte sulla destinazione del proprio cadavere alla pratica settoria.

È prova di tale intenzione della legge l'abolizione della "riserva" allo Stato dei cadaveri dei defunti non reclamati; l'esclusione di ogni forma di "silenzio-assenso" e di ogni possibilità, per la famiglia o i terzi, di opporsi alla decisione del disponente; la previsione (obbligatoria) dell'istituto del fiduciario (compresa la facoltà di nomina del "sub-fiduciario") affinché la volontà espressa dall'interessato sia sempre resa nota ai medici, e quindi puntualmente adempiuta³².

Il legislatore è stato anche attento ad evitare forme di abuso dell'autonomia individuale, in particolare a danno delle persone più fragili e vulnerabili.

Si orientano in tal senso, infatti, le previsioni della legge n. 10/2020 che richiedono precisi requisiti formali per l'espressione di consenso all'uso del corpo morto per gli studi medici, così da rendere la persona pienamente consapevole della rilevanza etico-sociale dell'atto di donazione che compie, e quelle che prevedono l'attivazione di campagne informative per mettere il disponente nella piena conoscenza dei suoi diritti e delle modalità con le quali il suo cadavere verrà trattato.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pongono anche le norme della novella che prevedono che il Centro individuato dal medico necroscopo sia soltanto quello territorialmente competente (il disponente, infatti, *non* può scegliere il Centro al quale destinare il proprio corpo dopo la morte) così da impedire che il soggetto possa essere sottoposto a forme di indebita "persuasione" o "pressione" al fine di donare il proprio cadavere ad uno specifico Centro di riferimento piuttosto che ad un altro³³.

Esprimono, altresì, l'attenzione della nuova legge n. 10/2020 ad evitare errori e abusi rispetto alle autonome scelte effettivamente compiute dal disponente, anche quelle norme che impongono un ulteriore meccanismo di "controllo", posto in capo al Centro di riferimento che riceve il corpo, sull'effettiva esistenza

³² Per quanto la legge non lo specifichi, non sembra escluso che il fiduciario possa svolgere anche *altri* compiti in relazione all'esecuzione della volontà donativa del disponente deceduto, quali, ad esempio, l'assistenza alle fasi di prelievo e riconsegna del cadavere ad opera del Centro di riferimento in modo da vigilare sulle modalità con le quali queste avvengono, oppure l'instaurazione, forte della sua qualità di persona "di fiducia" del defunto, di una sorta di "dialogo" con la famiglia (magari rimasta interdotta o addirittura contrariata dalla scelta del congiunto di donare il cadavere alla scienza) così da rendere il meno "burocratica" e il più "umanizzata" possibile l'esecuzione di una decisione così carica di valore simbolico, qual è quella di destinare un corpo al tavolo anatomico.

³³ Allo stesso tempo, tuttavia, la misura di protezione in parola, operando senza distinzioni, impedisce ad un soggetto, che sia pienamente autonomo e in grado di decidere senza alcuna interferenza da parte di altri, di esprimere una sorta di "riconoscenza" *lato sensu* "morale", a beneficio di strutture in cui è stato magari per lungo tempo ben assistito e curato, attraverso la donazione del proprio cadavere alle attività di studio e di ricerca che si svolgono presso le stesse strutture.

del consenso del donatore, nonostante la volontà donativa sia già stata oggetto di comunicazione da parte del fiduciario al medico necroscopo (e da questi resa nota al Centro stesso).

Tutelano, invece, il valore costituzionale della vita (e ovviamente dell'integrità psico-fisica) del donatore, quelle parti della legge n. 10/2020 che non soltanto prescrivono che la procedura di destinazione della salma al Centro di riferimento possa iniziare solo dopo che è stata accertata e dichiarata la morte legale, ma che impongono anche il rispetto di un ulteriore tempo osservativo (di 24 ore) in modo da scongiurare ogni qualsivoglia rischio d'interventi sul corpo in morte solo apparente³⁴.

Non minore è poi la cura posta dalle Camere nel garantire il pieno e rigoroso rispetto del corpo umano del donatore defunto³⁵, non (solo) per i sentimenti di *pietas* che il cadavere è in grado di suscitare³⁶, ma (anche) nella misura in cui lo stesso cadavere costituisce una vera e propria «proiezione ultra-esistenziale della persona umana che conserva una sua connaturata dignità umana e che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose»³⁷.

Esprimono questa particolare cura del legislatore verso la dignità della persona, fattasi cadavere, le disposizioni della legge n. 10/2020 che richiedono

³⁴ Giova osservare che la recente giurisprudenza costituzionale ha ribadito che l'interesse dello Stato a proteggere la vita umana permane anche nel vigente quadro costituzionale, *non* più in funzione di prevalenti interessi collettivi com'era nel precedente regime fascista all'epoca dell'adozione del r.d. n. 1592/1933, bensì quale *valore in sé*, alla luce del fondamentale principio personalista di cui all'art. 2 Cost. (Corte cost., ord. n. 207/2018, pt. 6 *cons. dir.*). Ne consegue, dunque, sempre secondo la Consulta, che non è affatto venuto meno il compito dello Stato, funzionale alla salvaguardia del diritto alla vita, di «tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere» (*Ibidem*). In quest'ottica, allora, il divieto di utilizzo del corpo dei suicidi nelle attività didattico-scientifiche mediche potrebbe continuare a giustificarsi anche oggi essenzialmente nella logica di evitare, da parte dello Stato, ogni qualsivoglia "interferenza" nella decisione irreparabile di togliersi la vita, ivi compresa quella di potersi donare, da morti, alla collettività, per fini di studio. L'intervenuta abrogazione dell'art. 32 r.d. n. 1592/1933, da una parte, e la mancata previsione di un'analogia disposizione nella legge n. 10/2020, dall'altra, hanno, comunque, fatto venir meno, almeno per il momento, il divieto d'uso a fini didattico-scientifici del corpo di coloro che si sono suicidati (a condizione, chiaramente, che costoro abbiano manifestato, da vivi, il consenso a un tale utilizzo del proprio cadavere). Non è, tuttavia, escluso che il divieto in parola possa essere reintrodotta un domani, in sede di adozione del regolamento di attuazione della legge n. 10/2020, nella parte in cui la stessa norma regolamentare è chiamata a «indicare le cause di esclusione dell'utilizzo dei corpi dei defunti ai fini di cui alla presente legge» (art. 8, comma 1, lett. *b*).

³⁵ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. cit.*, *raccomandazione* n. 2.

³⁶ Secondo l'impostazione propria dal Capo II del Titolo IV del Libro II del Codice penale in materia di delitti contro la pietà dei defunti: cfr., *ex multis*, Cass., sez. III pen., sent. n. 45444/2014.

³⁷ Così F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova: Cedam, 1974, p. 340.

l'accreditamento pubblico, a livello nazionale, dei Centri di riferimento in modo che siano destinatari di corpi per attività didattico-scientifica soltanto quelle strutture che sono in grado di assicurare il pieno possesso di requisiti di elevata specializzazione e la messa in opera di tutte le cautele necessarie nelle delicate fasi di ricezione, conservazione, impiego e restituzione delle salme³⁸.

Risultano, altresì, indirizzate verso l'uso rispettoso e proporzionato del corpo defunto anche le parti della legge n. 10/2020 che prevedono che ogni attività didattico-scientifica sui cadaveri possa essere svolta solo previa valutazione favorevole, o autorizzazione, rilasciata da organi competenti (comitati etici o direzioni sanitarie), chiamati a valutare che l'impiego del cadavere risulti eticamente appropriato e giuridicamente legittimo, e quelle che stabiliscono un tempo massimo per il trattenimento dello stesso cadavere a fini di insegnamento o sperimentazione.

Si tratta, infatti, di evitare che il corpo del soggetto defunto, sottratto alla naturale pace della sepoltura, possa diventare oggetto *sovra-sfruttato* di studio per un tempo potenzialmente *indefinito*, ciò che finirebbe per ridurlo, di fatto, da "spoglia mortale" di una persona umana vissuta, quale esso è, a mero "materiale" di supporto didattico-sperimentale.

Sono parimenti rivolte alla salvaguardia della dignità del cadavere, in quanto quest'ultimo conserva pur sempre le fattezze tangibili della persona scomparsa³⁹, anche quelle norme che impongono ai Centri di riferimento di restituire la salma ricevuta ai familiari in degne condizioni, e quindi solo dopo aver compiuto tutte le operazioni di appropriata ricomposizione delle spoglie suggerite dalla tanatoprassi.

Nell'adozione della legge qui esaminata, il Parlamento è stato, inoltre, ben consapevole della dimensione solidaristica propria della destinazione *post mortem* del corpo alla medicina.

Non si tratta, chiaramente, qui, di una forma di solidarietà interpersonale rivolta alla cura della salute (e della vita) di un altro *consociato* tra i tanti, destinato a ricevere l'organo espantato, come capita con la donazione d'organi a scopo di trapianto, bensì di una forma di solidarietà nei confronti dell'*intera collettività* che, proprio grazie alla messa a disposizione del corpo del defunto per l'attività formativa dei futuri medici-chirurghi e per lo sviluppo delle sperimentazioni chirurgiche su modelli umani, può, in prospettiva, contare su un più elevato livello di salute (art. 32, comma 1, Cost.) e su una ricerca scientifico-tecnologica maggiormente d'avanguardia (art. 9 Cost.).

La dimensione eminentemente solidaristica e altruistica del "dono" del proprio cadavere a beneficio della collettività, di cui, in qualche modo, "ci si prende

³⁸ In tal senso, cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. cit.*, p. 12.

³⁹ C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova: Cedam, 2013, p. 173 ss.

cura”⁴⁰, si esprime, infatti, nelle previsioni della legge che affermano la gratuità della cessione del cadavere⁴¹ e l’assenza di ogni finalità di lucro nell’uso dello stesso a scopi scientifici (compresa la remunerazione indiretta mediante donazioni o proventi) sulla falsariga, peraltro, di modelli già da tempo radicatisi nella disciplina dei trapianti a fini terapeutici⁴².

⁴⁰ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. cit.*, pp. 9-10.

In questa prospettiva, anche la donazione degli organi e dei tessuti alla scienza può, dunque, essere fatta rientrare in quello «schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori primari della libertà individuale e della solidarietà sociale» in forza del quale il soggetto, superando attivamente il «limite atomistico della libertà individuale», orienta l’esercizio della sua stessa libertà (nella specie, di donare il corpo defunto alla medicina), in favore della «costruzione dei rapporti sociali e dei legami fra gli uomini» (nella specie, a beneficio del progresso della scienza medica per l’incremento della salute collettiva). Uno schema, questo in parola, che la Corte costituzionale ha ritenuto insito nel modello stesso di «convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»: così Corte cost., sent. n. 75/1992, pt. 2 *cons. dir.* (in materia di volontariato).

⁴¹ Ambivalente risulta, invece, la previsione che imputa ai Centri di riferimento tutti gli oneri di trasporto delle salme ricevute, dall’obitorio alla tumulazione (o cremazione). Per un verso, infatti, tale norma, sollevando la famiglia (o il Comune, per i funerali in povertà) delle maggiori spese funerarie dovute al trasferimento del corpo al Centro di riferimento, è rivolta a promuovere la scelta di donazione del corpo a fini di studio, e a riconoscerne il valore solidaristico a beneficio della collettività in funzione dello sviluppo della didattica e della ricerca medica che ha luogo nei Centri stessi, i quali si fanno, di conseguenza, carico degli oneri funerari. Per altro verso, però, la stessa previsione potrebbe anche rischiare di interferire con la formazione di una volontà pienamente libera nella misura in cui il donante potrebbe essere influenzato, addirittura su spinta di altri, a destinare il proprio corpo alla scienza soltanto allo scopo, a questo punto economico e non più solidaristico, di evitare (agli eredi) le spese di sepoltura.

⁴² A livello nazionale, si v. legge n. 458/1967 per il trapianto di rene; legge n. 483/1999 per il trapianto parziale di fegato; legge n. 219/2005 per la trasfusione di sangue ed emoderivati; legge n. 167/2012 per trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino; e, in generale, art. 6-*bis*, comma 1, legge n. 91/1990 per le donazioni d’organo a scopo di trapianto sia da vivente che *ex mortuo* (con ulteriore divieto di ogni mediazione o forma di pubblicità riguardante la necessità o la disponibilità di organi che abbia come fine l’offerta o la ricerca di un profitto finanziario, o di un vantaggio analogo); a livello sovranazionale, si v. art. 12 della direttiva n. 2004/23/CE che ribadisce l’impegno degli Stati Membri ad assicurare donazioni volontarie e gratuite di cellule e tessuti; art. 3, comma 2, lett. c) della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* che sancisce il «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»; art. 21 della *Convenzione europea sui diritti dell’uomo e la biomedicina* che afferma che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». In tema, cfr. D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto – Il governo del corpo*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 1119 ss.; G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, *ivi*, p. 805 ss.

KELSEN, CLAUSOLA ALTERNATIVA TACITA, NORME ILLEGITTIME

Adrián Rentería Díaz

1. Il 31 dicembre 2005 è entrata in vigore la legge n. 270 del 21 dicembre 2005, ampiamente e tristemente nota come legge Calderoli o *Porcellum*, attraverso la quale l'Italia si lasciava alle spalle il modello proporzionale elettorale, e che, tra altre cose, prevedeva un premio di maggioranza e precludeva l'indicazione di preferenze fra i candidati presenti nelle liste elettorali. In funzione di tale legge si sono svolte le elezioni politiche nel 2006, nel 2008 e nel 2013, che hanno determinato le maggioranze legislative e i governi in quel periodo; ovviamente, hanno determinato pure una non indifferente stagione di riforme, da quella universitaria del 2010, tuttora in vigore, a quelle del sistema pensionistico (c.d. legge Fornero) del 2012 e dello statuto dei lavoratori del 2012. Quasi 9 anni dopo, a gennaio del 2014, con la sentenza n. 1, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale della legge, proprio in relazione ai due elementi su indicati.

In un ordinamento costituzionale rigido quale quello italiano, quindi, con quella sentenza si è avuta una concreta manifestazione dei due pilastri sui quali si regge questo modello: la distinzione tra costituzione e legge e la giustizia costituzionale. Resta il fatto indiscusso, tuttavia, che la legge in questione è entrata a fare parte dell'ordinamento italiano, e, questione ancora più rilevante, ha funzionato come fonte di diritto, in quanto le maggioranze politiche che via via si sono formate hanno introdotto profonde trasformazioni nella società italiana. In quale modo la teoria del diritto fornisce una spiegazione di leggi come il *Porcellum*? Perché, in altri termini, è possibile, di fatto, che una norma giuridica abbia un contenuto contrario alla norma, gerarchicamente superiore che ne disciplina le modalità di produzione? Il mio scopo in questo breve spazio è esaminare alcuni aspetti di questo fenomeno, alla luce soprattutto del pensiero di Hans Kelsen, con la sola finalità di riproporre in termini problematici per la teoria del diritto la presenza negli ordinamenti giuridici di norme come il *Porcellum*.

2. L'obiettivo centrale di Kelsen quando pubblica, nel 1934, la sua *Reine Rechtslehre*, è creare una teoria del diritto libera da qualsiasi elemento valutativo, una teoria pura del diritto che dia luogo a una conoscenza giuridica nella quale non trovi spazio né una politica del diritto né una teoria della giustizia. Egli, infatti, concepisce il diritto, in quanto sfera normativa diversa dalla morale, come un sistema dinamico-formale in ragione della particolare funzione della norma fondamentale, fonte di validità di tutte le norme, la quale stabilisce – diciamo così – che una norma è valida se creata nel rispetto, appunto, di requisiti puramente formali. Il che significa che le norme possono avere qualsiasi contenuto in quanto risultato di un atto di volontà. Con le sue parole: «Una norma vale come norma giuridica, sempre e soltanto perché si è presentata in modo particolarmente stabilito, è stata prodotta secondo un metodo specifico»¹. Tale metodo non consiste in altro che nell'esercizio legittimo del potere di creare norme da parte di un organo pubblico altrettanto legittimo: in altre parole i requisiti che rendono valida una norma sono puramente formali, di competenza e di procedura. In modo del tutto diverso funziona la norma fondamentale di un ordinamento morale, il quale è un ordinamento statico-materiale: qui, infatti, essa contiene già tutte le altre norme, che vengono ad esistere mediante un atto di pensiero, cioè sono il prodotto di un ragionamento logico-deduttivo.

Lo scopo di Kelsen, del tutto coerente con l'impianto giuspositivista che pervade la sua teoria, appare tuttavia non del tutto in sintonia con altri elementi del suo pensiero, soprattutto quelli elaborati precedentemente nell'ambito del diritto pubblico e della teoria costituzionale². Elementi di cui, infatti, una declinazione concreta, nota a tutti, è il suo ruolo, decisivo, come consulente scientifico nel processo di formazione della Costituzione austriaca del 1920, per la creazione della Corte costituzionale. La non completa armonia, se così si può dire, a me pare evidente, perché, da un lato, col suo intervento nel processo costituzionale austriaco dimostra di essere un convinto sostenitore del costituzionalismo rigido, avendo in mente qualcosa di simile alle costituzioni che verranno alla luce dopo il 1945, ovvero quelle dotate del controllo di costituzionalità; mentre successivamente, dall'altro, nel 1934, si fa portatore di una proposta teorica finalizzata alla sola descrizione di un oggetto di studio, il diritto degli ordinamenti flessibili, facendo scarse concessioni ai requisiti materiali come condizioni di validità nel processo di formazione delle norme. È vero che nella prima edizione della *Reine Rechtslehre* egli afferma che la norma che dovesse avere un contenu-

¹H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 2000 rist., p. 104 (trad. di R. Treves di *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1934). D'ora in poi LDPD.

²Soprattutto *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom rechtssatze*, Mohr, Tübingen, 1911 (tr. it. a cura di A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli: ESI, 1991).

to diverso da quello prescritto, in relazione alle norme che ne disciplinano la produzione, può eventualmente essere «annullata da una istanza destinata a questo scopo come sarebbe un tribunale costituzionale o un procedimento regolato dalla costituzione»³. Sta di fatto, tuttavia, che le norme così prodotte rimangono valide fino a che, e se, c'è qualche intervento previsto nella costituzione per annullarle, dato che «... non sono valide in forza del loro contenuto. Ogni qualsiasi contenuto può essere diritto»⁴. Kelsen è assai chiaro su questo punto, e lo è anche quando afferma che «nel diritto positivo non si può porre in dubbio l'esistenza di questo caso»⁵.

Credo siano evidenti a tutti le ragioni che spingono Kelsen a propugnare la necessità di un approccio avalutativo al diritto: un approccio che escluda ogni atteggiamento teorico che possa compromettere il carattere scientifico della giurisprudenza⁶. Se c'è un valore, diciamo così, col quale Kelsen si identifica è quello della purezza della giurisprudenza, un valore, ovviamente, che è un ideale da raggiungere e non un dato da constatare; e, pur di raggiungerlo, pare sia disposto a “sacrificare” quell'altro valore, il controllo di costituzionalità, per il quale si era battuto nel 1920, come strumento per tutelare il contenuto delle norme costituzionali. Naturalmente, e si è visto nella sua partecipazione al processo costituzionale austriaco, Kelsen è pienamente consapevole del fatto che la legislazione ordinaria può andare oltre il dettato costituzionale, ma la strategia metodologica con la quale spiega questo fenomeno nella *Reine Rechtslehre* è tutt'altro che cristallina. «Se è possibile, dice Kelsen, una legge incostituzionale, cioè una legge valida che contraddica la prescrizioni della costituzione vigente, [...] questo fatto non può essere spiegato se non in questo modo: che la costituzione non solo ammette la validità delle legge conforme alla costituzione, ma anche, in certo senso, la validità della legge incostituzionale»⁷; e ancora: «Le prescrizioni della costituzione concernenti la legislazione presentano con ciò il carattere di prescrizioni alternative»⁸. La strategia, che viene riproposta successivamente nel 1945 e nel 1960⁹, è arcinota: la clausola alternativa tacita (d'ora in poi CAT), ovvero l'idea secondo cui date le condizioni di validità per la creazione di una norma, poste nella norma delegante, è possibile che la norma creata

³ LDPD, p. 113.

⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁵ *Ibidem*, pp. 112-13.

⁶ Non entro nel merito circa la scientificità della giurisprudenza e tanto meno del concetto di scienza.

⁷ LDPD, p. 113.

⁸ *Idem*.

⁹ *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.): H.U.P., 1945 (*Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano: Comunità, 1952; *Reine Rechtslehre*, II ed., Franz Deuticke, Wien, 1960 (*La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1966, d'ora in poi DPD).

non rispetti tali condizioni (formali e/o sostanziali), e che, di conseguenza, si ponga in contrasto con la norma superiore¹⁰.

3. Chi, più di recente, e in modo articolato, si è occupato della CAT è Luigi Ferrajoli, per il quale sarebbe una declinazione concreta, una delle due che egli ritiene centrali, tra le dieci aporie da lui riscontrate nel pensiero kelseniano¹¹. Per Ferrajoli, infatti, il modo in cui Kelsen cerca di dare conto della «possibile irregolarità delle norme prodotte rispetto alle norme sulla loro produzione, è la ben nota e bizzarra tesi della clausola alternativa tacita». Una tesi assurda, afferma Ferrajoli, perché avrebbe come effetto che «la costituzione e per altro verso la legislazione, ammetterebbero o autorizzerebbero, oltre a forme e contenuti conformi e coerenti a quanto da esse “determinato”, anche forme o contenuti “diversi”, cioè non conformi o non coerenti»¹². Non mi soffermo né sulla tesi di Kelsen né tanto meno sui moltissimi rilievi che essa continua a suscitare: sottolineo, invece, che mentre la strategia esplicativa di questo fenomeno può sembrare coerente con un oggetto di studio caratterizzato dall'assenza di un controllo di costituzionalità, un ordinamento flessibile insomma, lo è un po' meno rispetto al diritto del dopoguerra. Dalla lettura della *Reine Rechtslehre* del 1934 emerge con chiarezza quindi che Kelsen ha un'idea del diritto, dell'ordinamento giuridico, coincidente con un ordinamento dinamico-formale a costituzione flessibile. Per dar conto della validità delle norme di questo ordinamento valgono, come requisiti per la loro creazione, esclusivamente modalità formali, e di competenza e di procedura, e, di conseguenza, possono avere qualsiasi contenuto. Questa tesi kelseniana viene confermata, in modo più chiaro, nella *Reine Rechtslehre* del 1960, laddove sostiene che la

¹⁰ Va da sé che la CAT vale anche per la giurisdizione in quanto produzione di una norma individuale (LDPD, p. 115). Critiche severe in J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid: CEC, 1990, p. 83 ss. Si veda anche J. RUIZ MANERO, M. ATIENZA, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel, 1996. Osservazioni simili anche in C. Luzzati (*L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano: Giuffrè, 1990, pp. 383-389), il quale considera la CAT ('previsione alternativa tacita' è l'espressione che usa) una tesi ambigua e insoddisfacente. Ma anche L. FERRAJOLI in *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari: Laterza, 2016, pp. 76-77. Qui, è chiaro, la CAT viene calata in tematiche kelseniane – l'interpretazione, il carattere costitutivo e creativo delle sentenze – che non posso affrontare senza andare oltre l'obiettivo prefisso. Ma sul punto si veda Kelsen, DPD, p. 302.

¹¹ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari: Laterza, 2016, pp. V, 75-79. Si vedano inoltre J. RUIZ MANERO, *On the Tacit Alternative Clause*, in L. GIANFORMAGGIO, S. PAULSON (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino: Giappichelli, 1994, pp. 247-255; L. GIANFORMAGGIO, *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?*, ivi, pp. 257-273; E. BULYGIN, *Cognition and Interpretation of Law*, ivi, pp. 11-35.

¹² *La logica del diritto*, cit., p. 77.

norma fondamentale di un ordinamento dinamico «determina come si devono produrre le norme generali e individuali», e che «una norma appartiene a un ordinamento riposante su tale norma fondamentale perché la si è prodotta nel modo determinato dalla norma fondamentale e non perché essa ha un certo contenuto»; e conclude affermando che «la norma fondamentale fornisce soltanto il fondamento della validità, non però il contenuto delle norme che costituiscono questo sistema»¹³. La reiterazione, nel 1960, di quanto affermato nel 1934 sul concetto di validità, non solo, da un lato, dimostra come, per Kelsen, la trasformazione subita dalle costituzioni dopo il 1945 non abbia mutato le sue idee su questo aspetto, ma conferma anche che l'eventuale creazione di norme contrarie alla costituzione è, ancora una volta, spiegata con la CAT.

Il fatto è, come si sa, che a partire dal 1948, anno dell'entrata in vigore della Costituzione italiana, le cose sono cambiate. Benché possa apparire esagerato parlare di un nuovo paradigma giuridico non credo, comunque, che si possa lealmente negare che l'introduzione della giustizia costituzionale, il suo consolidamento e la sua diffusione, costituiscano un radicale punto di svolta nell'esperienza giuridica. Siamo ora in presenza, quindi, di un modello di costituzione in cui ai "tradizionali" requisiti formali (competenza e procedura) per la creazione di norme giuridiche, si aggiunge un ulteriore requisito: il contenuto. Semplificando, la norma giuridica è tale, nelle costituzioni rigide, se è stata creata da un organo legittimato per creare diritto, se si sono seguite le procedure stabilite e se il suo contenuto non si contrappone al contenuto delle leggi costituzionali. Le costituzioni rigide, è chiaro, costituiscono meccanismi elaborati con l'intenzione precisa di evitare che entrino a formare parte del diritto valido norme che contraddicano le norme costituzionali. Eppure, Kelsen, già "padre" del controllo di costituzionalità nella Costituzione austriaca del 1920, nel 1960 continua a raffigurare il diritto come un sistema dinamico-formale, in cui la norma fondamentale costituisce soltanto il fondamento della validità delle norme ma non il loro contenuto.

Una possibile spiegazione dell'atteggiamento di Kelsen, a mio parere, è che ad ogni modo egli non può non tenere conto di quanto accade nella realtà, ovvero che il legislatore può, di fatto, introdurre nel diritto norme contrarie alla costituzione, tanto in un ordinamento a costituzione flessibile, va da sé, quanto in un ordinamento rigido pur se dotato del controllo di costituzionalità. Egli, quindi, prende atto del fatto che i meccanismi pensati, e dei quali parla anche nel 1934, per evitare la creazione di norme che contrastino coi contenuti costituzionali non raggiungono tale scopo, perché è sempre possibile che il legislatore, nel rispetto delle procedure stabilite, segua "sentieri" diversi da quelli indicati in costituzione. Prendendo atto di questa realtà, a Kelsen non rimane che

¹³ DPD, p. 221.

un'opzione, per cercare di spiegare il fenomeno: la CAT. È d'obbligo, a questo punto, chiedersi, non in modo retorico, come una teoria del diritto, qualsiasi e non soltanto quella kelseniana, può rendere conto di questo dato empirico. La strategia kelseniana, la CAT, ripetuta e nel 1934 e nel 1960, è, appunto, una modalità specifica che in effetti può sembrare almeno bizzarra. Nondimeno, mi pare che la sua efficacia euristica all'interno della sua teoria del diritto non si possa mettere in dubbio, poiché mette in evidenza un tratto caratteristico del diritto. D'altra parte, e qui le critiche acquistano senso, le ripetute asserzioni con le quali egli equipara la validità delle norme alla loro esistenza può suggerire in qualche modo che la CAT funzioni non solo come strumento euristico in relazione al fenomeno descritto, ma sembra, addirittura, legittimarlo, così contraddicendo lo spirito avalutativo quale finalità esclusiva della sua teoria. Su questo la critica più severa a me nota è quella di Ferrajoli, secondo il quale Kelsen non avrebbe teorizzato, «con la figura del diritto illegittimo, generata dal nuovo paradigma costituzionale, l'intero sistema di garanzie da questo implicato ed imposto»¹⁴. Kelsen, a dire di Ferrajoli, ponendo sullo stesso piano la validità delle norme e la loro esistenza, non sarebbe stato in grado di cogliere la novità delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, e non riesce, per questo motivo, a fornire una plausibile spiegazione della divaricazione tra l'essere e il dover essere delle norme in un sistema dinamico quale il diritto¹⁵, e, soprattutto, a «respingere» il diritto «illegittimo»¹⁶. La CAT kelseniana, per Ferrajoli, mi pare di capire, non riesce a spiegare la presenza di norme giuridiche come il *Porcellum*, ma nemmeno la presenza di qualsiasi norma che contraddica la norma ad essa superiore quale fondamento di validità; e, nemmeno – ma questa è un'altra faccenda sulla quale c'è poco da dire in questa sede – l'assenza di quelle norme che devono essere create secondo quanto stabilito nella norma superiore, senza che ciò avvenga¹⁷.

4. Il pensiero di Kelsen che ha in mente Ferrajoli, giustamente, è quello formulato dopo che sono sorte le costituzioni rigide, ovvero i lavori scritti a

¹⁴ *La logica del diritto*, cit., p. VII. Il contesto, che Kelsen non avrebbe considerato a sufficienza, è quello delle costituzioni rigide, dato che tra il 1934 e il 1960 le sue tesi al riguardo rimangono invariate.

¹⁵ Sono innumerevoli i luoghi dove Ferrajoli tratta questo aspetto. Per tutti: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 71, n. 16; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari: Laterza, 2013, p. 39 ss. La critica è rivolta, a dire il vero, anche a Norberto Bobbio (si veda, di questi, *Teoria della norma giuridica* (1958), ora in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, p. 24).

¹⁶ *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 72 ss.

¹⁷ Sono, rispettivamente, le antinomie e le lacune nello Stato costituzionale di diritto, secondo la ridefinizione più volte proposta da Ferrajoli; su questo cfr. *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 61-65.

partire dall'ultimo scorcio degli anni '40; e non, mi pare, il pensiero di Kelsen antecedente, quello espresso nella prima edizione della dottrina pura e che aveva come oggetto le costituzioni flessibili del periodo. Solo di quest'ultimo tipo di ordinamenti, a me pare, la CAT costituisce una strategia euristica consistente. Mentre, infatti, per dare conto del fenomeno che stiamo esaminando, in un contesto caratterizzato da ordinamenti rigidi, la riproposizione della CAT come strategia esplicativa-descrittiva assume toni molto meno rassicuranti. Anche perché, nel 1960, con la seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, in effetti Kelsen non solo ripropone la CAT quale mezzo esplicativo, ma rinnova pure in modo deciso la sua convinzione, senza dubbio fonte di perplessità, secondo cui sarebbe una *contraddizione in adjecto* sostenere che una legge valida è incostituzionale, e, di conseguenza, che l'espressione "legge incostituzionale" non va presa alla lettera, poiché «può soltanto significare che la legge in questione può essere abrogata, secondo la costituzione», e che, quindi, «fino a quando non è abrogata, la si deve considerare valida, e fino a quando è valida non può essere incostituzionale»¹⁸. Questa affermazione, così perentoria, sommata a la CAT, in qualche modo può avallare le severe critiche di Ferrajoli, ma solo in relazione alla seconda edizione della dottrina pura del diritto, perché, infatti, in relazione alle costituzioni rigide pare non costituire un valido strumento euristico. Se ora concentriamo la nostra attenzione esclusivamente sulla CAT relativamente a questo contesto temporale, dobbiamo constatare che la teoria del diritto dello Stato costituzionale ha di fronte a sé un grosso problema col concetto di validità, la cui complessità coinvolge questioni di metodo non meno che la stessa concezione di ciò che si intende per diritto. L'esempio col quale si è aperto questo lavoro mette in rilievo, infatti, come il concetto di validità, che poteva sembrare scevro di rilievi teorici nello Stato legislativo di diritto, a costituzione flessibile¹⁹, in un ordinamento rigido, come quello italiano, si rivela come un nodo problematico sul quale c'è ancora molto da dire²⁰.

Il *Porcellum*, benché per alcuni osservatori contenesse evidenti profili di incostituzionalità fin dal momento in cui se ne discuteva il disegno, divenne legge dello Stato. Legge valida? Legge incostituzionale? "Pensare" una legge come incostituzionale non la rende tale, nello stesso modo in cui, in un ordinamento giuridico dinamico-formale, "pensare" una legge non la rende valida: incostituzionalità e validità sono l'effetto di un atto volitivo, rilevabile empiricamente. Alla luce di ciò, infatti, Kelsen sembra avere ragione, almeno in parte, quando sottolinea l'ambiguità dell'espressione "legge incostituzionale": il *Porcellum*, in-

¹⁸ DPD, p. 303.

¹⁹ Tutto sommato, una norma era valida a prescindere dal suo contenuto, perché rilevante era solo la forma della sua produzione.

²⁰ E non solo in relazione alla concezione di Kelsen (si veda la nota 87, pp. 66-67 di L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit.).

fatti, diventa incostituzionale solo a seguito della dichiarazione in tale senso della Corte costituzionale e quindi ci sono delle ragioni plausibili per ritenerlo valido come legge dello Stato. Ma qualcosa non torna, comunque. E allora la questione della sua validità, e della validità in generale, appare in tutta la sua complessità. La legge è entrata in vigore, sicuramente: questo fatto l'ha resa valida? Si potrebbe rispondere affermativamente in quanto, come si è detto, essa è rimasta nell'ordinamento italiano e ha, inoltre, disciplinato diversi processi elettorali e questi hanno determinato maggioranze legislative e governi, che a loro volta hanno creato altre leggi e perfino nominato Presidenti della Repubblica. Ma esiste la possibilità di un'altra risposta, più prudente, poiché nonostante avesse superato tutti i passaggi previsti nel processo di creazione legislativa, rimaneva sempre esposta, come poi si è visto, ad una dichiarazione di incostituzionalità: una validità limitata e provvisoria, una risposta forse più aderente alla realtà. Ma solamente, certo, per le costituzioni rigide caratterizzate dal controllo di costituzionalità.

5. La plausibilità di entrambe le risposte evidenzia in modo chiaro la complessità del concetto di validità, con la quale si scontra Kelsen, ma anche chiunque si occupi seriamente di diritto. Come si è visto, infatti, una norma viene introdotta in un ordinamento quando la sua creazione risponde a requisiti tanto formali come sostanziali. L'aspetto problematico è che norme come quella dell'esempio, pur in contrasto, semanticamente, con la costituzione, possono di fatto essere introdotte in un ordinamento. Quindi, pare evidente che i due tipi di requisiti non operino congiuntamente, bensì in modo disgiunto. La norma creata nel rispetto dei requisiti formali può non essere rispettosa dei requisiti sostanziali, eppure comunque fare parte di un ordinamento e porsi come fonte per la creazione di altre norme. Questo è il dato empirico, come dimostra l'esempio dal quale sono partito. La questione in gioco è cosa fa una teoria del diritto per rendere conto di questa realtà.

Se si pretende, al di là della realizzabilità dell'oggettivo, che la teoria abbia come scopo soltanto la descrizione del diritto così com'è, allora la strategia kelseniana della CAT non è altro che una tra altre strategie possibili. Una strategia che sembra plausibile, di primo acchito, nel contesto degli anni '30 del secolo scorso, all'interno di una cornice esclusivamente descrittiva; peccato, tuttavia, che Kelsen sembri avere in mente soltanto il diritto così come, in generale, si presenta in quel momento storico, con pochi riferimenti all'esperienza austriaca del 1920, e cioè a un diritto altro. Così facendo, mi pare, la portata euristica della sua teoria appare meno plausibile. D'altra parte, come ormai pare acquisito nella recente letteratura, qualsiasi teoria del diritto, volente o nolente, ha una componente normativa irrinunciabile (i teorici anche quando pretendono di de-

scrivere in realtà prescrivono). Da questo punto di vista la CAT kelseniana risulta problematica, perché sembrerebbe ridurre il concetto di validità alla sola dimensione dell'esistenza, in qualche modo legittimando, mi rendo conto che uso un vocabolo assai compromesso, l'esistenza di norme – generali ma anche individuali – la cui creazione non rispetta tutti i requisiti delle norme superiori, soprattutto nel caso di norme contrarie alle leggi costituzionali.

6. A me pare, a questo punto, che ci siano buone ragioni per aderire alla tesi, già presenti nei lavori pionieristici di Uberto Scarpelli²¹, secondo cui, in effetti, qualsiasi teoria del diritto incorpora al suo interno, accanto a una dimensione descrittiva, una palese valenza normativa. Luigi Ferrajoli, tra altri²², si è fatto un deciso sostenitore di questa doppia dimensione della teoria del diritto, spingendosi oltre, rispetto a Scarpelli, laddove afferma che la teoria ha sì il compito di descrivere la presenza di norme, come il *Porcellum*, ma pure quello di denunciarle e combatterle, nella cornice dello Stato costituzionale di diritto²³. In più lavori Ferrajoli ha richiamato l'attenzione, cogliendo il problema, sulla differenza tra l'atto di creazione di una norma e il suo significato, da cui deriverebbero una validità formale e una validità sostanziale, rispettivamente²⁴. La validità formale ferrajoliana, dipendendo dall'atto di creazione, è da intendersi, se non vado errato, come qualcosa di diverso rispetto ai requisiti formali (di competenza e di procedura), poiché il verificarsi di tale atto può dare luogo a norme rispettose e dei requisiti formali e di quelli sostanziali, ma anche a norme rispettose soltanto dei primi, e non dei secondi²⁵. Non mi soffermo sui dettagli della articolata proposta di Ferrajoli, già esaminata approfonditamente da altri²⁶, perché il fatto rilevante è, infatti, che norme come il *Porcellum* rap-

²¹ Cfr. *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965. Le tesi sostenute da Scarpelli, è noto, hanno dato a luogo ad una profonda discussione a proposito del giuspositivismo come teoria del diritto. Non posso, qui, esaminare la questione, ma rimando al mio *El iupositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho*, in *Derechos y Libertades*, 42, 2020, pp. 167-201.

²² Tra i quali, come esempio, M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa: ETS, 2010.

²³ Per tutti: *La logica del diritto*, cit., p. 179 ss., cap. VIII intitolato proprio "La logica del diritto e l'illusione di una scienza giuridica puramente descrittiva".

²⁴ *Ibidem*, p. 70.

²⁵ Sul punto: P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Non sola auctoritas facit legem. Il costituzionalismo logico di Luigi Ferrajoli*, prefazione a L. FERRAJOLI ET AL., *Il dover essere del diritto. Un dibattito sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, Torino: Giappichelli, 2020, pp. IX-XXIV, pp. XII-XIII.

²⁶ Cfr. G. PINO, *Tre aporie nell'opera di Luigi Ferrajoli*, in L. FERRAJOLI ET AL., *Il dover essere del diritto*, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, cit., pp. 205-217.

presentano un dato empirico non eludibile che deve essere spiegato dalla teoria del diritto nella sua dimensione descrittiva. Sul piano pratico, un piano diverso ovviamente, la teoria transita inevitabilmente verso una dimensione normativa, la quale, tuttavia, non può affatto prescindere dal contesto temporale contingente in cui si colloca. Ciò che voglio dire è che sarebbe da apprezzare la teoria del diritto che apertamente denunci la presenza di norme che non ci dovrebbero essere e, che, d'altro canto, si batta affinché ci siano norme che ci dovrebbero essere, nella cornice dello Stato costituzionale di diritto²⁷. Ma in entrambi i casi dietro la teoria ci sarebbe una chiara presa di posizione valutativa in relazione ai contenuti delle costituzioni del secondo dopoguerra e ai valori da queste incorporati; si tratterebbe, quindi, di una teoria del diritto dello Stato costituzionale. Una teoria questa, che a differenza di quella di Kelsen, che a dire di Ferrajoli finisce per eliminare la dimensione statica, e sostanziale, del diritto, in favore della dimensione dinamica e formale, ritiene tali dimensioni elementi irrinunciabili per cogliere le caratteristiche dello Stato costituzionale²⁸. Può sembrare, infatti, che nel riproporre la CAT anche nel 1960, in presenza quindi di costituzioni rigide, vi sia in Kelsen questa rimozione. Un'impressione che, tuttavia, almeno in parte, va considerata anche alla luce delle sue osservazioni sul fatto che una norma contrastante con la costituzione può essere espulsa dal sistema se questo contiene degli strumenti creati a tale fine. In questo senso, anche in ragione delle opere più "politiche"²⁹, benché sempre ancorate alla teoria del diritto, probabilmente non v'è, o non v'è del tutto, tale rimozione, bensì una disincantata constatazione del fatto che il legislatore può creare norme il cui contenuto contrasta con la costituzione, e che queste restano all'interno di un ordinamento, sia pure rigido, e nel sistema delle fonti del diritto fintanto che, e se, vengono dichiarate incostituzionali. Certo, nella sua formulazione linguistica la CAT è un'espressione piuttosto sfortunata, che pare accreditare, ma anche giustificare, l'idea che il legislatore sia autorizzato a creare una norma il cui contenuto contrasta con i requisiti sostanziali delle norme che regolano la sua produzione (oppure il giudice a decidere in un modo contrario a diritto). Una chiave di lettura che tenga conto anche del pensiero politico-costituzionale del suo autore, così come pure della sua concreta partecipazione

²⁷ Tenendo conto, tuttavia, che la teoria – anche in chiave normativa – non può materialmente sostituirsi agli organi legittimati per la produzione e trasformazione del diritto positivo. Sul punto P. CHIASSONI, *Logica del ed egemonia culturale*, in L. FERRAJOLI ET AL., *Il dover essere del diritto*, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, cit., 2020, pp. 45-63, p. 53.

²⁸ Non posso qui ripercorrere le diverse fasi del pensiero kelseniano a proposito di queste due dimensioni del, o approcci al, diritto, sulle quali esiste un'ampia letteratura. Vid. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., p. 117 e la bibliografia ivi citata.

²⁹ Ho in mente, soprattutto, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* (1928) e *Chi dev'essere il custode della Costituzione?* (1931), in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano: Giuffrè, 1981.

nella nascita della costituzione austriaca, a me pare che ci autorizzi, invece, a collocare la CAT nella dottrina pura del diritto quale fattore che cerca di spiegare come, di fatto, sono create le norme, senza farne oggetto di un giudizio di valore. Mi chiedo, a questo punto, se la CAT, limitandoci alla dimensione descrittiva della teoria³⁰, presupposto necessario per collocarsi consapevolmente in una prospettiva normativa che tenga conto della dimensione sostanziale del diritto, sia del tutto da respingere, oppure se non costituisca, tuttora, un valido strumento attraverso il quale spiegare, non giustificare, le pratiche concrete attraverso le quali avviene la creazione della legge in ogni ordinamento, non solo in relazione allo Stato costituzionale di diritto³¹.

³⁰ A questo proposito Ferrajoli parla del contributo conoscitivo più importante e interessante della scienza giuridica. Cfr. *Logica del diritto e diritto illegittimo. Repliche*, in L. FERRAJOLI ET ALII., *Il dover essere del diritto*, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, cit., pp. 323-373, p. 372.

³¹ A una conclusione per certi versi simili giunge Ferrajoli, sia pure nella radicalità delle sue critiche, quando riconosce, nonostante tutto, la centralità e l'attualità del pensiero di Kelsen. Vid. L. FERRAJOLI, *Logica del diritto, metodo assiomatico e garantismo. A partire da Kelsen*, introduzione a L. FERRAJOLI ET AL., *Il dover essere del diritto*, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, cit., pp. 1-23; ID., *Logica del diritto e diritto illegittimo. Repliche*, *ivi*, pp. 323-373, p. 368.

L'ILLUSIONE SOVRANISTA *

Francesco Riccobono

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I due sovranismi. – 3. L'illusione della sovranità.

1. *Introduzione*

Il lessico politico e teorico-politico registra, in questi ultimi tempi, un forte incremento dell'uso del neologismo “sovranismo”¹. Vi è certamente un significato generico di “sovranismo”, espresso con molta chiarezza dal *Vocabolario Treccani*. “Sovranismo” denoterebbe una «posizione politica che propugna la difesa o la riconquista della sovranità nazionale da parte di un popolo o di uno Stato, in antitesi alle dinamiche della globalizzazione e in contrapposizione alle politiche sovranazionali di concertazione». Molte delle più recenti riflessioni su “sovranismo” partono da questa generica definizione, per sviluppare poi un'analisi approfondita dei molteplici aspetti del fenomeno e delle controversie teoriche che ingenera². La varietà delle esperienze storico-politiche e delle posizioni teoriche che si possono nominare “sovraniste” o che così si autodefiniscono è, infatti, tale da suggerire il ricorso alla flessione plurale “sovranismi” proprio per sottolineare la natura rigorosamente plurale del termine, comprensiva di storie di luoghi e di storie di idee non riconducibili a un unico modello. Può dirsi che un'ideologia sovranista abbia ispirato l'America di Trump e che continui ad ispirare l'Ungheria di Orbán³. Un'impronta sovranista può ritrovarsi anche lad-

* *Questo lavoro è destinato agli* Scritti in onore di Patrizia Borsellino, *amica e collega lungo una vita di studio.*

¹ Sulle prime esperienze storiche “sovraniste” e sull’“invenzione del sovranismo” vedi A. MASTROPAOLO e A. MASTROPAOLO, *Sovranismi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2019, pp. 87-90.

² Vedi, ad esempio, in *Parole-chiave*, n. 3, nuova serie, 2020, *Sovranismi*, i contributi di I. DOMINIJANNI, *La trappola sovranista* e N. URBINATI, *Un'analisi critica del sovranismo*.

³ Vedi, per quanto riguarda Trump, M.R. FERRARESE, *Sovranismi e dadaismo istituzionale* e L. CELADA, *America First! Il melting pot denaturalizzato di Trump*, e, per quanto riguarda Orbán, S. BOTTONI, *Una geocultura sovranista. Origini e forme dell'egemonia culturale conservatrice in Ungheria*. Saggi compresi nel fascicolo di *Parole-chiave* sopra citato.

dove il lessico politico nazionale non abbia ancora riconosciuto l'uso del termine. È il caso del Brasile di Bolsonaro e della Russia di Putin⁴. “Sovranisti” possono senz'altro nominarsi partiti e movimenti che, in Italia come in Francia, in Spagna e in Germania, portano avanti una linea politica in cui populismo e nazionalismo si combinano in diverse proporzioni. Questa evidente contiguità concettuale con “populismo” e “nazionalismo” ovvero questa miscela di “populismo” e “nazionalismo” che è parte integrante degli esperimenti sovranisti permette una identificazione autoritaria e conservatrice del sovranismo, seppure, negli ultimi anni, abbia preso forma una rivendicazione democratica e riformista in termini sovranisti. Visioni e strategie sovraniste possono, quindi, attecchire tanto in contesti “di destra” quanto in contesti “di sinistra”. La prima situazione è riscontrabile con maggior frequenza e investe tanto realtà storico-politiche quanto correnti di pensiero; la seconda ricorre in un numero ristretto di casi, limitati, per lo più, ad un ambito intellettuale con poche ricadute reali. Le due varianti trovano medesimo alimento nei guasti dell'espansionismo neoliberista ovvero nel plateale esproprio della sovranità dei popoli ad opera del globalismo capitalistico che invade e usurpa le sfere di sovranità statale. Se il bersaglio critico presenta dei punti comuni, le risposte sono, in verità, difficilmente comparabili, anzi profondamente diverse.

2. I due sovranismi

Operando ad un alto livello di astrazione sulle diversità dei sovranismi “di destra” e “di sinistra” e volendo non fermarmi alle etichette “destra” e “sinistra” che pure detengono un valore conoscitivo non indifferente nell'analisi del fenomeno sovranista⁵, possono, a mio parere, distinguersi due tipologie di sovranismi, i *sovranismi dell'identità* e i *sovranismi dell'autodeterminazione*.

Ideologie sovraniste identitarie connotano soprattutto l'azione delle nuove destre, di leader politici reazionari e di movimenti populistici retrivi. Queste soggettività e questi soggetti si ritrovano nel culto di un “noi” costruito su una presunzione di superiorità verso gli “altri” e su una predicazione di chiusura verso l'esterno. Si tratta sostanzialmente di una autorappresentazione idealizzata

⁴ Sempre in *Parole-chiave*, cit., vedi, rispettivamente, G. TOSI, *Brasile: populismo autoritario e neoliberalismo. L'attacco eversivo di Bolsonaro alle istituzioni democratiche* e A. ROCCUCCI, “*Democrazia sovrana*” e *soggettività geopolitica. Il dibattito politico in Russia nel primo decennio del XXI secolo*.

⁵ Mi riferisco al saggio di E. FASSIN, *Il neo-liberismo, il populismo e la sinistra*, in *Parole-chiave*, cit., dove l'Autore rivaluta la distinzione tra destra e sinistra, rimarcando la diversità tra le due forme di protesta. Quella di destra improntata al risentimento e mobilitata sulla difesa dei privilegi minacciati; quella di sinistra improntata all'indignazione e impegnata nella promozione dell'eguaglianza.

dell'io velleitario, organizzata intorno ad una costruzione solipsistica della realtà. La parola che sta dietro al "noi" è "comunità", una comunità che evoca inquietanti omogeneità etnico-culturali e si richiama ad un comune sentire, ad una comunanza di costumi e di fini, discendenti dall'accettazione istintiva di un medesimo universo di valori. Il sovranismo dell'identità è nostalgico e intollerante. La nuda presenza dell'altro è avvertita come minaccia ed espropriazione di un patrimonio tramandato di terra e cultura. La narrazione del sovranismo identitario vorrebbe, a questo punto, che il popolo reagisca a tali minacce e a tali espropriazioni, per lo più presunte, con la rivendicazione di antiche prerogative sovrane da attribuire ai propri capitani. Una investitura di poteri, che si vorrebbero assoluti ed eccezionali, non limitati dal rispetto di regole e convenzioni. Il sovranismo dell'identità è, per sua stessa natura, antidemocratico⁶. È antidemocratico poiché, nel suo richiamo comunitario, non riconosce la liberazione individuale che è elemento essenziale delle società democratiche. È antidemocratico poiché il popolo, che reclama la decisione strappatagli da consessi internazionali e sovranazionali, è contemplato come una compatta entità naturale, lontana da quell'insieme di individui pensanti e ragionevoli capace di esprimere la decisione democratica: il popolo, nel sovranismo identitario, è massa unanime modellata ieri dall'assemblea di popolo che non conosceva dissensi e oggi dalle strategie comunicative che soffocano le voci dissonanti. È antidemocratico, infine, poiché la volontà popolare è del tutto assorbita nella concreta volontà del leader di turno, che si presenta ieraticamente come *vox populi*.

Il sovranismo dell'autodeterminazione è la tipologia sovranista adottata dal pensiero e da movimenti politici di sinistra, complessivamente con ridotto seguito e modesto successo. L'obiettivo polemico è anche qui – come sopra accennato – il paradigma economico neoliberista e l'irreparabile degrado conseguenza della globalizzazione. E anche qui vi è una convinzione sulla possibilità che la sovranità nazionale possa costituire un freno alla deriva neoliberista. Una sovranità nazionale ovviamente concepita in maniera diversa dalla sovranità nazionale delle destre, alle quali si ritiene necessario contendere l'utilizzo esclusivo e riconosciuto del concetto. Si delinea così una via democratica alla sovranità nazionale, imperniata sull'idea di sovranità popolare come autogoverno di cittadini liberi, uguali e solidali. Il sovranismo dell'autodeterminazione non fa riferimento al popolo come a un tutt'uno omogeneo naturalisticamente inteso ma al popolo come soggettività politica da costruire nella consapevolezza delle fratture e dei

⁶Nella descrizione del populismo sovranista di destra e della sua offerta politica, alcuni autori sottolineano una pretesa "riconciliazione" con la democrazia, in realtà quasi un'"appropriazione" del regime democratico. Cfr. A. MASTROPAOLO e A. MASTROPAOLO, *Sovranismi*, cit., p. 91. Si tratterebbe, effettivamente, di una «radicale revisione» dell'idea democratica nella direzione di «una democrazia plebiscitaria e fondamentalmente illiberale», fondata su «un legame diretto tra il leader e gli elettori che lo investono» (*ibidem*), e non soggetta né ai principi dello Stato di diritto né al rispetto dei diritti della persona.

conflitti che attraversano e dilanano la società civile⁷. La sovranità popolare uscirebbe, pertanto, dal cono d'ombra della declamazione simbolica (e retorica) per definirsi come concreta ingegneria della democrazia partecipativa.

3. *L'illusione della sovranità*

È stato sostenuto con acutezza che il plesso sovranista rappresenti, in realtà, una torsione disciplinare e securitaria del neoliberalismo illiberale. L'antagonismo sovranista nei confronti del neoliberalismo sarebbe soltanto un antagonismo di facciata che cela la persistenza dei medesimi modelli concettuali. In sostanza: «il soggetto del sovranismo è uno sviluppo del soggetto neoliberale pur presentandosi come la sua vittima in cerca di risarcimento»⁸. Questa fondata asserzione sull'orbita dei sovranismi che ricadrebbe nel campo gravitazionale del neoliberalismo esprime una pesante critica demolitoria delle finalità sovraniste, svelate nella loro consistenza illusoria. I sovranismi fornirebbero una soluzione ingannevole al degrado indotto dalle dinamiche globalizzate del neoliberalismo, anzi ne rafforzerebbero il presupposto concettuale di una soggettività confinata egoisticamente nel privato, proprietaria, narcisistica e aggressiva e, nello stesso tempo, disponibile alla manipolazione mediatica e complice preda dei «principi selettivi del mercato e della concorrenza»⁹.

La critica sopra riportata bene si accompagna a un'ulteriore considerazione. Vi è uno scarto reale difficilmente colmabile tra la denuncia degli effetti perversi della globalizzazione e la soluzione proposta in termini di rilancio della sovranità statale, comprensiva di sovranità nazionale e sovranità popolare. La logica sovranista sarebbe, in sostanza, affetta da una contraddizione reale – riprendendo

⁷In questo significato vedi il cap. 4 *La costruzione di un popolo* di CH. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Bari-Roma: Laterza, 2018, dove l'Autrice spiega, nel solco del pensiero di Ernesto Laclau, che «una strategia populista di sinistra è permeata da un approccio antiessenzialista secondo cui il “popolo” non è un referente empirico ma una costruzione politica discorsiva. Non esiste prima della sua articolazione performativa e non può essere catturato dalle categorie sociologiche» (p. 60). La costruzione di un “popolo” avviene «intorno a un progetto che affronta le diverse forme di subordinazione, dominio e discriminazione» (p. 59). Laclau aveva trattato diffusamente la questione nella Parte seconda *Costruire il “popolo”* di *La ragione populista*, Bari-Roma: Laterza, 2019 (ed. or. E. LACLAU, *On populist Reason*, London: Verso, 2005). Sulla costruzione del popolo in Laclau vedi le acute osservazioni critiche di G. MARRAMAO, *Sulla sindrome populista. La delegittimazione come strategia politica*, Roma: Castelvecchi, 2020, pp. 31-38, soprattutto pp. 36-37, dove l'Autore individua il punto debole della teoria del populismo di Laclau nella «fragilità del progetto di ricomposizione di differenze che, nella nuova costellazione globale (comunque la si interpreti o rappresenti), appaiono difficilmente omologabili a un'idea di popolo e di politica confinata al paradigma nazionale».

⁸I. DOMINIJANNI, *La trappola sovranista*, cit., p. 25.

⁹*Ibidem*, p. 22.

ancora le parole di Ida Dominijanni – tra «dimensione globale del problema e dimensione nazionale della risposta»¹⁰. La sproporzione è evidente ed è anche convincente indizio del velleitarismo sovranista. Ma non è solo questione di dimensioni di fenomeni e processi reali. È anche questione di adeguatezza conoscitiva e pratica delle categorie utilizzate – oserei dire riesumate – per la costruzione di una risposta oppositiva. La capacità conoscitiva e orientativa del mondo politico di categorie come “sovrànità” e “popolo”¹¹ credo che costituisca un problema, un problema che impone alla sinistra sovranista, in virtù di una tradizione anti-ideologica e critica del pensiero di sinistra, di non accontentarsi delle buone e sincere intenzioni di denuncia degli effetti perversi della globalizzazione sulla vita dei cittadini e sulla formazione della decisione democratica ma di interrogarsi sugli statuti teorici delle categorie che si vorrebbero portatrici di una desiderata riscossa democratica. Medesima richiesta non può, a mio parere, essere avanzata nei confronti del pensiero sovranista di destra, chiuso in un'ipotesi identitaria su base etnica che inibisce ogni riflessione che oltrepassi la soglia di una considerazione condizionata da un forte retaggio pseudo-naturalistico¹².

Per il sovranismo di sinistra è, dunque, essenziale il disegno di «una via democratica al recupero della sovranità nazionale»¹³, nella convinzione che lo Stato nazionale sia «l'unica arena nella quale possano confrontarsi i decisori e i destinatari delle decisioni»¹⁴, ovvero dove possa installarsi una dialettica democratica che confermi il popolo come titolare della sovranità tanto in senso politico quanto in senso giuridico e l'apparato statale nella sua funzione di attuazione degli «intendimenti maturati entro la comunità dei governati»¹⁵. Alla sovranità dello Stato nazionale deve, così, corrispondere la sovranità popolare come sovranità nello Stato, una sovranità popolare contraddistinta dalla «partecipazione diffusa alla definizione dell'indirizzo politico»¹⁶ e blindata nella sua accezione di

¹⁰ *Ibidem*, p. 13. Per l'Autrice la drammatica gestione della pandemia offre una riprova della concreta incidenza di questa contraddizione. Anche N. URBINATI mette in risalto l'inadeguatezza della rivendicazione del potere sovrano degli Stati nazionali di fronte all'espansione globale dei nuovi potentati economico-finanziari e alle loro strategie giuridico-istituzionali (cfr. *Un'analisi critica del sovranismo*, cit. pp. 49-50).

¹¹ Sulle interpretazioni di “popolo” vedi il cap. II, *Il vero popolo e la sua maggioranza*, di N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna: il Mulino, 2020.

¹² Ciò anche nei suoi rappresentanti culturalmente più avveduti. Vedi G. VALDITARA, *Sovranismo. Una speranza per la democrazia*, Milano: Book Time, 2017, il quale, partendo dall'assunto che le identità siano il fondamento della sovranità, lega l'identità «alla famiglia, alla propria casa, al territorio dove si è nati o che si è stabilmente eletto come proprio e dunque innanzitutto alla patria come luogo di appartenenza, non a caso la “terra” dei “padri”, ovvero degli antenati» (p. 65).

¹³ A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma: DeriveApprodi, 2018, p. 12.

¹⁴ *Ibidem*, p. 122.

¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶ *Ibidem*, p. 87.

«autogoverno di cittadini liberi e uguali»¹⁷, sensibili altresì alla solidarietà e consapevoli dell'esistenza di conflitti sociali non semplicisticamente sterilizzabili a livello politico. La sovranità popolare, così concepita all'interno di uno Stato nazionale senza chiusure nazionaliste e connessa strettamente alla promozione di libertà ed eguaglianza pure e soprattutto nella forma evoluta della libertà dal bisogno e della eguaglianza sostanziale, acquisterebbe, in tale visione, una consistenza concreta, conquisterebbe, insomma, «la dignità di concetto non meramente simbolico»¹⁸.

L'uscita dal “meramente simbolico” e l'entrata in una dimensione “effettiva” della sovranità popolare è, probabilmente, il sogno di ogni sincero democratico. Che ciò sia avvenuto o che possa avvenire comporterebbe lo svanire della illusione della democrazia, ovvero contenere la delusione che ha accompagnato, nella storia, i tentativi di tradurre in realtà le aspirazioni democratiche. Al contrario, non mi sembra insensato richiamare l'attenzione su quanto sia facile che tale illusione permanga. Il dubbio investe tanto l'attuale natura del sovranismo quanto la disponibilità del concetto “sovranità” ai fini del sovranismo democratico. Sul primo versante, conviene ricordare la prudenza di un autorevole autore che, pur vedendo nelle a volte «contraddittorie richieste di sovranità il sintomo dell'esigenza di ritrovare un approccio integrale, ed emancipativo, alla politica»¹⁹ e pur valorizzando le istanze sovraniste di difesa e restaurazione della democrazia puntando su un recupero della sovranità come bisogno di autodeterminazione nell'epoca della massima espropriazione individuale prodotta dai meccanismi economici globalizzati e dagli organismi politici sovranazionali, non può escludere completamente che «il sovranismo sia tanto una forza di disincanto – poiché sa dire che il re è nudo – quanto una nuova illusione dei popoli»²⁰. Sul secondo versante mi sembra che la ricorrente critica di “anacronismo” rivolta al recupero della sovranità non basti per definire “illusoria” l'operazione del sovranismo democratico. Lo stesso Galli ammette che si è di fronte ad un «ritorno dell'inattuale»²¹ ma ciò non deve, in ultima analisi, costituire problema poiché «la sovranità sussiste, insomma, anche nel mondo contemporaneo»: «Nel complesso, siamo nell'epoca non dell'assenza di sovranità ma della sovranità

¹⁷ *Ibidem*, p. 39.

¹⁸ *Ibidem*, p. 75.

¹⁹ C. GALLI, *Sovranità*, Bologna: il Mulino, 2019, p. 149. Verso il “bisogno di sovranità” sostenuto da Galli muove almeno due considerevoli obiezioni P. COSTA in *Stato, soggetti, diritti. A proposito di Sovranità di Carlo Galli*, in *Parole-chiave*, cit. La prima sul problematico rapporto tra sovranità e l'«articolata rete di diritti, composta dai diritti sanciti dalle costituzioni e dai diritti introdotti negli ordinamenti nazionali grazie agli apporti dell'ordinamento internazionale e sovranazionale» (p. 99). La seconda sulla necessità di individuare «il ‘soggetto collettivo’ che possa oggi rispondere nel modo più efficace al sempre attuale ‘bisogno’ di sovranità» (p. 100).

²⁰ C. GALLI, *Sovranità*, cit., p. 139.

²¹ *Ibidem*, p. 129.

squilibrata, sconnessa, anomica, intermittente»²². In verità quelli che dovrebbero essere i caratteri della sovranità contemporanea ne sono i suoi caratteri costitutivi fin dalla sua origine moderna, portati alla luce dalla dottrina giuridica e politica novecentesca con acume realistico. Il recupero della sovranità non è illusorio perché la sovranità è concetto antico, il recupero della sovranità è illusorio perché la sovranità è essa stessa un concetto illusorio a valenza prettamente simbolica. La sovranità può dirsi un concetto debole, una finzione ideologica ovvero un'insidiosa costruzione mentale diretta a occultare più che a spiegare i meccanismi del potere politico. La crisi della sovranità dal Novecento fino ai nostri giorni non è un processo reversibile ma un processo in certo qual modo definitivo. La dottrina ne ha da tempo preso consapevolezza, soppiantando la maestosa rappresentazione della sovranità nella sua potenza assoluta con l'immagine sempre più sbiadita di una sovranità afflitta da insuperabili limiti fattuali e incanalata entro precisi limiti giuridici e sempre più contraddittoria nell'incapacità di prevedere la coesistenza di più Stati sovrani. In sostanza, la raffigurazione dottrinale ci offre l'immagine di una sovranità priva dei suoi tradizionali attributi e, invece, avviluppata in una inestricabile rete di reciproci condizionamenti. Non per altro la dottrina ha coniato metafore – il “crepuscolo della sovranità”, il “tramonto della sovranità”²³ – che non sembrano alimentare l'attesa di una sua seconda vita.

²² *Ibidem*, p. 124.

²³ Ci si riferisce, rispettivamente, a A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma: Donzelli, 2002, e A. CARRINO, *Kelsen e il tramonto della sovranità*, in *Democrazia e diritto*, 1989, 4/5, rist. in ID., *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli: Rubbettino, 2014.

DATA GOVERNANCE E CONSENSO INFORMATO

*Andrea Rossetti**

SOMMARIO: 1. Definire il consenso. – 2. Le regole degli Stati Uniti per il eIC. – 3. Le app per la ricerca medica e il consenso. – 3.1. L'uso delle app. – 3.2. La diffusione delle app. – 3.3. I problemi nell'uso delle app. – 4. DICE (Digital Informed Consent Experience). – 5. Conclusioni.

L'orologio che ho al polso monitora costantemente il mio battito cardiaco, ogni ora verifica la percentuale di ossigeno che ho nel sangue, ogni notte misura il numero di ore che dormo (individuando quanto del mio sonno sia stato REM), conta il numero di passi che faccio in una giornata; la mia bilancia registra il mio peso e la mia massa grassa. Anche senza l'orologio smart che ho al polso (così intelligente da segnare persino l'ora), il cellulare che ho costantemente con me è in grado di rilevare un'ampia serie di dati che riguardano il mio corpo. E tutti questi dati vengono, attraverso una connessione Bluetooth, periodicamente trasmessi all'app sul mio cellulare che li spedisce nel cloud dell'azienda che ha prodotto il *device*; nell'immensità del cloud i miei dati sono analizzati e poi rispediti sul telefono con una serie di informazioni che dovrebbero migliorare la mia salute. Quando ho installato l'app ho sicuramente accettato i termini d'uso, l'informativa per il trattamento dei dati, fornito il consenso necessario affinché il trattamento abbia una valida base giuridica. Ma quanto sono realmente consapevole dell'uso che di quei dati si può o si potrà in futuro fare? Quanto il consenso che ho dato con eccessiva leggerezza è realmente informato?

1. *Definire il consenso*

La storia del consenso basato su informazioni corrette che permettano a un soggetto di prendere decisioni consapevoli e razionali affonda le sue radici in molteplici discipline e contesti sociali, compresi quelli delle professioni sanita-

* Ringrazio Albina Perri per l'aiuto nella revisione finale.

rie, del diritto, delle scienze sociali e comportamentali e della filosofia morale. Negli ultimi anni, i problemi legati al consenso hanno assunto anche nel linguaggio comune il lessico e i concetti provenienti dal diritto e sono stati applicati a discipline con metodi e obiettivi distinti, svolgendo funzioni sociali e giuridiche molto diverse. Mi occuperò solo di due casi in cui il diritto ha a che fare con il consenso: il consenso informato nel caso di interventi medici e il consenso nel caso del trattamento dei dati personali¹. Chiunque nella sua vita abbia avuto a che fare con un intervento medico, sa che prima di essere sottoposti alla procedura medica, l'operatore sanitario spiega i possibili rischi annessi, dando talvolta numeri di cui il paziente non è in grado di capire il reale significato. La discussione su ciò che il "medico ragionevole" dovrebbe fare per informare i suoi pazienti appare, probabilmente, per la prima volta nel 1767 e il concetto legale viene stabilizzato negli Stati Uniti all'inizio del 1900 per i casi chirurgici, principalmente per sollevare i chirurghi dall'accusa di "intervento non autorizzato" e danno intenzionale². Dal punto di vista giuridico, per il consenso informato, in Italia, la base legale è il terzo comma dell'art. 1 della legge n. 219/2017: «Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

L'esperienza del consenso nel caso del trattamento di dati personali è ampiamente diffusa e nella vulgata giornalistica delle regolamentazioni della privacy sembra che il consenso sia l'unica base giuridica possibile, mentre è solo una delle possibili basi giuridiche. Ciò che invece è obbligatorio è l'informativa sul trattamento, la comunicazione (non obbligatoriamente in forma scritta) con la quale si informa l'utente interessato delle finalità e della modalità del trattamento dei suoi dati; ma la base giuridica del trattamento non è necessariamente il

¹ È ovvio che il consenso sia alla base di ogni relazione giuridica che sia in qualche modo contrattuale; in generale, e riprendendo alcune idee dal fenomenologo tedesco Adolf Reinach, una relazione giuridica di questo tipo può essere considerata valida solo se il presupposto del consenso è che esso sia libero, ossia il soggetto ha anche altre possibilità d'azione, esplicitamente fornito e intenzionale, nel senso che questo termine assume nell'ambito della fenomenologia di Edmund Husserl.

² D.J. MAZUR, *Court viewpoints and medical decision making*, MDM, vol. 6, no. 4, 1986, pp. 224-230.

consenso; può essere, ad esempio, la fornitura di servizi: una biblioteca a distanza, ossia una biblioteca che spedisca a casa i libri, non ha bisogno del consenso dell'iscritto per trattare legittimamente il suo indirizzo di casa; senza poter trattare quel dato la biblioteca non sarebbe in grado di raggiungere lo scopo per il quale l'utente si è iscritto, ossia ricevere i libri. La base giuridica del consenso nel campo del trattamento dei dati è il comma a dell'art. 1 del GDPR: «Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: (C40) a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; (C42, C43)». Nel trattamento dei dati inerenti a una ricerca scientifica, il consenso dell'interessato è implicito nel consenso informato; è presupposto perché la ricerca possa avere una base non solo giuridica ma anche etica; quando si parla di “consenso al trattamento” nel campo dei dati, il consenso è una base legale residuale alle altre forme di consenso previste dalla norma³. Anche in questi casi, comunque, il consenso: «dovrebbe essere prestato mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale»⁴. Inol-

³ Uso il termine “trattamento” nel senso definito nel GDPR. Recita il primo comma dell'art. 6, Liceità del trattamento, nel GDPR nella sua ufficiale traduzione italiana: «Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;

b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;

c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;

d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;

e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;

f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti.».

⁴ Considerando il punto 32 del GDPR, che prosegue: «Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità. Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste. Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso.».

tre, il considerando 33 prevede esplicitamente che nel caso in cui non sia possibile individuare pienamente la finalità del trattamento quando i dati vengano raccolti a fini scientifici, agli interessati dovrebbe essere concesso di prestare il proprio consenso solo in quei settori della ricerca in cui vi sia rispetto delle norme deontologiche.

Anche se, presi separatamente, questi due framework normativi sono complicati e la loro applicazione ai casi concreti spesso non è semplice, non sono privi di relazioni e il concetto fondamentale di consenso in essi implicito è, almeno *prima facie*, molto semplice: da una parte c'è la responsabilità dell'attore rispetto alle azioni che egli compie (siano esse trattamento di dati o un intervento medico); dall'altra c'è l'autonomia della scelta del soggetto che patisce l'azione; il consenso è ciò che unisce questi due punti di vista da cui un trattamento può essere visto.

Quello che qui mi preme sottolineare è che i due ambiti del consenso (consenso informato e informativa sul trattamento dei dati) vengono a legarsi inestricabilmente con la diffusione di *device* mobili che le persone portano su di sé per tutta la giornata e che permettono di registrare dati in un modo che fino a una decina di anni fa era impensabile. I dispositivi mobili e le loro applicazioni per la salute creano nuovi rischi alla ricerca, rischi che dipendono dalla mole di dati significativamente maggiore che si può trattare rispetto al passato; inoltre, se la ricerca tramite un'applicazione non è fisicamente invasiva, espone comunque i partecipanti al rischio di lesioni della dignità personale, danni psicologici, economici e sociali che devono essere individuati, analizzati e minimizzati: ad esempio, utilizzando i test genetici DTC, archivi di dati accessibili al pubblico, raccolta e analisi di dati biometrici e altri metodi di ricerca non regolamentati, si possono produrre studi su larga scala che sollevano preoccupazioni sul bilanciamento dei rischi e dei benefici, consenso informato, privacy. La privacy e la sicurezza dei dati personali raccolti sono aspetti fondamentali della condotta etica di ogni ricerca che coinvolga la partecipazione umana: la Dichiarazione di Helsinki della *World Medical Association* stabilisce fin dalla sua prima stesura del 1964 che «it is the duty of physicians who are involved in medical research to protect the life, health, dignity, integrity, right to self-determination, privacy, and confidentiality of personal information of research subjects. The responsibility for the protection of research subjects must always rest with the physician or other health care professionals and never with the research subjects, even though they have given consent»⁵.

Anche in Italia la legge individua il consenso informato come «condizione

⁵ WMA DECLARATION OF HELSINKI – ETHICAL PRINCIPLES FOR MEDICAL RESEARCH INVOLVING HUMAN SUBJECTS/64th WMA General Assembly, Fortaleza, Brazil, October 2013 – General Principles, art. 9 <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/>.

imprescindibile, eccezion fatta per i casi espressamente previsti dalla legge stessa, per l'inizio o la prosecuzione di qualunque trattamento». La legge ne sottolinea la valenza di elemento fondante della relazione di cura («ciò su cui la relazione si basa ...» dice il secondo comma dell'art. 1), in quanto punto di incontro tra soggetti meritevoli di essere rispettati nella loro autonomia e, quindi, nelle scelte che loro competono, ma sgombra definitivamente il campo dalla fallace convinzione della piena coincidenza e sovrapponibilità degli ambiti di autonomia riservati ai curanti, da una parte, e ai pazienti, dall'altra⁶. Se, infatti, quella riservata ai primi è l'autonomia giustificata dalla competenza professionale, in forza della quale a essi soltanto spetta individuare e proporre i percorsi di cura appropriati alle condizioni dei pazienti, a questi ultimi viene, invece, riconosciuta "autonomia decisionale", vale a dire la prerogativa di avere l'ultima parola in merito ai trattamenti, sia che si tratti di trattamenti da attuare, sia di trattamenti già posti in essere e destinati a protrarsi nel tempo, a muovere dal presupposto che quello dell'intangibilità della sfera corporea sia, in assenza di consenso della persona interessata, un principio destinato a valere per tutti, operatori sanitari compresi⁷.

Cercherò di mostrare come il problema nell'ambito delle ricerche bio-mediche in cui si utilizzano software installati su dispositivi mobili o indossabili possa essere trattato come un problema di data governance, ossia come un problema sul modo in cui i dati personali particolari sono trattati⁸ anche in contesti regolati (sia con soft sia con hard law): la ricerca su big data raccolti da *device* mobili o indossabili può produrre analisi statistiche che cadono al di fuori della

⁶ In Italia, il percorso per l'autodeterminazione terapeutica, di cui il consenso è presupposto e fondamento, è stato lungo e articolato in diversi disegni di legge. Per una sua ricostruzione Patrizia Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano: Cortina, 2018.

⁷ P. BORSELLINO, "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento". *Una conquista per i pazienti e per gli operatori sanitari*, in *Rivista italiana di cure palliative*, 1, XX, 2018. In Italia, come nella maggior parte dei paesi occidentali, la legge ha lasciato «definitivamente alle spalle il tradizionale modello di relazione terapeutica (quello paternalistico), che, da una parte, ha declinato la fiducia in termini di attribuzione, in via esclusiva, al medico delle decisioni da porre in atto nella gestione della malattia, giustificando il cosiddetto "privilegio terapeutico", vale a dire l'idea che la disponibilità di un trattamento dal medico reputato utile alla salute e, soprattutto, al mantenimento in vita, ne renda la somministrazione sempre e comunque legittima, anzi dovuta, mentre, dall'altra parte, ha avallato l'interposizione dei familiari come interlocutori privilegiati, o addirittura, esclusivi dei curanti, soprattutto nell'ambito della malattia a prognosi infausta, anche in assenza di qualunque manifestazione di volontà in questo senso del malato».

⁸ Il GDPR definisce al comma 1 dell'art. 9 quali siano i "dati particolari" (quelli che nella legge n. 196/2003 erano chiamati "dati sensibili") come questi dati personali (ossia i dati riferiti o riferibili a una persona fisica) «che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

possibilità di controllo dei soggetti interessati, e quindi al di fuori di uno dei capisaldi delle bio-ricerche, il consenso informato. Per finire, analizzerò un tentativo di applicare un sistema di IA per favorire il processo decisionale del paziente (ossia di colui che approva l'azione che subisce).

2. Le regole degli Stati Uniti per il eIC

Nel dicembre del 2016, ad opera di una serie di istituzioni pubbliche che si occupano di salute negli Stati Uniti⁹, è stata pubblicata una guida: *Use of Electronic Informed Consent*, con raccomandazioni per l'attuazione del consenso informato elettronico (eIC o eConsent). Con consenso informato digitale (*electronic informed consent*) la guida «refers to the use of electronic systems and processes that may employ multiple electronic media, including text, graphics, audio, video, podcasts, passive and interactive Web sites, biological recognition *device*, and card readers, to convey information related to the study and to obtain and document informed consent» e regola in maniera non obbligatoria «both HHS-regulated human subject research and FDA-regulated clinical investigations of medical products, including human drug and biological products, medical *device*, and combinations thereof», ma i principi che sono espressi si possono applicare a qualunque forma di consenso informato. La procedura eIC nella sua implementazione dovrà:

- (i) garantire la protezione dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti;
- (ii) facilitare la comprensione da parte del soggetto delle informazioni presentate durante il processo eIC;
- (iii) assicurarsi che il sistema di informazione produca un'adeguata documentazione dell'espressione del consenso;
- (iv) garantire la qualità e l'integrità dei dati eIC e renderli disponibili all'ispezione delle istituzioni preposte.

Naturalmente, le informazioni devono essere in un linguaggio comprensibile al soggetto a cui sono sottoposte ed espresse in modo da ridurre al minimo la possibilità di coercizione o di indebita influenza sulla decisione finale. L'eIC è solo uno strumento per veicolare un documento che alla sua base deve essere ben strutturato. L'eIC «should be easy to navigate, allowing the user to proceed forward or backward within the system and to stop and continue at a later time.

⁹U.S. Department of Health and Human Services, Office for Human Research Protections (OHRP), Food and Drug Administration, Center for Drug Evaluation and Research (CDER), Office of Good Clinical Practice (OGCP), Center for Biologics Evaluation and Research (CBER), Center for Devices and Radiological Health (CDRH).

Hyperlinks may be provided where helpful. The eIC may also incorporate electronic strategies to encourage subjects to access all of the consent material before documenting their consent»; inoltre: «To assist the subject in understanding the material, the eIC may use interactive electronic-based technology, which may include diagrams, images, graphics, videos, and narration. The eIC should be appropriate for the intended audience, taking into consideration the subject's age, language, and comprehension level». Per finire questa breve descrizione: «The procedure for eIC may include an electronic method to capture the signature of the subject», firme elettroniche avanzate la cui validità sia giuridicamente riconosciuta. E comunque: «subjects should have the option to use paper-based or electronic informed consent methods completely or partially throughout the informed consent process»¹⁰. Per riassumere, il consenso informato elettronico è un sistema per convertire diversi tipi di contratti cartacei in documenti digitali che devono essere marcati o firmati elettronicamente per acquisire validità ed efficacia giuridica¹¹.

3. Le app per la ricerca medica e il consenso

3.1. L'uso delle app

L'uso di applicazioni eIC è diffuso, soprattutto, nel contesto di reclutamento di trial clinici in cui il testo dell'IC viene trasmesso in un formato strutturato e la sua versione elettronica è finalizzata a massimizzare la comprensione e l'impegno dei partecipanti per tutta la durata dello studio. Da alcuni studiosi è considerata una svolta radicale, quasi un cambio di paradigma, soprattutto se somministrati con *device* portatili¹².

La diffusione di questi *device* ha permesso la crescita di ricerche in campo medico che «sometimes blurs the line between professional and citizen science» che comprendono studi condotti da ricercatori indipendenti, cittadini scienziati, ricercatori finanziati direttamente dai pazienti, ricercatori fai-da-te e auto-sperimentatori. Questo genere di ricerche condotte al di fuori di ogni contesto

¹⁰ *Use of Electronic Informed Consent. Questions and Answers Guidance for Institutional Review Boards, Investigators, and Sponsors*. December 2016, Procedural.

¹¹ Molte delle ricerche applicate riguardano il modo con cui dare validità giuridica a un documento digitale; dal punto di vista giuridico in Europa questo tema è disciplinato dal Regolamento EIDAS (electronic IDENTIFICATION, Authentication and trust Services) 910/2014. Ad esempio, ma è solo un esempio, *The electronic signature of the informed consent in clinical trials: regulatory implications and disputes*, <https://exomgroup.com/2020/02/26/the-electronic-signature-of-the-informed-consent-in-clinical-trials-regulatory-implications-and-disputes/>.

¹² M.A. ROTHSTEIN, J.T. WILBANKS, L.M. BESKOW ET AL. *Unregulated Health Research Using Mobile Devices: Ethical Considerations and Policy Recommendations*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 48, 1_suppl, 2020, pp. 196-226 (doi:10.1177/1073110520917047).

istituzionale sono al contempo semplici da organizzare e completamente non regolate. Il caso dello studio del Parkinson condotto nel 2015 con l'utilizzo di smartphone da Sage Bionetwork, un'associazione di ricerca *non profit* con sede a Seattle, è diventato un caso paradigmatico: benché lo studio non fosse finanziato con fondi federali e in nessun modo soggetto a regolamentazione, il protocollo di studio è stato sottoposto all'approvazione di un Institutional review board indipendente. La ricerca mPower sul morbo di Parkinson ha reclutato i partecipanti online in collaborazione con organizzazioni che si occupano del morbo. I dati dello studio sono stati generati utilizzando lo smartphone dei soggetti per registrare le voci dei partecipanti, la loro postura e stabilità, il loro tempo di reazione, e altre misure dei sintomi della malattia. Circa 17.000 persone sono state arruolate e studiate per 6 mesi, numeri che non avevano avuto precedenti nella ricerca su questa malattia¹³. Lo studio ha utilizzato una procedura di consenso online romanizzata, altamente visiva, autoguidata.

3.2. La diffusione delle app

Un'indagine di settore del 2017 prevede una crescita annua del 30% di eIC nell'industria farmaceutica e biotecnologica, oltre l'82% degli intervistati prevede di implementare eIC entro il 2020 nelle loro aziende¹⁴. Uno studio sulle ricerche accademiche, mostra che dei 69 studi che hanno soddisfatto i criteri di inclusione, l'81% (n=56) ha affrontato questioni etiche, legali e sociali; il 67% (n=46) ha descritto considerazioni sull'interfaccia utente/esperienza dell'utente; il 39% (n=27) ha confrontato gli approcci elettronici rispetto a quelli cartacei; il 33% (n=23) ha discusso gli approcci alla scalabilità dell'impresa; il 25% (n=17) ha descritto modifiche alle elezioni per il consenso¹⁵. I vantaggi dell'uso di questi strumenti sono numericamente evidenti: il Framingham Heart svolto con sistemi tradizionali è riuscito ad arruolare 15.000 soggetti¹⁶. Un analogo studio che ha coinvolto i partecipanti con un'app, è riuscito ad arruolare 283.000 soggetti¹⁷.

¹³ Negli USA il valore potenziale di questi nuovi metodi di ricerca è stato riconosciuto dal Congresso.

Nel 2017 con la promulgazione del Crowdsourcing e la *Citizen Science Act*: questa legge permette agli organi federali di usare il crowdsourcing la *citizen science* nella loro ricerca. <https://www.citizenscience.gov/about/#>.

¹⁴ *Health: eConsent Adoption to Reach 82% by 2020*, <https://www.outsourcing-pharma.com/Article/2017/03/16/eConsent-adoption-to-reach-82-by-2020-CRF-Health>.

¹⁵ C. CHEN, P.I. LEE, K.J. PAIN ET AL. *Replacing Paper Informed Consent with Electronic Informed Consent for Research in Academic Medical Centers: A Scoping Review*, in *AMIA Joint Summits on Translational Science proceedings*, AMIA Joint Summits on Translational Science, Bethesda: American Medical Informatics Association, 2020, pp. 80-88.

¹⁶ Framingham Heart Study Participants, <https://www.framinghamheartstudy.org/about-the-fhs-participants/> (last visited February 14, 2020).

¹⁷ The Director of the NIH Lays Out His Vision of the Future of Medical Science, available at

Negli ultimi anni, si è aggiunto il problema del eIC su *device* mobili; questi sistemi, ad esempio, introducono una maggiore facilità nell'aggiornare il soggetto di eventuali modifiche durante il corso delle procedure, ma è difficile da tradurre in forma elettronica l'interazione "da umano a umano", e quindi la possibilità di fare domande, che sempre accompagna la somministrazione dei documenti per esprimere il consenso; non solo, anche la verifica dell'identità del soggetto che esprime l'accettazione può porre dei problemi. Per finire, è possibile che, dato il costo e la complessità dell'implementazione di corretti framework eIC, molti sviluppatori di applicazioni non regolamentate dichiarino semplicemente di non essere soggetti agli standard e gli elementi chiave del consenso siano oscurati o minimizzati. La tecnologia rivolta ai consumatori utilizza regolarmente descrizioni vaghe per invogliare gli utenti ad abbonarsi, spendere soldi, condividere dati, o altrimenti fare delle scelte senza una piena comprensione, un modello che non dovrebbe essere adottato¹⁸, anche se talvolta il "dark pattern" è necessario per lo scopo della ricerca¹⁹.

3.3. I problemi nell'uso delle app

Accanto a questi problemi che ineriscono sostanzialmente il modo in cui il consenso informato si trasforma in eIC, ci sono problemi che ineriscono specificamente i dati che possono essere raccolti sui *device* mobili. In primo luogo, la geolocalizzazione dei dati che, anche se raccolti in forma anonima o pseudonima, se connessi direttamente agli elementi su di una mappa, aumentano la possibilità di re-identificare il soggetto. Ci sono poi i dati generati da tutti i *wearable device*, gli apparecchi indossabili, come gli smartwatch, o da apparecchi che rilevano dati medici, come ad esempio la pressione sanguigna o la percentuale di

<<https://time.com/5709207/medical-science-age-of-discovery/>> (last visited February 14, 2020); "Data – AllofUs Research Hub", available at <<https://www.researchallofus.org/data/>> (last visited February 14, 2020).

¹⁸ Wilbanks JT. *Electronic Informed Consent in Mobile Applications Research*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 48, 1_suppl, 2020, pp. 147-153, doi:10.1177/1073110520917040. Apple ha incorporato elementi significativi nel toolkit per modelli di consenso del suo *Research Kit framework* già nel 2015; se questi elementi non compaiono nell'app che viene presentata, essa non verrà pubblicata nell'Apple Store. Google, invece, non ha rilasciato un framework di ricerca per la pubblicazione del Play Store di app, ma la comunità di ricerca ha prodotto l'open source Research Stack che replica quasi tutte le funzioni chiave presenti nel kit di Apple, comprese quelle di adozione e la diffusione del consenso informato. L'adozione e la diffusione di questo tipo di strumenti può aiutare ricercatori di tutti i tipi a utilizzare il medesimo design per comunicare i concetti chiave del consenso informato.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, agli esperimenti sul conformismo di Solom Asch: se il soggetto fosse stato a conoscenza del vero scopo dell'esperimento, le prove a cui era sottoposto sarebbero state inutili. S.E ASCH, *Effects of group pressure on the modification and distortion of judgments*, in H. GUETZKOW (ed.), *Groups, leadership and men*, Pittsburgh: Carnegie Press, 1951, pp. 177-190.

ossigeno nel sangue, che collegandosi ad app, possono creare una catena di contratti, consensi, termini d'uso a cui il soggetto deve aderire per poter partecipare alla ricerca ma che contemporaneamente gli fanno perdere la possibilità di comprendere che cosa realmente si faccia con i dati che vengono raccolti.

Anche la raccolta di dati personali apparentemente innocui può portare a rivelare dati medici di una persona. Il caso più famoso, e anche il primo ad arrivare all'attenzione dell'opinione pubblica non specialistica, è quello di Target che risale ormai a quasi 10 anni fa²⁰. All'inizio degli anni 2000 Target pone ai suoi analisti questa domanda: come si può capire che una cliente è incinta anche se lei non ce lo ha detto? Come tutti i supermercati, soprattutto in un contesto come quello statunitense ancora oggi meno regolato rispetto a quello europeo, Target vuole conoscere il più possibile i suoi clienti e ha un vasto database contenente tutte le informazioni d'acquisto connesse a delle informazioni di carattere demografico come età, stato civile, residenza, ma anche distanza dal negozio, una stima del reddito familiare, quali carte di credito si possiedono e una cronologia dei siti web visitati. Inoltre, all'epoca in cui lo studio è iniziato, si potevano legalmente acquistare dati che riguardavano l'etnia del cliente, la sua storia lavorativa, le riviste a cui era abbonato, se avesse mai dichiarato bancarotta o se avesse divorziato, l'anno in cui aveva comprato la casa, il college che aveva frequentato, che marche di caffè, tovaglioli di carta, cereali o salsa di mele preferiva, quale fosse la sua inclinazione politica. Fino a che l'azienda non ha avuto un dipartimento di "analisi predittiva" dedicato alla comprensione non solo delle abitudini di acquisto dei consumatori, ma anche delle loro abitudini personali, questa mole di dati giaceva nei database senza avere alcuna reale utilità. I *data scientist* di Target, attraverso l'analisi di decine di exabytes di dati, sono riusciti così a identificare circa 25 prodotti che, quando acquistati in varie combinazioni, permettono di assegnare ad ogni acquirente un punteggio di "previsione di gravidanza": ad esempio, racconta il giornalista Charles Duhigg sul New York Times del 16 febbraio 2012, si immagina una cliente di Target di nome Jenny Ward, 23 anni, che viva ad Atlanta e che a marzo abbia comprato una lozione al burro di cacao, una borsa abbastanza grande da poter essere usata anche come borsa per pannolini, degli integratori di zinco e magnesio e un tappeto blu brillante; secondo l'insider dell'azienda da lui intervistato, c'è circa l'87% di probabilità che la ragazza sia incinta e che la data del parto sia a fine agosto²¹.

Questo esempio mostra come, da un insieme di dati personali apparentemente irrelati, un *data scientist* possa estrarre delle regole di inferenza applicabili, con diversi gradi di certezza, a ogni individuo che soddisfi un certo set di condizioni.

²⁰ La Target Corporation è una società americana di vendita al dettaglio. È l'ottavo più grande rivenditore degli Stati Uniti.

²¹ C. DUHIGG, *How Companies Learn Your Secrets*, in *The New York Times*, 16/02/2012.

4. DICE (*Digital Informed Consent Experience*)

Federico Cabitza dell'Università di Milano-Bicocca ha portato a termine uno studio per valutare l'usabilità del sistema web based DICE (*Digital Informed Consent Experience*), sviluppato dal suo stesso team; il sistema ha lo scopo di supportare i pazienti nel processo di lettura, comprensione e utilizzo delle informazioni come fattore per innescare un'ulteriore interazione con il team dei medici: è quindi un tentativo di rispondere ai problemi della mancanza di interazioni tra umani in caso di eIC. Tra tutti i software disponibili (anche sul mercato) e studiati, mi occupo di DICE perché è uno dei pochi che è stato progettato, sperimentato e studiato in Italia; una seria governance delle informazioni non può prescindere dal tenere in considerazione il contesto culturale e sociale in cui l'informazione viene trattata, anche per cercare di individuare i possibili bias che potrebbero essere stati inconsciamente introdotti²².

DICE è stato progettato per rispondere alle particolari esigenze dei singoli pazienti nell'informarsi adeguatamente sugli interventi a cui si sarebbero dovuti sottoporre. A questo scopo, il consenso informato è visto non solo come una stipulazione, che ratifica l'accordo tra il paziente e i suoi medici sugli interventi che saranno intrapresi, ma come un processo, un percorso in cui il paziente impara qualcosa sulle procedure mediche e anche su se stesso. È su quest'ultimo aspetto che si concentra lo studio sull'efficacia di DICE, sugli aspetti cognitivi che sono il presupposto dell'azione di un agente autonomo. Ad esempio, noi tutti sappiamo usare correttamente molti strumenti che impiegano tecnologie molto raffinate, ma in quanti conosciamo e sappiamo spiegare anche solo i principi fisici sui quali si basano? Ad esempio, tutti sanno usare correttamente un frigorifero, ma quanti conoscono i principi fisici alla base del suo funzionamento? E quanti sono in grado di valutare le conseguenze dell'uso dei frigoriferi? Nella maggior parte dei casi possiamo facilmente immaginare cosa si dovrebbe fare per ottenere le prove che supportino una qualsiasi delle mie certezze, ma non è pensabile di poterlo fare per tutte le cose di cui sono certo e in ogni caso non sempre saremmo in grado di valutarle. La nostra stessa vita quotidiana è possibile perché diamo per scontate molte di queste certezze, ma l'intelletto è troppo limitato e la vita individuale troppo corta per poterle verificare tutte. John Hardwig chiama "dipendenza epistemica", la nostra inevitabile dipendenza dalla conoscenza degli altri²³. Parlare di consenso informato in questo senso

²²Uso qui il termine "trattamento" e tutti i suoi derivati nel senso definito dal comma 2 dell'art. 4 del GDPR: «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

²³J. HARDWIG, *Epistemic Dependence*, in *The Journal of Philosophy*, Vol. 82, No. 7, Jul. 1985,

significa domandarsi: cosa significa veramente sapere qualcosa? Quanto bene possiamo comprendere ciò che una procedura medica, un trattamento dei dati prevedono quando gran parte della nostra conoscenza si basa su prove e argomentazioni fornite da altri? Si pensi, ad esempio, a che cosa fanno le *big five* con i nostri dati; che garanzie si hanno che le procedure con le quali i nostri dati sono trattati siano conformi alle norme, dal momento che queste procedure sono generalmente coperte da segreto industriale?

Nonostante ciò, quando si parla di consenso, è quasi sempre l'aspetto stipulativo quello che prevale, l'aspetto che riguarda la sua validità giuridica²⁴: il documento scritto che descrive la procedura, il documento che dovrebbe fornire le informazioni per dare una base razionale al consenso, è spesso lungo e contiene molte informazioni che sfuggono alla comprensione del paziente, quello che conta è solo la firma che viene posta in calce. Uno studio ha cercato di migliorare la comprensione del paziente attraverso un approccio lessicale che, però, si è dimostrato sostanzialmente inutile: né il miglioramento della leggibilità lessico-sintattica, né l'intervento del gruppo di lavoro hanno migliorato significativamente il punteggio di comprensione oggettiva per i soggetti inclusi nello studio. Il punteggio è stato infatti di 66,6 (95% intervallo di confidenza 64,0, 69,2) per il gruppo di controllo, 68,8 (66,2, 71,4) per il gruppo con il documento migliorato per la leggibilità lessico-sintattica e 69,2 (66,0, 72,4) per il gruppo che ha letto il documento migliorato dal gruppo di lavoro²⁵. Una serie di altri studi mostra come i pazienti generalmente non comprendano il documento che sottoscrivono²⁶.

Le cose sembrano migliorare quando le informazioni vengono espone per mezzo di strumenti eIC; uno studio del 2013, *Interactive Informed Consent*:

pp. 335-349. Questo saggio è diviso in tre parti: nella prima, l'autore sostiene che si possano avere buone ragioni per credere alla verità di una proposizione se si hanno buone ragioni per credere che altri abbiano buone ragioni per crederci e che, di conseguenza, c'è una sorta di buona ragione per credere che non è una prova, o dell'ostensione delle condizioni della verità della proposizione. Nella seconda parte, Harding argomenta che poiché il profano è «the epistemic inferior of the expert (in matters in which the expert is expert)» la razionalità talvolta consiste nel rifiutarsi di «usare la propria testa». Nella terza e ultima parte, i risultati di queste considerazioni sono applicati al concetto stesso di conoscenza e l'autore sostiene che il rapporto esperto-profano è essenziale per la ricerca scientifica e accademica.

²⁴ In questo senso, il problema si riduce a un problema che riguarda i mezzi tecnici con cui il consenso dell'utente è espresso.

²⁵ A. PARIS, C. BRANDT, C. CORNU, P. MAISON, C. THALAMAS, and J.-L. CRACOWSKI, *Informed consent document improvement does not increase patients' comprehension in biomedical research*, BJCP, vol. 69, no. 3, pp. 231-237, 2010.

²⁶ Oltre a quello citato sopra, vedi: R. BARRETT, *Quality of informed consent: measuring understanding among participants in oncology clinical trials*, in *Oncology nursing forum*, vol. 32, no. 4, 2005. e L. STUNKEL, M. BENSON, L. MCLELLAN, N. SINAI, G. BEDARIDA, E. EMANUEL, and C. GRADY, *Comprehension and informed consent: assessing the effect of a short consent form*, in *IRB*, vol. 32, no. 4, p. 1, 20.

Randomized Comparison with Paper Consents, mostra che combinando un video introduttivo, un linguaggio di consenso standard e un quiz interattivo su di un tablet, la comprensione delle procedure e dei rischi da parte del soggetto migliora notevolmente²⁷.

Come ho già accennato più sopra, DICE è un'applicazione eIC basata sul web a cui si può accedere tramite un browser web standard. L'idea principale alla base del DICE è quella di rendere la lettura del documento di consenso informato un'esperienza più interattiva e su misura per il paziente; inoltre, vuole favorire l'interazione tra il paziente e l'operatore sanitario. Questo si realizza attraverso l'annotazione del testo in due modi: (i) il sistema evidenzia automaticamente le parole del CI che riconosce di essere associate ad una specifica definizione in un glossario di termini medici precedentemente memorizzati nei file di sistema. Quando l'utente clicca su una di queste parole ipertestuali, viene visualizzata la definizione corrispondente in un palloncino; (ii) il testo del CI viene diviso in paragrafi più piccoli; ogni paragrafo può essere associato dal paziente a due specifiche emoticon visualizzate a fianco di ogni paragrafo: la prima icona permette di annotare il testo con l'etichetta "mi preoccupa" la seconda con l'etichetta "non capisco", permettendo in questo modo un intervento mirato degli operatori sanitari.

Il sistema è stato sperimentato in un grande ospedale italiano con 701 pazienti ed è stato seguito da uno studio sulle reazioni degli utenti. I risultati di questo studio mostrano che del prototipo sono state apprezzate la novità e la facilità d'uso. È interessante notare che è stata osservata una differenza statisticamente significativa nel modo in cui gli utenti maschio e femmina hanno apprezzato il sistema, con uomini che hanno espresso un apprezzamento molto minore. Gli utenti in genere non si sentono imbarazzati o a disagio nell'esprimere attraverso il sistema la loro mancanza di comprensione o la loro preoccupazione. Questo suggerisce che i pazienti potrebbero percepire come preziosa la funzionalità con cui un eIC permette agli utenti di indicare passaggi che necessitano di ulteriori spiegazioni o di un supporto emotivo, e utilizzare l'applicazione nella pratica. Dallo studio emerge anche che i pazienti hanno apprezzato la capacità di ottenere una spiegazione dei termini medici più difficili dal loro punto di vista, ma i *caregiver* coinvolti hanno osservato come questo tipo di funzionalità potrebbe rendere l'effettiva adozione dello strumento difficile, negli attuali flus-

²⁷M.C. ROWBOTHAM, J. ASTIN, K. GREENE, S.R. CUMMINGS, *Interactive Informed Consent: Randomized Comparison with Paper Consents*, in *PLOS ONE*, 8, 3: e58603, 2013, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0058603>. Risultati analoghi sono esposti in: M.M. ISSA, E. SETZER, C. CHARAF, A.L. WEBB, R. DERICO, I.J. KIMBERL, and A. S. FINK, *Informed versus uninformed consent for prostate surgery: the value of electronic consents*, in *The Journal of urology*, vol. 176, no. 2, 2006, pp. 694-699, e in: M.-A. HWANG AND I.J. KWAK, *Description of a mobile-based electronic informed consent system development*, in *Studies in health technology and informatics*, vol. 216, 2015, p. 897.

si di lavoro e nelle pratiche ospedaliere, alla luce della cronica mancanza di tempo e di operatori sanitari in grado di rispondere tempestivamente alle richieste che un tale strumento potrebbe portare alla luce. Il sistema crea un maggior numero di interazioni pazienti-operatore e questo è stato visto come praticamente incompatibile con i tempi di lavoro pianificati, poiché richiede tempo supplementare che non può essere previsto e pianificato nel flusso di lavoro attuale dell'ospedale.

5. Conclusioni

Quando vengono usati in certi modi dai professionisti della salute e dai ricercatori, i dati sulla salute possono produrre effetti positivi per tutti. Tuttavia possono essere usati anche per danneggiare le persone. Per esempio, recentemente la *Federal Trade Commission* (FTC) ha agito contro Flo, una popolare app di monitoraggio della fertilità usata da più di 100 milioni di utilizzatori, perché lo sviluppatore avrebbe detto agli utenti che i loro dati sarebbero stati privati, ma, in pratica, Flo ha condiviso i dati sanitari sensibili degli utenti con numerose terze parti, tra cui Facebook e Google²⁸. Non si tratta però solo di rafforzare e rendere efficaci le tutele giuridiche. È necessario costruire il consenso di tutta la comunità sulle migliori pratiche da utilizzare rendendo tutti consapevoli dei rischi che gli usi scorretti comportano.

²⁸Natasha Singer, *Flo Settles FTC Charges of Misleading Users on Privacy*. <https://www.nytimes.com/2021/01/13/business/flo-privacy.html>.

LIBERTÀ DAL VACCINO: RAGIONI ED ECCEZIONI

Roberta Sala *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le obiezioni degli individui all'obbligo vaccinale e le ragioni pubbliche a suo favore. – 3. Paternalismi liberali. – 4. Conclusione.

1. *Introduzione*

È usuale leggere – a proposito della bioetica – della centralità dell'autonomia del paziente. Dopo un passato contrassegnato dal paternalismo medico, in cui la libertà di scelta del malato non era presa abbastanza sul serio, il movimento della bioetica ha generato una sempre maggiore consapevolezza circa il diritto del malato alla libertà di decidere sulle proprie cure, più in generale alla sua libertà di cura¹. La difesa di tale libertà non corrisponde, tuttavia, al diritto di ricevere qualsiasi cura, bensì quello di ottenerne *ragionevolmente*, considerata cioè la tipologia delle cure richieste, la disponibilità di queste rispetto ai bisogni della popolazione, la loro eventuale scarsità e, ancora, la loro efficacia terapeutica. La libertà di cura non corrisponde neppure alla libertà di rifiutare qualsiasi cura, se da tale rifiuto derivasse un danno ad altri. La cura sembra doversi intendere, in questa clausola, non solo come un bene per il singolo ma anche per la sua comunità di riferimento. L'uso dell'avverbio *ragionevolmente* non è, infatti, casuale: rimanda alla dimensione di reciprocità che dovrebbe caratterizzare l'esistenza pubblica degli individui in quanto cittadini di una società democratica e liberale². È in ragione di tale reciprocità che ciascuno fa le proprie scelte alla luce di

* Questo contributo è stato scritto avendo in mente l'idea di libertà come valore centrale di una società giusta. Perché essa sia giusta tale libertà non può essere senza limiti. I limiti sono espressione del rispetto per l'umanità non come idea ma come la realtà degli individui plurali che la compongono. A Patrizia Borsellino rendo onore per aver fatto di quest'idea di libertà il nucleo della sua biografia personale ed accademica.

¹ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano: Raffaello Cortina, II ed., 2018, cap. 1 «La bioetica. Problemi, sviluppi, prospettive».

² Un'ampia discussione sul senso di reciprocità è offerta da: A. GUTMANN, D. THOMSON, *De-*

ragioni che anche gli altri possono comprendere, anzi condividere. Il principio di reciprocità prescrive un modo di ragionare nel pubblico in base al quale si richiede a ciascuno di offrire agli altri delle ragioni a sostegno delle proprie azioni e decisioni, laddove queste ultime hanno effetti su altri oltre che su colui che le intraprende. Assumendo la reciprocità come principio-guida nelle loro relazioni, i cittadini sanno di non essere totalmente liberi né di fare quel che vorrebbero né di non fare quel che non vorrebbero.

Sullo sfondo di questo senso di reciprocità, la ragionevolezza – che alla reciprocità dispone – si rivela essere una virtù pubblica³. È ragionevole, nella sfera pubblica, bilanciare i propri interessi con quelli altrui: occorre, per far ciò, che si assuma un doppio sguardo, quello proprio, in quanto portatori dei propri interessi e quello altrui, in quanto portatori dei loro. Si è ragionevoli quando si è in grado di guardare ai propri interessi così come gli altri li guardano, come, cioè, interessi diversi dai loro e con essi potenzialmente in conflitto; dunque, ancora, quando si riesce a valutare i propri interessi come fossero gli interessi di chiunque, operando tra di questi un bilanciamento *ragionevole*. Il principio di reciprocità fissa la condizione che questo scambio di prospettive, il doppio sguardo di cui appunto si diceva, sia richiesto a tutti e a ciascuno.

Si può mettere la questione anche in questi termini: la ragionevolezza è la disposizione o l'attitudine alla cooperazione con altri che si presume siano similmente disposti a fare altrettanto. È il desiderio di un mondo sociale in cui i soggetti ragionevoli possano cooperare da individui liberi ed eguali con individui considerati liberi ed eguali, a condizioni accettabili da tutti, secondo un ideale di reciprocità. Dai soggetti ragionevoli ci si attende che condividano quell'impresa giustificativa che sta al cuore delle società liberali e che impone a ciascuno di adottare l'ideale di reciprocità nell'avanzare le proprie rivendicazioni. Alla base delle società liberali sta idealmente l'idea di ragionevolezza: in esse non prevale affatto, benché spesso lo si senta dire, l'egoismo degli individui; al centro sta, al contrario, la giustizia come equità⁴. Individui pensati così – quali cittadini di una società giusta – non hanno un atteggiamento preferenziale per ciò che è loro o è rivendicato come loro; sono invece disposti alla condivisione di ciò che ha valore per chiunque altro oltre che per sé stessi. Individui ragionevoli riconoscono, infatti, che i propri interessi non sono già diritti.

Riconoscere che i propri interessi non sono immediatamente diritti ricondu-

mocracy and Disagreement, Cambridge: Harvard University Press, 1997, cap. 2 «The Sense of Reciprocity».

³ Sulla ragionevolezza si veda il classico contributo di J. BOETTCHER, *What is Reasonableness?*, in *Philosophy & Social Criticism*, 30, 5-6, 2004, pp. 597-621. Una discussione sul senso della ragionevolezza come virtù pubblica si trova in R. SALA, *La verità sospesa. Ragionevolezza e irragionevolezza nella filosofia politica di John Rawls*, Napoli: Liguori, 2012.

⁴ Si rimanda al testo-guida di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* [1971], Milano: Feltrinelli, 2017.

ce all'idea di libertà sopra accennata, sottoposta al vincolo della reciprocità. Nessuno ha una libertà illimitata in un contesto collettivo e plurale; ciascuno ha una libertà entro i limiti stabiliti dal principio del non arrecare danno ad altri (per brevità, principio del danno). Il principio del danno ha «l'obiettivo di aumentare il più possibile le libertà, limitandole solo quando serve per garantire uguale libertà (dunque uguali diritti e uguali capacità di esigerne il rispetto) a tutti»⁵.

Tornando all'ambito delle cure, invocare il principio del danno non significa non riconoscere la libertà di cura – nel senso su dichiarato di diritto *ragionevole* di accedere alle cure disponibili⁶ – o non riconoscere la libertà di rifiutare le cure. Rimane fermo quanto stabilito dall'art. 32 della Costituzione italiana, che riconosce e tutela tali libertà: «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Vi si riconosce una libertà fondamentale nell'intraprendere le cure, pur precisando come si tratti di una libertà che va bilanciata con il valore della salute come interesse della collettività⁷. Il diritto del singolo di rifiutare una cura va, cioè, bilanciato con il diritto altrui di veder garantita la propria salute, dal momento che: a) la libertà individuale non può esercitarsi qualora da tale esercizio derivi un danno ad altri, sia esso attuale o fortemente probabile; b) la libertà non è l'unico valore da tutelare in una società pluralistica, caratterizzata da una varietà di istanze morali, di principi e valori.

Promuovere tale bilanciamento è compito delle istituzioni, come si legge nella seguente citazione: «La strada [...] è quella di un diritto che crea le condizioni e appronta le garanzie per l'esplicazione dell'autonomia individuale e delle

⁵ P. TINCANI, «Una difesa del principio del danno», in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Roma: Carocci, 2020, pp. 13-32, p. 18.

⁶ Sul significato di 'libertà di cura' c'è discussione, benché sia generalmente accolta la distinzione tra libertà come diritto di accedere alle cure di base, che dovrebbero essere disponibili universalmente, e libertà come diritto a ricevere tutte le cure che si vogliono quando fossero non necessarie, futili o molto costose. In parole diverse: una cosa è il diritto alla salute, usufruendo delle cure di base per poterla garantire, altra cosa è il diritto alle cure, senza alcuna qualifica di quali siano necessarie. Non tutti i bisogni di salute possono essere soddisfatti, data la limitatezza delle risorse, in base al principio di equità. Decidere quali bisogni debbano essere effettivamente soddisfatti e quali risorse debbano essere a ciò destinate richiede un'accorta valutazione morale e politica. Il diritto alla salute può essere un diritto a soddisfare reali bisogni, o comunque bisogni che è ragionevole considerare fondamentali. Sul punto: N. DANIELS, «Justice and Access to Health Care», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/justice-healthcareaccess/>>.

⁷ Per uno sguardo ampio e dettagliato sul tema del rapporto tra libertà e diritti nell'ambito della salute: P. BORSSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., cap. 2 «Bioetica e diritto».

diverse morali che, attraverso l'esercizio dell'autonomia, trovano espressione, senza peraltro mai perdere di vista, in una prospettiva di responsabilità, le conseguenze collegate alle soluzioni normative adottate. Un diritto, quindi, che si preoccupa di contemperare la libertà degli individui con irrinunciabili esigenze sociali, facendosi carico del problema di porre limiti, ma che, nel farlo, si ispira al principio che individua nella necessità di impedire danni, concretamente ipotizzabili, ad altri l'unica valida ragione per restringere o, addirittura, per sopprimere l'autonomia e, dunque, il potere di decisione e di azione degli individui nelle sfere che direttamente li riguardano»⁸.

È a partire da queste premesse che si intende ora discutere della libertà di vaccinarsi e dunque anche quella di non vaccinarsi – con specifico riferimento alla pandemia di Covid-19 – e dei limiti di tale libertà.

Si intende sostenere che, nel caso della pandemia, ci sia un obbligo alla vaccinazione che lo Stato deve garantire. Ora, affermare il dovere o anche il diritto dello Stato di promuovere politiche di restrizione delle libertà individuali, tra cui quella di non vaccinarsi, significherebbe impegnarsi a discutere di diritti e doveri in senso giuridico, oltre che in senso morale e politico. La riflessione che qui si intende svolgere, però, non si propone di indagare il risvolto giuridico della questione ma soltanto quello etico-politico.

Quel che si cercherà di fare è, dunque, discutere delle ragioni a favore di un obbligo vaccinale, considerata la riluttanza di molti cittadini a farsi vaccinare per ragioni e idiosincrasie di vario tipo. Se non ci fossero obiezioni al vaccino, del resto, non ci sarebbe motivo di discutere di un'eventuale obbligatorietà.

Nel prosieguo si indagheranno le ragioni del conflitto tra individui e istituzioni a riguardo dell'obbligo vaccinale e le possibili giustificazioni dell'obbligo. Il punto centrale della questione risiede nella limitazione della libertà individuale, ovvero nell'interferenza pubblica nella sfera privata dell'autodeterminazione dei singoli. È dunque a questa accusa di interferenza che occorre dare riscontro onde valutare la legittimità o l'illegittimità della coercizione nella sfera delle scelte individuali, stabilendo di volta in volta se si tratti di scelte private o di scelte del singolo con ricadute sulla collettività (2). Considerando le eccezioni al principio di libertà secondo John Stuart Mill, che vincola la libertà e la restringe in ossequio al principio del danno, si considerano forme di paternalismo giustificato, nonché le forme più controverse di paternalismo impuro e collaterale, a sostegno del dovere dello Stato di intervenire con strategie coercitive per il benessere del singolo e della comunità (3).

⁸P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 17.

2. Le obiezioni degli individui all'obbligo vaccinale e le ragioni pubbliche a suo favore

Come si accennava poco sopra, la dimensione coercitiva dell'obbligo vaccinale si scontra con il diritto del singolo alla propria libertà di scelta circa le cure da ricevere o da rifiutare. Chiamiamo deontologiche le ragioni che fanno capo al più fondamentale principio di libertà, che sta alla base della rivendicazione del diritto di non subire decisioni cui non si sia dato il proprio consenso e che dunque sono, per chi le subisce, vere e proprie imposizioni. È in gioco il principio di autodeterminazione, cui si associa il diritto al rispetto per le proprie convinzioni, siano esse filosofiche, ideologiche o religiose. Lo Stato che non rispettasse tale diritto sarebbe accusato di indebita intrusione nella sfera privata dell'individuo, se non di abuso di potere: uno Stato che si dica liberale e democratico non può violare la libertà dei cittadini che dovrebbe, al contrario, tutelare.

Una possibile giustificazione di tale 'intrusione' da parte dello Stato, per cui non si parlerebbe più di indebita interferenza bensì di interferenza legittima, è quella che la interpretasse come azione finalizzata alla protezione della salute del singolo: gli si imporrebbe il vaccino per proteggerlo dal danno che, non vaccinandosi, causerebbe a se stesso. Lo Stato verrebbe, in questo caso, chiamato paternalistico, cosa che sembra contraddire la sua identità liberale. Il dovere di giustificare tale intervento ricadrebbe sullo Stato, cui spetterebbe il compito di esibire ragioni sufficienti per sostenere il dovere, se non anche il diritto, di stabilire al posto degli individui quale sia il loro interesse, anche a dispetto del loro stesso volere. Nel caso del vaccino, lo Stato paternalista agisce in base al presunto dovere di procurare il bene dei cittadini laddove essi, rifiutando il vaccino, darebbero prova di ignorarne l'utilità, ma anche, nei rapporti con gli altri, la necessità⁹.

Proprio questa considerazione – su cui si tornerà più ampiamente nel seguito – porta a un'altra diffusa obiezione al vaccino, oltre a quella imperniata sul principio di libertà, ovvero a quella basata su ragioni prudenziali o anche, in qualche senso, consequenzialistiche, poiché riferite alle conseguenze che deriverebbero dall'assunzione del vaccino. Sono le ragioni di chi dubita della sicurezza e dell'efficacia dei vaccini: non si contestano i vaccini in sé quanto gli eventuali

⁹Non si intende discutere, qui, di che paternalismo si tratti, se sia una forma di paternalismo *hard* o *soft*, laddove nel primo caso si tratterebbe di interferire con la decisione del singolo anche qualora costui fosse consapevole delle conseguenze delle sue azioni, mentre nel secondo si tratterebbe di interferire con la sua decisione in quanto egli non sarebbe consapevole delle conseguenze della stessa. Utile per comprendere al meglio tale distinzione è il celebre esempio del ponte pericolante cui ricorre Mill (cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà* [1859], Milano: il Saggiatore, 1991, p. 111). Una riflessione sul rapporto tra libertà e restrizioni paternalistiche ad essa si trova in R. SALA, V. SANCHINI, «Libertà e sorveglianza. Il caso della pandemia da Covid-19», in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, cit., pp. 113-135.

effetti negativi derivanti dalla loro somministrazione. Ora, la plausibilità delle ragioni consequenzialistiche contro il vaccino potrebbe essere facilmente contestata quando si mostrasse che gli eventi avversi sono rari, non sono gravi e sono comunque reversibili. Qualora si mostrasse che possibili danni vengono bilanciati dai benefici di cui godrebbero sia l'individuo sia la collettività, la ragione per rifiutare il vaccino non prevarrebbe sulle ragioni per accettarlo¹⁰.

Fatte queste osservazioni preliminari, passiamo ora alle ragioni da parte degli Stati a favore dell'imposizione ai cittadini di vaccinarsi, intesa tale imposizione, ovvero obbligo, come arma contro il dilagare delle pandemie o per arginare il pericolo della loro ricorrenza. L'idea generale è che gli Stati abbiano il dovere di proteggere la salute di tutti i cittadini, dei singoli e della collettività, stabilendo sanzioni nei confronti di coloro che vi si oppongono¹¹.

Le più note politiche vaccinali sono le seguenti: (a) politiche vaccinali *direttamente obbligatorie*, che prevedono un obbligo legale alla vaccinazione; (b) politiche vaccinali *indirettamente obbligatorie*, nel senso che la vaccinazione è un requisito per poter svolgere alcune attività (quali le professioni sanitarie) o usufruire di determinati benefici (quale l'iscrizione alle scuole); (c) politiche vaccinali *con incentivi*, intesi come incentivi economici o agevolazioni per alcuni servizi; (d) politiche vaccinali *volontarie* per le quali l'adesione è volontaria ed è sostenuta da campagne informative adeguate¹².

Coerentemente con il principio generale di libertà, quale caposaldo delle società democratico-liberali, la soluzione (d) risulta essere quella maggiormente desiderabile, dal momento che conta sulla libertà degli individui quali soggetti responsabili delle proprie scelte e delle conseguenze che da esse derivano. Il punto è che, in condizioni di emergenza sanitaria come quella della pandemia di Covid-19, tale soluzione è anche la meno praticabile, dal momento che conterebbe sull'uniformità delle decisioni responsabili dei singoli a favore di uno scopo comune, quello, appunto, di proteggere l'intera popolazione dalla circolazione del virus mediante la propria immunizzazione volontaria. La realizzazione di uno scopo comune in circostanze di urgenza, quando cioè il tempo per il con-

¹⁰ Ci si riferisce qui alla titubanza di coloro che, pur condividendo l'obiettivo della salute collettiva, non ritengono, comprensibilmente, di dover correre gravi rischi per poter contribuire al suo raggiungimento. La premessa, infatti, è che le eventuali conseguenze dell'uso del vaccino siano lievi oltre che poco probabili. Un tema parallelo è quello del *free-riding*: biasimevole è l'atteggiamento di colui che rifiuta di «fare la propria parte» vaccinandosi, potendo contare sull'immunità di gregge una volta raggiunta con il contributo degli altri. Si ritornerà a breve su questo punto. Per una discussione nel merito, si veda tra gli altri M. NAVIN, *Values and Vaccine Refusal: Hard Questions in Ethics, Epistemology, and Health Care*, London: Routledge, 2016.

¹¹ Un utile contributo introduttivo è F. ZUOLO, «Salute pubblica e responsabilità parentale. L'esenzione dall'obbligo di vaccinazione», in *Ragion pratica*, 1, 2013, pp. 129-136.

¹² Un'estesa discussione di queste politiche è presente in A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, Cham (CH): Palgrave, 2019.

fronto tra le varie ragioni non c'è, non può essere subordinata alla volontarietà delle decisioni individuali confidando sulla loro convergenza verso tale medesimo scopo: i soggetti sono portatori di punti di vista differenti, di un diverso senso di giustizia, di una percezione differente della situazione; sono ragioni per le quali l'uniformità delle scelte appare, nel breve, un traguardo irrealistico o comunque del tutto fortuito. Messa dunque da parte la soluzione (d) si può ragionare sulle soluzioni (a), (b) e (c).

In generale, tali soluzioni possono avere un'accoglienza differenziata a seconda del tipo di emergenza da fronteggiare: in piena pandemia, in assenza di terapie efficaci o in presenza di terapie ancora sperimentali, la soluzione da favorire è la (a), così da raggiungere la cosiddetta *immunità di gregge* o di comunità, per cui la protezione di una certa percentuale della popolazione corrisponde alla riduzione della circolazione del virus e dunque della sua trasmissibilità. Il raggiungimento dell'immunità di gregge è una soglia rispetto alla quale le politiche di tipo (a) possono essere sostituite dapprima con politiche di tipo (b), quindi con politiche di tipo (c) fino alla cessazione della pandemia. Ci sarà poi da valutare se campagne vaccinali su base volontaria siano sufficienti per la conservazione dell'immunità o se l'eliminazione dell'obbligatorietà – almeno nei casi di elevata trasmissibilità di un virus non completamente eradicato – non favorisca una ripresa della sua circolazione con conseguente aumento di nuovi contagi. Si tratta, tuttavia, di una valutazione medico-scientifica che esula dallo scopo della presente riflessione.

Il punto è che, guardando ai doveri dello Stato, le ragioni dei singoli sopra esposte vengono ora – in qualche senso – rovesciate. Le istituzioni infatti, nell'adottare una politica vaccinale obbligatoria, prendono sul serio il dovere di garantire il più possibile la salute di tutta la popolazione. Sullo sfondo si profila un possibile conflitto tra diritti: il diritto rivendicato dai singoli alla propria libertà, nel presente caso quella di non vaccinarsi, e il diritto/dovere delle istituzioni di garantire la salute della popolazione mediante la vaccinazione, fino almeno al raggiungimento dell'obiettivo dell'immunità di gregge. Il raggiungimento di tale obiettivo permette di spostare l'attenzione dai soli costi e benefici in relazione a particolari individui ai costi e benefici della collettività. La ragione qui invocata è quella del bene pubblico (la salute pubblica), come valore prevalente sulle ragioni dei singoli. Queste ultime possono dirsi ragioni private in quanto corrispondono a interessi personali che, in circostanze pandemiche, passano in secondo piano per cedere la priorità agli interessi della collettività, data la pericolosità degli effetti collaterali di una generalizzata libertà dal vaccino. Quel che si vuol dire è che le circostanze di emergenza sanitaria impongono una scelta a favore della collettività invece che a favore del singolo che ne è parte. Ciò si spiega con riferimento al principio del danno: la libertà del singolo, nelle circostanze della pandemia, non è un diritto assoluto in quanto gli effetti, per dir così, di tale libertà possono riflettersi negativamente sugli altri oltre che su colui che la

esercita. La rilevanza delle circostanze è fondamentale: la non disponibilità o la scarsa disponibilità di rimedi efficaci, molti dei quali ancora sperimentali o, nei casi della malattia conclamata, l'eventuale scarsità dei posti nelle unità di cura intensiva, sono indice dell'emergenza della situazione che impone decisioni tempestive¹³.

Possiamo ricostruire l'argomento del danno relativo alle vaccinazioni come segue: a) le malattie contagiose che potrebbero causare un danno possono essere trasmesse ad altri attraverso un'azione non intenzionale; b) abbiamo un obbligo morale generale di non causare danni agli altri attraverso le nostre azioni e inazioni; c) il contagio potrebbe essere prevenuto attraverso la vaccinazione (se esiste, naturalmente, un vaccino efficace); d) abbiamo allora il dovere di ridurre il rischio di causare un danno agli altri attraverso la vaccinazione per una malattia contagiosa grave. In altre parole, quando è in gioco la salute pubblica, abbiamo l'obbligo morale e politico (in quanto appartenenti a una collettività) di essere vaccinati sulla base del potenziale danno a terzi¹⁴. L'argomento del danno è tanto più forte quanto maggiore e urgente è la minaccia di danno derivante dalla decisione di non vaccinarsi.

In una situazione ipotetica di isolamento degli individui l'uno dagli altri, in cui non sussisterebbe alcuna relazione reciproca, il problema delle azioni 'riguardanti anche altri' oltre a coloro che le intraprendono non si porrebbe, e la libertà potrebbe idealmente e astrattamente essere rivendicata come libertà senza eccezioni. Non ci sarebbe rischio né attuale né potenziale di causare danno ad altri, e le decisioni riguarderebbero, nei loro effetti, solo coloro che le mettono in atto. Si tratta, però, di una situazione irrealistica, una sorta di esperimento mentale che permette di isolare il diritto di libertà individuale dalle interazioni con la libertà degli altri per mettere in evidenza il gioco reciproco delle singole libertà.

Ma laddove il gioco delle libertà è un esercizio astratto per esplorare il significato stesso di libertà e di reciprocità, la loro effettiva e simultanea tutela richiede l'intervento di un arbitro *super partes* in grado di sostituire al giudizio individuale il giudizio pubblico a tutela di tutti e di ciascuno.

Lo Stato, oltre ai singoli individui, valuta come stringenti ragioni consequenzialistiche per un suo intervento: a) l'abbattimento dei tassi di morbosità e mortalità dovuti alla diffusione del contagio; b) il contributo alla sostenibilità del si-

¹³ Risorsa scarsa o non sufficiente è, come noto, la disponibilità di posti nelle terapie intensive o anche nei reparti ospedalieri e negli ambulatori, presso i quali si è registrato un conseguente minore afflusso di pazienti di altre patologie. Un contributo interessante è: K. ORFALI, «Getting to the Truth: Ethics, Trust, and Triage in the United States versus Europe during the Covid-19 Pandemic», in *Hastings Center Report*, 2020, DOI: 10.1002/hast.1206.

¹⁴ A. DAWSON, «Herd Protection as a Public Good: Vaccination and our Obligations to Others», in *Ethics, Prevention and Public Health*, a cura di A. DAWSON, M. VERWEIJ, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 160-178.

stema sanitario: i vaccini sono costo-efficaci perché permettono di evitare più elevati investimenti nel trattamento della malattia, specie quando, in situazioni gravi, richieda cure intensive. L'utilità prodotta è superiore ai costi individuali (eventuali effetti avversi del vaccino) e ai costi collettivi (la malattia dei contagiati se non anche la morte). L'obiettivo fondamentale è sempre quello, l'immunità di gregge: se la vaccinazione porta un beneficio potenziale all'individuo che la riceve perché ha meno probabilità di sviluppare la malattia se viene a contatto con il virus, c'è anche un importante beneficio per la società se un numero sufficiente di membri di quella popolazione sono vaccinati. È improbabile che un individuo malato trasmetta l'infezione se gli individui circostanti sono stati vaccinati, così come qualsiasi individuo non vaccinato è meglio protetto poiché è meno probabile che entri in contatto con un individuo infetto.

L'immunità di gregge – l'obiettivo fondamentale del vaccino – è un bene pubblico in quanto, una volta raggiunta, è a disposizione di chiunque e nessuno ne è escluso, senza che la disponibilità di tale bene diminuisca. In altre parole, l'immunità di gregge non è né un bene privato (escludibile e caratterizzato da rivalità nel consumo) né un bene comune (non escludibile ma caratterizzato da rivalità nel consumo) bensì, appunto, un bene pubblico¹⁵. Lo è in quanto non è riconducibile alla semplice aggregazione di beni individuali né può essere scomposto in beni individuali e distribuito tra i membri di una popolazione. Se l'immunità è raggiunta, tutti ne beneficiano.

Se le cose stanno così, si capisce dunque perché la coercizione – l'obbligo vaccinale – sia, in circostanze di effettiva emergenza, la soluzione perseguita dallo Stato, affinché si dia, nel minor tempo possibile, una situazione di relativa sicurezza sanitaria, specie in contesti in cui le strutture sanitarie pubbliche sembrano insufficienti e inefficienti, in cui si è sviluppata una comprensibile mancanza di fiducia nei confronti delle istituzioni, in cui è si sta sempre più indebolendo il senso di solidarietà sociale e, per converso, si sta sempre più rinforzando una cultura sociale impegnata nella difesa delle libertà individuali come fossero baluardi inespugnabili, a dispetto dei valori della comunità. Infine, nei casi di maggiore asocialità, le vaccinazioni obbligatorie contrastano le conseguenze negative di un generalizzato *free-riding*, cioè di quei comportamenti opportunistici che, quando diffusi, generano disutilità collettive. È la situazione che si ve-

¹⁵ Sul tema: G. OTTAVIANO, «Vaccino anticovid: un bene pubblico globale», in *Economia & Mercati*, 17 settembre 2020, <https://emplus.egeaonline.it/it/354/economia-mercati/1185/vaccino-anticovid-un-bene-pubblico-globale>. Si veda anche: F. PENNISTRÌ, «Quale libertà? La copertura vaccinale fra salute collettiva e scelte individuali», in *Politiche Sanitarie. Italian Journal of Health Policy*, 19, 2018, pp. 132-139. Considerazioni in direzione del vaccino come bene pubblico sono presenti nel documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *I vaccini e Covid-19. Aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020, http://bioetica.governo.it/media/4082/p140_2020_vaccini-e-covid19_it.pdf. Va precisato che nel documento non compare l'espressione 'bene pubblico' bensì, con lo stesso significato, 'bene comune'.

rifica quanto larga parte degli individui entro una collettività non si assume quel dovere di *fairness* o equità che impone a ciascuno di «fare la propria parte» nella realizzazione del bene collettivo di cui essi stessi usufruiscono.

Detto questo, sarebbe da apprezzare l'idea che l'obbligo vaccinale non funga solo da strategia di compensazione, per dir così, di comportamenti opportunistici qual è quello di chi evita di accollarsi i rischi lievi del vaccino confidando nell'immunità di gregge, ma corrisponda anche al principio di *fairness*, ovvero di un'equa distribuzione degli oneri che la realizzazione di tale immunità comporta. In altre parole, la vaccinazione obbligatoria non dovrebbe essere solo una risposta prudenziale o di massimizzazione dell'utilità attesa a fronte di comportamenti opportunistici giustificati sulla base del principio di libertà; la vaccinazione obbligatoria dovrebbe essere una politica ispirata anche al principio di *fairness*, che dovrebbe fondare una società liberale e solidale¹⁶.

3. *Paternalismi liberali*

Si è visto, in conclusione al precedente paragrafo, come l'obbligo vaccinale possa essere visto come risposta coattiva agli opportunismi ma anche come adesione 'volontaria' a tale coazione da parte di chi – presumibilmente una minoranza – coltivi il principio di equità e il valore della solidarietà sociale. Chiaro è che una società liberale in cui il ruolo centrale delle istituzioni sia quello di costringere i cittadini ad agire in un certo modo corrisponde ad un modello di società povera di relazioni sociali, in cui la salute pubblica non sembra un bene pubblico né, tanto meno, un valore condiviso. Sembra darsi qui un paradosso: una società che privilegia il valore della libertà sopra altri valori finisce per doversi avvalere del potere coercitivo per assicurare un ragionevole bilanciamento tra il valore della libertà per l'uno e il medesimo valore per gli altri, nonché tra questi ed altri valori ancora. Il paradosso però svanisce non appena si chiarisca che il valore della libertà individuale non è assoluto, per cui l'azione coercitiva dello Stato è inteso a contemperare le libertà in gioco – e altri fondamentali interessi – sulla base del principio del danno.

Ritornando alla lezione di Mill, le sole limitazioni della libertà individuale giustificabili sono quelle necessarie a evitare che con la sua condotta un individuo danneggi altri individui. Aggiunge Mill che sono giustificabili anche quelle restrizioni alle azioni dell'individuo quando costui stia per agire nell'inconsape-

¹⁶ Questa considerazione, naturalmente, si applica solo ai comportamenti opportunistici, non già al rifiuto di vaccinarsi per ragioni mediche e sanitarie. Un'ampia introduzione sul rapporto tra *principio di fairness* e *free-riding* si trova in R. HARDIN, G. CULLITY, «The Free Rider Problem», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/free-rider/>>.

volezza dei rischi che sta correndo. Le restrizioni alla libertà individuale sono giustificate per il tempo necessario affinché l'individuo divenga consapevole delle possibili conseguenze dell'azione che sta per compiere, valutando pericoli incombenti o probabili rischi. L'idea generale è che, una volta che l'individuo fosse a conoscenza di questi, egli sia lasciato libero di agire come vuole. Stabilendo tale condizione, che si lasci cioè il tempo necessario per la presa di coscienza della situazione, Mill sta prevedendo eccezioni al dovere di lasciare totale libertà ai singoli. Si tratta, appunto, dei casi in cui i soggetti non fossero nella pienezza delle loro facoltà, circostanza che impedirebbe loro di assumere le informazioni necessarie per fare scelte consapevoli e libere¹⁷.

Agendo come custode delle libertà in gioco, a garanzia che nessun esercizio di libertà possa tradursi in un danno ad altri, lo Stato liberale svolge appieno la sua funzione. Viceversa, lo Stato che interferisse nella libertà dei singoli allo scopo di proteggerli dal danno che potrebbero causare a se stessi, laddove costoro fossero sufficientemente edotti del rischio che corrono, non sarebbe più liberale ma paternalistico. Il punto, nel caso del vaccino, è stabilire se uno Stato liberale sia o meno giustificato ad agire paternalisticamente.

La questione del paternalismo dello Stato liberale è più complessa di così, basti pensare alle successive articolazioni nel dibattito tra paternalismo *hard* e *soft*, *strong* o *weak*, per riferimento al grado di consapevolezza del soggetto tale da giustificare un intervento paternalistico, o per riferimento agli obiettivi del soggetto che agisce oppure ai soli mezzi che adotta per perseguirli¹⁸.

In prima battuta, dunque, si potrebbe giustificare l'intervento dello Stato nelle sfere di libertà degli individui, mediante l'imposizione di una politica vaccinale, data la limitata conoscenza da parte dei cittadini dei benefici del vaccino, a fronte di disagi minimi e minimi rischi, attesi tali benefici *in primis* per loro stessi in quanto singoli e, quindi, per loro in quanto collettività. Qui si applica l'idea che i cittadini non possiedano l'autorità epistemica necessaria per prendere decisioni esperte su questioni specifiche (come quelle mediche). Benché si possa dubitare di tale idea, è innegabile un diffuso atteggiamento di sudditanza epistemica nei confronti delle notizie attinte alla rete, spiegabile con l'attrazione per le spiegazioni che associano semplicisticamente effetti e cause, senza riguardo per la complessità dei fattori che concorrono al crearsi di certe situazioni. Tale attrazione, ampiamente studiata da sociologi e da psicologi sociali, soddisfa

¹⁷ Cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 13. Un breve resoconto del principio milliano di libertà si trova in N. RIVA, «Introduzione», in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, cit., pp. 9-11. Un saggio che discute efficacemente e per esteso il principio di libertà nell'ambito delle cure è P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano: Zadig Editore, 1999, in particolare la parte II.

¹⁸ Il punto di riferimento per queste distinzioni è: G. DWORKIN, «Paternalism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism/>.

l'inclinazione diffusa tra i naviganti della rete a confermare le proprie convinzioni invece che a metterle in discussione¹⁹.

Un tale paternalismo statale è giustificato da coloro che, oltre a considerare necessario un intervento dell'autorità a colmare le lacune conoscitive dei cittadini, considerano centrale anche il dovere dell'autorità di intervenire nei comportamenti che eventualmente costoro assumerebbero con il rischio di recare danno ad altri. In questo secondo caso non è solo il bene dell'individuo a motivare l'interferenza nella sua sfera di autodeterminazione, ma anche il bene degli altri, che a causa del comportamento del primo corrono un pericolo non ipotetico di rimanerne contagiati. L'assenza in loro di consapevolezza circa tale pericolo, dunque la loro incapacità (nel senso di impossibilità) di poter provvedere da sé alla propria stessa tutela, motiva l'azione dello Stato e la qualifica come paternalistica, benché si tratti di un tipo impuro di paternalismo²⁰. Anche al bene di questi ultimi si rivolge, dunque, l'azione dello Stato che interferisce con la libertà del primo: lo Stato ottempera al dovere di decidere al posto di costui e di coloro con cui viene in contatto (in assenza di altre restrizioni) nell'interesse dell'uno e degli altri, assumendo che l'uno e gli altri siano in condizioni di non totale consapevolezza circa il pericolo attuale che corrono, nel contagiare e nell'essere contagiati.

A rendere complessa la situazione contribuisce l'ulteriore elemento, ampiamente accennato, della sovrapposizione, in caso di epidemia, della tutela della salute individuale e della tutela della salute pubblica. La salute individuale non

¹⁹ Sul punto si veda tra gli altri P. WALLACE, *La psicologia di Internet*, Milano: Cortina, 2016. Più specificamente per il caso dei vaccini e delle notizie false a riguardo: E. LALUMERA, «Resistenza alla vaccinazione: il ruolo della fiducia e dei valori», in *Notizie di Politeia*, 36, 2018, pp. 19-28; C. MORONI, «Opinione pubblica e pandemia: cosa resterà delle distorsioni causate dal Covid-19», in A. CAMPI (a cura di), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Soveria Mannelli: Rubbettino, 2020, pp. 167-175.

²⁰ Di paternalismo impuro parla sempre G. DWORKIN, «Paternalism», cit. Di paternalismo impuro in relazione all'obbligo vaccinale parla anche: A. GIUBILINI, «An Argument for Compulsory Vaccination: The Taxation Analogy», in *Journal of Applied Philosophy*, 37, 3 2020, pp. 446-466. Una posizione parzialmente simile è quella di: J. COGGON, A. VIENS, «Collateral Paternalism and Liberal Critiques of Public Health Policy: Diminishing Theoretical Demandingness and Accommodating the Devil in the Detail», in *Health Care Analysis*, 28, 2020, pp. 372-381. Si veda anche, per una discussione più estesa sul paternalismo collaterale: J. COGGON, *What Makes Health Public? A Critical Evaluation of Moral, Legal, and Political Claims in Public Health*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012. L'idea è di considerare l'ambito della salute come un ambito particolare in cui le conseguenze delle decisioni circa la salute collettiva rilevano anche sulle vite di coloro ai quali la decisione non è primariamente indirizzata. Insistere con politiche ispirate solo ai principi inviolabili quale quello di libertà rischia di non dare riscontro all'evidenza dei fatti quando questi mostrano che soddisfare le istanze di libertà rischia di perpetuare e aggravare i danni a livello della collettività. Ci sono contesti, come quelli pandemici, in cui occorre non temere di «offendere» coloro su cui ricadono gli effetti paternalistici collaterali delle decisioni prese per proteggere i più vulnerabili.

rientra, in questo caso, nel paniere personale dei beni, dal momento che è condizione – nel caso di interazioni non ‘ristrette’ – per la salvaguardia della salute pubblica²¹. Usando una classica espressione, la scelta dell’individuo non è *self-regarding*, o almeno non lo è nelle circostanze abituali di soggetti che ne incontrano altri (diversamente, non si motiverebbe neppure il contagio dei ‘contagianti’).

Lasciare a individui scarsamente informati o disinformati (magari anche perché riluttanti ad apprendere i contenuti della scienza)²² una scelta rilevante in termini di salute della collettività è decisione che uno Stato liberale fatica a giustificare, fintantoché tale Stato deve ergersi a garante del diritto di tutti, specie dei più vulnerabili, di non subire danni alla propria salute per causa altrui. Lo Stato, in questa funzione di garanzia, non può tollerare atteggiamenti dannosi o con probabilità di esserlo, laddove non sono in gioco credenze e gusti personali ma, di nuovo, il valore della salute pubblica²³.

4. Conclusione

Queste ultime considerazioni, per cui si è giustificato un atteggiamento paternalistico da parte di uno Stato liberale che prenda sul serio il suo mandato di garante delle libertà di tutti e di ciascuno, riconducono alle ragioni a favore dell’obbligo vaccinale che un cittadino ragionevole dovrebbe sottoscrivere. Come però si accennava al termine del secondo paragrafo e all’inizio del terzo, ricorrere ad un obbligo in questo ambito sembra sottintendere l’assenza di un senso civico o anche di responsabilità del singolo nei confronti della comunità in cui vive e agisce. Si è anche fatto cenno, drammaticamente, alla mancanza di fiducia nelle istituzioni, politiche e medico-scientifiche. Si combinano fattori quali la tradizionale sfiducia nelle istituzioni e nella classe politica, la sfiducia negli esperti, in parte dovuta alla loro sovra-esposizione mediatica e alla disomogeneità delle loro dichiarazioni, una sfiducia in parte rinfocolata dalla diffusione di *fake news*, il fragile senso di appartenenza ad una collettività che si dovrebbe contribuire a tutelare se non anche a promuovere. Ora, la restrizione della liber-

²¹ G. BONIOLO, «Covid-19. Da una falsa etica dei diritti all’etica dei doveri», in *Scienza in rete*, 16 marzo 2020, <https://www.scienzainrete.it/articolo/covid-19-da-falsa-etica-dei-diritti-alletica-dei-doveri/giovanni-boniolo/2020-03-16>.

²² C. MARTINI, «Ad Hominem Arguments, Rhetoric, and Science Communication», in *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 55, 1, 2018, pp. 151-166.

²³ Sul punto: J. BRENNAN, «A Libertarian Case for Mandatory Vaccination», in *Journal of Medical Ethics*, 2018, 44, pp. 37-43. Brennan chiama ‘principio delle mani pulite’ quello per cui lo Stato ha il dovere di impedire a chiunque la partecipazione ad attività collettivamente dannose, ma anche quello di impedire la partecipazione di alcuni all’imposizione collettiva di rischi inaccettabili per altri.

tà e la coercizione possono acuire questa sfiducia, a fronte della quale si dovrebbero promuovere approcci meno restrittivi e meno coercitivi, tali da puntare su un'informazione pubblica omogenea e accessibile, veicolata da agenzie qualificate e riconosciute pubblicamente. Con omogeneità non si intende pensiero unico o affermazioni univoche atte a dissimulare il dissenso; significa, invece, concordare sulle metodologie della scienza e sottolineare la natura rivedibile di ogni dato scientifico, evitando così il diffondersi di certezze ingiustificate o di incertezza immotivate. Solo permettendo al pubblico di prendere atto dello statuto epistemico incerto della scienza si può costruire un clima di maggior fiducia nelle pratiche della scienza, smontando quella sorta di fideismo in dati non incontrovertibili o, al contrario, quella sorta di scetticismo con cui si alimentano infondate se non ridicole teorie cospirazioniste²⁴.

Si è usato un condizionale, 'dovrebbe'. In esso c'è tutto il senso di un'obbligatorietà morale, cui però non segue di per sé la condivisione di un obbligo anche politico²⁵. Nutrire un obbligo politico equivale a condividere sia l'importanza dell'appartenenza alla comunità politica, sia l'impegno a parteciparvi come cittadini responsabili, titolari di diritti e di doveri; equivale altresì a riconoscere i limiti del proprio giudizio su ciò che è utile o giusto fare o non fare in un contesto di relazioni reciproche. Su quel 'dovrebbe' si dovrebbe lavorare, scopo che va ben oltre quello del presente contributo.

²⁴ M.C. TALLACCHINI, «Vaccini, scienza, democrazia», in *Epidemiologia & Prevenzione*, 43, 1, 2019, pp. 11-3.

²⁵ Sull'obbligo politico un'utile introduzione è: J. HORTON, *Political Obligation*, Basingstoke UK: Palgrave, 2010.

L'ATTUALITÀ DEL PENSIERO DI MARIO CALDERONI: QUESTIONI BIOETICHE DI FRONTIERA COME *CASE STUDY*

Silvia Salardi

SOMMARIO: 1. Scenario. – 2. L'etica della chiarezza nel pensiero di Calderoni. – 3. Libero arbitrio, determinismo e responsabilità nel pensiero di Calderoni. – 4. Questioni bioetiche di frontiera come *case study*.

1. *Scenario*

Il presente contributo¹ intende affrontare alcuni punti chiave della riflessione di Mario Calderoni per mostrare la persistente vitalità del suo pensiero in un ambito tutto moderno, ossia quello della discussione bioetica. Questo tipo di operazione nel contesto bioetico non è una novità. È stata effettuata esplicita-

¹Questo contributo è dedicato a Patrizia Borsellino. Quando ho conosciuto la prof.ssa Borsellino, durante il corso di Filosofia del diritto che teneva per il secondo anno accademico alla neonata Università degli Studi dell'Insubria con sede a Como, non avrei mai pensato che un giorno avrei contribuito al volume in Suo onore. Non avrei nemmeno mai potuto immaginare che avrei avuto il piacere, ma soprattutto l'onore, di potermi annoverare tra i suoi allievi. L'incontro con Borsellino è stato per me determinante sotto molti punti di vista, ma in particolare per le scelte professionali che sono seguite. Grazie alla passione che Borsellino ha sempre messo e trasmesso nelle sue lezioni, rimasi profondamente affascinata dalla Filosofia del diritto di indirizzo analitico linguistico. Decisi così che la tesi di laurea doveva essere in quella materia. Ed è grazie alle indicazioni bibliografiche che Borsellino mi diede per iniziare la stesura della tesi che ho conosciuto il pensiero di molti importanti autori che hanno segnato profondamente il mio modo di guardare al mondo delle relazioni umane, tra cui appunto quello di Mario Calderoni. In questo contributo, dedicato alla Maestra Borsellino, ritengo che il mio compito non sia di analizzare criticamente il Suo pensiero, la cosa mi imbarazzerebbe non poco e non avrei la giusta distanza emotiva per fare un buon lavoro, ma piuttosto di richiamare il pensiero di un autore che la stessa Borsellino ha studiato in giovane età, dandone conto nel Suo brillante contributo dal titolo *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1979, 3:313-349, ripubblicato in S. SALARDI e M. SAPORITI (a cura di), *Le tecnologie 'moralì' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, 2020, Torino: Giappichelli, pp. 90-124.

mente da Patrizia Borsellino, che ha più volte richiamato le articolate analisi del filosofo², nell'affrontare le questioni bioetiche in campo genetico. È mia intenzione in questa sede richiamare l'indagine filosofica di Calderoni volta a eliminare i *non sensi* per dedurre qualche *lezione* utile ad affrontare alcune questioni definitorie e semantiche che gli sviluppi in ambito neuroscientifico e in quello dell'Intelligenza Artificiale (IA) portano *seco*. I concetti di libero arbitrio, determinismo, e responsabilità, ampiamente trattati dall'autore, rappresentano ancora oggi la chiave di lettura di molte questioni bioeticamente e biogiuridicamente rilevanti al centro del dibattito istituzionale nazionale ed europeo sulle c.d. questioni bioetiche di frontiera. Pertanto, il contributo analizzerà l'apporto chiarificatore di Calderoni in merito ai menzionati concetti per poi calare gli esiti di tale studio nel contesto delle questioni bioetiche di frontiera richiamate. Pur nella consapevolezza che la riflessione calderoniana e quella dell'attuale dibattito bioetico avvengono in tempi e situazioni storico-culturali molto diverse, è tuttavia possibile istituire, con la dovuta cautela, dei parallelismi, in quanto Calderoni è un indiscusso protagonista del risalente dibattito attorno al libero arbitrio e al determinismo, nonché anticipatore di sensibilità e metodologia analitica, che mai come nell'attuale *Società dell'Informazione*, risultano centrali per orientarsi nel variegato universo discorsivo che, spesso e volentieri, mischia descrittivo e normativo, linguaggio scientifico e linguaggio etico-giuridico, trasformando in *ineluttabile* ciò che invece è solo il prodotto di volontà umana. Sarà interessante notare che, oggi come allora, la chiave per la comprensione e soluzione di molti problemi di comunicazione resta quella del chiarimento semantico dei concetti, del controllo linguistico e, più in generale, dell'attitudine spirituale verso e dell'impegno filosofico per un'etica della chiarezza³.

2. L'etica della chiarezza nel pensiero di Calderoni

Come ricordano Baldassarre Pastore e Giovanni Tuzet nel volume dedicato⁴ all'autore, «Mario Calderoni (1879-1914) è stato uno dei protagonisti della bre-

²P. BORSELLINO, *Bioetica tra 'moralì' e diritto*, Milano: Raffaello Cortina, 2018, in particolare nel capitolo 9, p. 375 ss. Anche altri autori hanno riattualizzato la riflessione calderoniana a questioni moderne, cfr. R. BARTOLI, *Scuola positiva e Scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni*, in B. PASTORE e G. TUZET (a cura di) *Mario Calderoni (1879-1914): Il Pragmatismo fra Diritto ed Economia*, Estratto dal Volume *Quaderni Fiorentini. Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 45, 2016, pp. 385-405.

³R.M. CALCATERA, *La responsabilità di credere. Osservazioni sul pragmatismo etico di Mario Calderoni*, in B. PASTORE e G. TUZET (a cura di) *Mario Calderoni (1879-1914): Il Pragmatismo fra Diritto ed Economia*, cit., pp. 427-444.

⁴*Ibidem*, pp. 361-489.

ve ma intensa stagione del pragmatismo italiano [...]. Il suo primo scritto significativo ha natura giuridica: è la tesi di laurea del 1901 in cui discute le questioni fondamentali su cui al tempo si confrontavano ancora la scuola positiva e quella classica del diritto penale, ossia la questione del libero arbitrio e la giustificazione del diritto di punire»⁵. Calderoni è un importante esponente del pragmatismo italiano⁶. La sua posizione pragmatista risulta vicina a quella del contemporaneo Peirce⁷ con cui condivide la ricerca metodologica di una procedura per determinare il significato delle proposizioni⁸ per evidenziarne le ricadute pratiche, in quanto ritiene che ciò che rileva in un'asserzione, teoria, o ipotesi «risiede nelle conseguenze “pratiche” che se ne possono trarre»⁹. Il fine principale è quindi «quello di aver le idee chiare e precise *ossia* – ciò che è per essa la stessa cosa – di conoscere e prevedere le conseguenze dei nostri atti»¹⁰. Sulla scia, quindi, della tradizione filosofica, che ha avuto celebri esponenti come Thomas Hobbes, intesa non solo a sgombrare il campo da equivoci linguistici, ma a sottolineare la ricaduta pratica di tale operazione di pulizia semantica, Calderoni anticipa altresì orientamenti analitico-linguistici che troveranno espressione piena nel secolo XX, con particolare riferimento alla scuola oxfordiana e a chi, nel nostro contesto nazionale, ha fatto propri quegli insegnamenti come Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli e Patrizia Borsellino. Come è stato infatti ben evidenziato «l'analisi linguistica calderoniana si fonda su due assunti ugualmente rilevanti»¹¹: per un verso, una teoria semantica che prende il via dai significati dei termini consacrati dall'uso nel linguaggio ordinario, per altro e connesso verso, la constatazione che i significati dei termini non restano fissi nel corso del tempo, in quanto le implicazioni, le idee e i criteri impiegati per definirli sono a loro volta oggetto di trasformazione, non avendo con i 'concetti maestri' altro che:

⁵ *Ibidem*, pp. 361-362.

⁶ Vi sono due saggi importanti sul tema. M. CALDERONI, *Variazioni sul pragmatismo* (pp. 239-258) e *Le varietà del pragmatismo* (pp. 209-222) entrambi in G. PAPINI (a cura di) *Scritti di Mario Calderoni*, 1 vol., Firenze: Società Anon Editrice 'La Voce', 1924.

⁷ Calcaterra chiarisce che, seppur vero che il pragmatismo di Peirce appare più congeniale a Calderoni rispetto a quello di James, in realtà «gli scritti di Calderoni attestano la sua propensione a ritrovare un punto fermo della divergenza tra Peirce e James proprio nei rispettivi atteggiamenti, diciamo così, di 'rispetto' e di 'sospetto' nei confronti del metodo scientifico». Cfr. R.M. CALCATERRA, *La responsabilità di credere. Osservazioni sul pragmatismo etico di Mario Calderoni*, cit., pp. 431-432.

⁸ C.S. PEIRCE, *How to Make our Ideas Clear*, in J. HOOPES (eds.) *Peirce on Signs: Writings on Semiotic by Charles Sanders Peirce*, Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1991.

⁹ M. CALDERONI, *Variazioni sul pragmatismo*, cit., p. 259.

¹⁰ *Ibidem*, p. 240.

¹¹ P. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 329.

«un semplice rapporto di contiguità e non di dipendenza logica»¹². A questi assunti si affianca una teoria della definizione che rifiuta inequivocabilmente la concezione essenzialistica del linguaggio e che rientra invece, a buon titolo, in quella che Scarpelli definisce *diffinitio quid nominis*¹³. La ricerca di chiarezza concettuale nasce secondo Calderoni nel momento in cui sorge «dissenso tra coloro che debbono»¹⁴ applicare una data parola «tutte le scienze, tutte le discipline hanno i loro ‘casi difficili’ [...] che fanno sentire il bisogno di definire [...]». Egli anticipa così quanto Herbert Hart avrà modo di osservare nel suo volume *Il concetto di diritto* diversi decenni più tardi. In merito alla definizione intesa come strumento per delimitare i confini semantici di una parola, Hart afferma che «[l’]esigenza di tracciare queste linee è spesso sentita da coloro che sono perfettamente a loro agio con l’uso quotidiano della parola in questione, ma non sono in grado di formulare o spiegare le distinzioni che, come essi intuiscono separano un genere di cose da un altro»¹⁵. Calderoni non anticipa solo la teoria semantica e della definizione che si affermerà diversi decenni più tardi, ma nell’affermare il *valore sociale* del linguaggio¹⁶ apre le porte alle riflessioni successive da parte di filosofi analitici come Uberto Scarpelli che sostengono la stretta connessione tra le vicende del linguaggio e le «trasformazioni dei soggetti umani e le trasformazioni delle circostanze intorno ai soggetti umani»¹⁷. Insomma, a fronte dei presupposti della teoria semantica e definitoria di Calderoni è possibile affermare il valore pratico delle operazioni di chiarimento concettuale, che l’autore chiama *questioni di parola*, con particolare riferimento all’«enorme importanza pratica del problema della Responsabilità»¹⁸, la cui rilevanza anche nei dibattiti odierni avremo modo di analizzare di seguito.

3. *Libero arbitrio, determinismo e responsabilità nel pensiero di Calderoni*

I seppur brevi cenni alla teoria semantica e definitoria di Calderoni, effettuati nel paragrafo che precede, torneranno utili per discutere non solo, nel presente

¹² M. CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, in G. PAPNI (a cura di) *Scritti di Mario Calderoni*, vol. 1, Firenze: Società Anon. Editrice ‘La Voce’, 1924, p. 52.

¹³ U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in ID. *L’etica senza verità*, Bologna: il Mulino, 1982.

¹⁴ M. CALDERONI, *La filosofia del diritto*, cit., p. 276.

¹⁵ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino: Einaudi, 1961, p. 18. Uberto Scarpelli sottolinea a sua volta come «[i]l problema filosofico nasce quando nel linguaggio sentiamo qualcosa che non va, quando i significati ci sfuggono, quando dubitiamo che la significanza di una parola o di un discorso sia illusoria», U. SCARPELLI, *Filosofia analitica norme e valori*, Milano: Edizioni Comunità, p. 16.

¹⁶ M. CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 51.

¹⁷ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica norme e valori*, Milano: Edizioni Comunità, 1962, p. 16.

¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

paragrafo, i concetti di libero arbitrio e determinismo nella prospettiva calderoniana, ma anche per la loro contestualizzazione nell'attuale dibattito bioetico e biogiuridico, di cui si avrà modo di trattare nel proseguo di questo lavoro. Va innanzitutto notato che le questioni di cui si è occupato Calderoni in tema di libero arbitrio, determinismo e responsabilità mantengono una sorprendente attualità nonostante la distanza temporale. Quando Calderoni scriveva si stava consumando il dibattito filosofico tra Scuola classica e Scuola positiva del diritto penale¹⁹, dibattito che derivava il suo carburante dagli importanti sviluppi scientifici dell'epoca. In tale disputa, giocano un ruolo determinante le acquisizioni scientifiche di quegli anni in sociologia, con il sussidio dell'antropologia, della statistica e simili. In analogia con quanto accadeva in quel periodo, anche nel dibattito contemporaneo le scoperte scientifiche sono il perno attorno a cui viene riproposta la *vexata quaestio* su libertà e responsabilità di cui si dirà più avanti.

Puntando l'attenzione su ciò che accadeva al tempo di Calderoni, va ricordato che una parte sostanziale del dibattito deriva la sua problematicità dalla scelta della Scuola penale positiva, detta anche "antropologica" o "sociologica"²⁰, di far proprio il metodo sperimentale. Secondo questa Scuola il metodo in oggetto non è un metodo tra i metodi per lo studio del reale e dei comportamenti umani, ma viene inteso come base esclusiva su cui costruire tutta la conoscenza, ivi compresa una nuova scienza penale. Questa posizione teorica si fonda sull'assunto che il rigore metodologico proprio delle scienze sperimentali non sia riscontrabile in altri rami del Sapere²¹. Nella visione della Scuola penale positiva, il metodo sperimentale diviene la stella polare che orienta o dovrebbe orientare ogni ambito di analisi e riflessione. Il tentativo è infatti quello di applicarlo *tout court* anche alla dimensione etico-giuridica. La conseguenza più insidiosa di tale modalità operativa è che la dimensione esclusivamente empirica del metodo in oggetto travolge completamente, nel senso che dissolve in essa, la dimensione valoriale del diritto e con essa il ruolo dell'interpretazione giuridica da parte del giudice e del giurista più in

¹⁹ Come osserva Bartoli «alla fine dell'Ottocento la contrapposizione tra le due scuole» era affievolita «[d]a un lato, il positivismo non era più [...] quello lombrosiano a carattere biologico, né quello di Garofalo a carattere psicologico, anche perché proprio in quegli anni prendeva sempre più corpo e vigore il movimento che verrà denominato *socialismo giuridico* e che muoveva da una decisa negazione della prospettiva antropologica per spostare interamente l'attenzione sulla *questione sociale*» cfr. R. BARTOLI, *Scuola positiva e Scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni*, cit., p. 388.

²⁰ Variano nel pensiero degli autori le conseguenze pratiche del determinismo: per Lombroso i fattori determinanti sono primariamente antropologici, ha un approccio incentrato sugli aspetti clinico-morfologici, mentre Ferri dà rilevanza ai fattori sociologico-ambientali. La fortuna dell'approccio lombrosiano è documentata ad esempio in V. Fiorino, *I segni lombrosiani alla prova della follia*, in S. MONTALDO e P. TAPPERO (a cura di), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino: Utet, 2009, p. 313 ss.

²¹ Sul problema richiamato si veda l'efficace saggio di Norberto Bobbio intitolato *Scienza giuridica*, in ID. *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 336-365.

generale. Sulla base di queste premesse, in merito alle questioni al centro del dibattito, ossia il libero arbitrio e la concezione deterministica, la Scuola positiva ritiene il libero arbitrio²² un postulato indimostrabile sul piano empirico. Tale Scuola, aderendo alla concezione deterministica, asserisce «la validità universale del principio di causalità assunto come nozione fondamentale»²³ giungendo così a sostenere la sua applicabilità sempre e comunque anche alle azioni umane. Così facendo è giocoforza negare l'esistenza di atti autenticamente volontari, in quanto l'agire umano risulterebbe condizionato da cause date che non lasciano spazio alla scelta di agire diversamente. In assenza di tale libertà anche la nozione di responsabilità muta la sua veste semantica. Non una responsabilità e con essa una conseguenza sanzionatoria volta alla retribuzione e alla riabilitazione, ma piuttosto una risposta sanzionatoria, a volte anticipatoria rispetto all'agire concreto, che punta alla difesa e alla profilassi sociale. A fronte di questa situazione in cui sembrano possibili solo due strade o si nega il libero arbitrio a favore di una visione deterministica dell'agire umano o lo si postula senza poterlo dimostrare, Calderoni affronta i contenuti delle posizioni antagoniste dal punto di vista definitorio, con riferimento ai concetti di libero arbitrio e determinismo. Non manca poi di calare le riflessioni concettuali nell'ambito degli scopi della pena e di riprendere le ricadute delle varie posizioni sul concetto di responsabilità. Con specifico riferimento all'operazione definitoria, Calderoni mette chiaramente in luce, come richiamato nel paragrafo che precede, che i termini come libertà e libero arbitrio non hanno un unico significato che è rimasto inalterato nel tempo. Tutto il contrario! È proprio l'esistenza di almeno due diversi sensi del concetto di libero arbitrio, che ad un certo punto della sua storia semantica sono venuti a coincidere, che nasce la *questione di parola*. Il concetto di *liberum arbitrium* ha originariamente significato «facoltà di scegliere *volontariamente* fra le diverse azioni quella che si preferisce, e di menare ad esecuzione il verdetto della volontà»²⁴. Insomma, in quest'accezione la libertà è venuta a coincidere con la volontarietà delle azioni. A questo significato, con il tempo, si è aggiunto un altro significato che richiama la libertà *metafisica*²⁵, ossia l'indipendenza assoluta da ogni vincolo di causalità. La coesistenza di questi due significati è stata messa in crisi dalle scoperte scientifiche, come osserva

²² Giova ricordare che è un'espressione del linguaggio teologico che, da Agostino in poi, designa la libertà di scelta o del volere umano.

²³ P. BORSSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 320.

²⁴ M. CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 61.

²⁵ *Ibidem*. Come osserva Calderoni a un certo punto della storia del concetto di libertà si è distinta la questione della libertà *fisica*, ossia se l'uomo può volere ciò che fa e fare ciò che vuole, dalla c.d. libertà *metafisica* in cui è confluita la questione del libero arbitrio che si è ritenuto «conservasse gran parte della sua importanza pratica e morale e seguitasse ad essere fondamento della responsabilità etica ed anche giuridica».

Calderoni, ossia «quando cambiò il modo di considerar la natura dell'azione volontaria; quando si suppose o si credette dimostrato che anche di essa potevano rintracciarsi le cause; ne venne che chi al nome libertà faceva corrispondere soprattutto il secondo degli attributi si credette poter affermar legittimamente che l'uomo non fosse libero, e conseguentemente che non fosse neppur responsabile delle proprie azioni»²⁶. Tuttavia, la questione di una libertà superiore o metafisica è mal posta secondo Calderoni perché quello che va considerato in merito ai termini in gioco, così come per i termini di causa e necessità, è che hanno «un significato consacrato dall'uso»²⁷, evidenziato dal fatto che la distinzione tra atti liberi e non liberi è costantemente utilizzata nel senso comune per designare le azioni individuali e le loro ricadute sulle relazioni con gli altri²⁸. Il focus sull'uso comune consente a Calderoni di mettere in luce che l'operazione di stravolgere arbitrariamente il significato rispetto all'uso corrente di un concetto può produrre enorme confusione «con danni teorici e pratici talora gravissimi»²⁹. Per tale motivo, l'autore argomenta a favore dell'uso consolidato di libertà. Nel sentire comune, libertà significa volontarietà delle azioni e in tale contesto la distinzione tra azioni volontarie e involontarie è fondamentale per poter prevedere la responsabilità «dell'uomo di fronte al suo simile per le azioni commesse»³⁰. Le azioni volontarie sono quindi «quelle su cui influiscono i nostri giudizi in relazione alle loro conseguenze [...]. Volontari e dunque responsabili sono gli atti che possono essere preveduti e la cui previsione influisce sulla loro produzione»³¹. Allo stesso modo in cui Calderoni insiste che non ci si deve allontanare dal sentire comune in merito al significato di libertà, più in là nel tempo Herbert Hart e Tony Honoré³², ricostruendo le vicende storiche del concetto di causalità³³, che da sempre si ac-

²⁶ *Ibidem*, p. 62.

²⁷ *Ibidem*, p. 63.

²⁸ Con la sua capacità anticipatoria, con queste affermazioni Calderoni preconizza le articolate analisi di Peter Strawson sull'impatto delle azioni umane nei rapporti interpersonali. In particolare, a Strawson interessa capire quando sia giustificabile razionalmente una valutazione morale del comportamento e quando ciò perda di senso. È a questo fine che egli distingue tra due gruppi di «atteggiamenti»: *reactive attitudes* (atteggiamenti reattivi) e *objective attitudes* (visione oggettiva). Cfr. P. STRAWSON, *Freedom and Resentment*, London: Oxford University Press, 1982. Cfr. Anche F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, Milano: Giuffrè, 2008.

²⁹ *Ibidem*, p. 50.

³⁰ *Ibidem*, p. 72.

³¹ B. PASTORE, *Pragmatismo e diritto penale. Le riflessioni di Mario Calderoni su «libero arbitrio» e «determinismo»*, in B. PASTORE e G. TUZET (a cura di), *Mario Calderoni (1879-1914): Il Pragmatismo fra Diritto ed Economia*, cit., p. 377.

³² H.L.A. HART, T. HONORÉ, *Causation in the law*, Clarendon Press, Oxford, 1985.

³³ La posizione di Calderoni in merito è, come osserva Pastore, riconciliazionista o compatibilista e quindi condivide la definizione di causalità data da Hume come congiunzione costante (non necessaria) di un fenomeno anteriore con un fenomeno conseguente. Cfr. B. PASTORE, *Pragmati-*

compagna alle dispute sulla libertà, hanno messo in luce il significato ad esso attribuito nel linguaggio comune. Come per le nozioni di libertà e libero arbitrio anche per il concetto di causalità esistono diverse variazioni semantiche, ad esempio, “effetto”, “risultato” e “conseguenza”, per il cui approfondimento rimandiamo alle pagine dei due autori. Qui basta ricordare che dall’analisi del senso comune emerge che, sebbene non esista un’unica nozione di “causa”, bensì una famiglia di concetti, la nozione principale è data dalla correlazione tra “causa” e “effetto”³⁴. Nell’identificare la causa, l’uomo comune non compie tanto un’operazione di selezione della causa da un certo gruppo di condizioni. Ciò che l’uomo comune considera causa, dicono i due autori, è di solito il suo intervento (*intervention*), cioè il suo comportamento a cui è riconducibile l’effetto concreto. Sempre in questa linea di pensiero, sul piano delle relazioni interpersonali, studi di psicologia sociale³⁵ hanno evidenziato come l’uomo comune ricerchi la singola e sufficiente spiegazione, intesa come causa, del comportamento altrui. In altre parole, la nostra spiegazione del rapporto causa-effetto si ferma laddove un’intenzione o un motivo ci appaiono come una sufficiente ragione³⁶. Se trasferiamo queste osservazioni alla posizione calderoniana ci avvediamo che egli non è così distante. Anche Calderoni «valorizza il procedimento motivazionale che sta alla base di ogni decisione criminosa di cui si può chieder conto in termini di responsabilità»³⁷. In altre parole, l’azione volontaria si profila quando accanto al materiale grezzo formato dagli istinti e dagli impulsi compare la *credenza*, ossia «un giudizio che formuliamo sulle cose e che implica la considerazione delle conseguenze certe o probabili in relazione all’atto che si compie o sta per compiersi»³⁸. Alla luce delle considerazioni che precedono possiamo, a buona ragione, affermare che l’ele-

simo e diritto penale. Le riflessioni di Mario Calderoni su «libero arbitrio» e «determinismo», in B. PASTORE e G. TUZET (a cura di), *Mario Calderoni (1879-1914): Il Pragmatismo fra Diritto ed Economia*, cit., p. 379.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Con riferimento all’*“Attribution theory”*, cfr. F. HEIDER, *The psychology of interpersonal relations*, New York: John Wiley & Sons, 1958; E.E. JONES, *Interpersonal perception*, New York: Freeman, 1990; E.E. JONES, K.E. DAVIS, *From acts to dispositions: the attribution process in person perception. Advances in experimental social psychology*, L. BERKOWITZ (eds.), New York: Academic Press, 1965. Vol. II, pp. 219-266.

³⁶ Alf Ross avrà modo di distinguere tra le condizioni per l’azione quelle *costruttive* o potremmo dire *costitutive*, quelle *occasional* e infine quelle *motivazionali* che includono la volontà o il motivo per compiere un atto. Cfr. A. ROSS, *Colpa, Responsabilità e Pena*, Milano: Giuffrè, 1972.

³⁷ R. BARTOLI, *Scuola positiva e Scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni*, cit., p. 391.

³⁸ B. PASTORE, *Pragmatismo e diritto penale. Le riflessioni di Mario Calderoni su «libero arbitrio» e «determinismo»*, cit., p. 376. Il concetto di credenza è usato da Peirce in modo simile. Egli definisce *belief* come *a rule of action* o *habit*, cfr. C.S. PEIRCE, *How to Make our Ideas Clear*, cit., p. 166 ss.

mento motivazionale e la forte attenzione personalistica che caratterizzano la posizione di Calderoni sono centrali, ancora oggi, per la dimensione giuridica della responsabilità, in particolare per quella penale.

Quando Calderoni affronta il tema della responsabilità ha come principale obiettivo quello di mettere in luce la ricaduta pratica delle dispute semantiche attorno ai concetti che si collegano strettamente con il problema della responsabilità. Come egli sottolinea non sono «disquisizioni sterili ed oziose»³⁹. Al contrario, considerare l'essere umano libero di compiere atti volontari e di rispondere di tali atti significa essere disposti a trattarlo o meno come soggetto morale capace di scelte. In altre parole, la responsabilità per atti compiuti volontariamente implica il riconoscimento della *socialità* delle relazioni umane. Nel porre l'accento sulle *liste di responsabilità* imposte agli individui nella società in cui vivono⁴⁰ si esalta quell'elemento relazionale che consentirà, qualche decennio più tardi, ad autori come Herbert Hart, di parlare del sistema giuridico come *choosing system*⁴¹. In Calderoni la volontarietà degli atti degli individui «dipende in una certa misura [...] dalla loro *previsione* o *aspettazione* degli effetti, prossimi o remoti, delle loro azioni, ossia nel fatto che le nostre speranze e i nostri timori delle conseguenze dei nostri atti figurano fra le *cause* che concorrono a determinarli o impedirli»⁴². Non si tratta solo di *poter* prevedere, ma di *sapere* prevedere e Calderoni pone l'accento su questa distinzione che è «chiaramente di cruciale importanza per l'attribuzione della responsabilità morale o giuridica di un atto»⁴³.

La definizione calderoniana di atti volontari anticipa elementi che si troveranno diversi anni più tardi nella concezione hartiana del sistema giuridico come *sistema di scelte*. Nella prospettiva di Hart il diritto va inteso come *sistema di scelte* in cui gli individui che compongono la collettività sono considerati capaci di atti volontari nei sensi in cui li definisce Calderoni. Secondo Hart, infatti, il diritto offre ai consociati la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche dei comportamenti propri ed altrui, attribuendo al singolo la capacità di scegliere se rispettare o meno le norme predisposte a tutela dello stesso singolo e della collettività, consapevole della sanzione prevista in caso di violazione. Come è noto, Hart supera la prospettiva di chi guarda al diritto esclusivamente dall'ottica del *cattivo cittadino*⁴⁴, ovvero

³⁹ M. CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 51.

⁴⁰ M. CALDERONI, *Forme e Criteri di Responsabilità*, in G. PAPINI (a cura di) *Scritti di Mario Calderoni*, vol. 2, Firenze: Società Anon. Editrice 'La Voce', 1924, p. 58.

⁴¹ H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Essays in the philosophy of law, Oxford: Clarendon Press, 1968.

⁴² M. CALDERONI, *Forme e Criteri di Responsabilità*, cit., p. 68.

⁴³ R.M. CALCATERRA, *La responsabilità di credere. Osservazioni sul pragmatismo etico di Mario Calderoni*, cit., p. 437.

⁴⁴ Calderoni sembra non esplicitare questo punto. Egli appare ancora piuttosto ancorato alla prospettiva del *cattivo cittadino* quando scrive «la minaccia penale raramente riesce a distogliere tutti i *male*

di chi si astiene dal compiere un atto illecito solo per la conseguenza negativa che ne potrebbe derivare. Egli evidenzia l'esistenza di un diverso punto di vista, ossia quello del *buon cittadino*⁴⁵. Trattasi di colui che segue le norme non perché vi è una sanzione in caso di inottemperanza, ma perché condivide, avendole introiettate, le basi assiologiche delle norme e usa tali norme per giudicare il proprio e altrui comportamento. Come vedremo di seguito gli elementi richiamati in questo paragrafo sono molto utili a valutare l'impiego dei concetti analizzati in due ambiti di attuale interesse filosofico-giuridico, in particolare bioetico e biogiuridico. Mi riferisco alle neuroscienze e all'IA.

4. *Questioni bioetiche di frontiera come case study*

Come testé anticipato tratteremo due ambiti della riflessione bioetica e biogiuridica di frontiera utili a richiamare il ruolo pionieristico del pensiero di Calderoni sui temi della responsabilità e della libertà. I due ambiti in oggetto, come anticipato, sono quello neuroscientifico e quello dell'IA. Sebbene non necessariamente correlati, questi due contesti rappresentano due casi di studio molto interessanti per motivi diversi. Il campo neuroscientifico consente di riprendere le considerazioni di Calderoni in materia di determinismo e libero arbitrio, nei sensi in cui l'autore affronta queste questioni in relazione all'ambito penalistico. Invece, il riferimento all'incessante progresso dell'IA apre le porte all'analisi dei concetti di autonomia e responsabilità, analisi volta al duplice obiettivo di sollevare il problema semantico di tali concetti e di mettere in guardia dai pericoli derivanti dall'allontanamento eccessivo dalle *rappresentazioni* presenti nell'uso comune.

Volgendo dapprima lo sguardo alle neuroscienze, è innegabile che dai tempi in cui scriveva Calderoni la scienza ha fatto progressi enormi nella conoscenza dei meccanismi di funzionamento del cervello umano⁴⁶. Attraverso strumenti di indagine in grado di guardare dentro il nostro cervello si è ora in grado di vederne il funzionamento in diretta, comprenderne la configurazione e la variabilità così come individuare lesioni e patologie. Si è addirittura in grado di proporre forme di biopotenziamento cognitivo, non solo di

*intenzionati dal reato e può apparire perfettamente giustificata ove ottenga il risultato di distoglierne un certo numero», cfr. M. CALDERONI, *Forme e Criteri di Responsabilità*, cit., p. 72.*

⁴⁵ Sul tema del *buono e cattivo cittadino, punto di vista interno ed esterno*, cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit.

⁴⁶ La letteratura sul tema è molto vasta, cfr. ad esempio A. LAVAZZA e L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino: Codice edizioni, 2012; A. D'ALOIA e M.C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Switzerland: Springer Nature, 2020.

abilità mnemoniche, ma addirittura di tipo morale⁴⁷. Si è quindi riproposta con forza la questione del libero arbitrio e della sua 'collocazione' empirica. Lo strumentario a disposizione⁴⁸ e quello che con esso si può rilevare è stato inteso da molti come la soluzione all'antico dilemma circa l'esistenza di libero arbitrio. Si è infatti pensato che grazie alle conversioni tecniche di cui disponiamo sarebbe stato possibile trovare il *locus* del libero arbitrio nel nostro cervello. Ma in realtà questa profezia non si è ancora avverata⁴⁹. Quello che alcuni esperimenti⁵⁰ hanno dimostrato è che il cervello si prepara ad agire prima che l'individuo diventi consapevole di voler compiere una data azione. Se alla ricerca empirica della collocazione nella nostra mente del libero arbitrio, applichiamo il filtro semantico evidenziato da Calderoni, ci accorgiamo che molti dei fraintendimenti relativi al rapporto tra nuove scoperte scientifiche e libertà come libero arbitrio si ripropongono a causa della sovrapposizione di significato tra libertà metafisica e libertà come volontarietà. Della libertà metafisica al momento non è dato di trovare tracce empiriche come già era ai tempi del nostro autore. Nel senso che non è stata dimostrata l'esistenza di una libertà assoluta svincolata totalmente da determinanti causali. Se ciò è vero, è altresì vero che questi determinanti, a loro volta, non incidono sempre e necessariamente sulla capacità di compiere azioni che vogliamo compiere (volontarietà). Anche se si è dimostrato che l'attività nervosa della parte della corteccia motoria, corrispondente all'azione posta in essere, inizia qualche secondo prima che il soggetto sia cosciente di voler iniziare il movimento che concretizza l'azione, questo fatto non preclude la possibilità di considerare l'azione posta in essere come volontaria, poiché «siamo in grado di bloccare o alterare un comportamento, magari appena dopo che è iniziato, ma prima che ne derivino conseguenze disastrose»⁵¹. In

⁴⁷ S. SALARDI, *When the 'Age of Science and Technology' Meets the 'Age of Rights. 'Moral' Bio-enhancement as a Case Study*, in A. D'ALOIA e M.C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law*, cit., pp. 239-255.

⁴⁸ Stimolazione magnetica transcranica, stimolazione magnetica profonda, neuroimaging, chip impiantabili, interventi di tipo genetico ecc.

⁴⁹ Le oscillazioni in ambito neuroscientifico sulla reale portata delle evidenze sin qui raccolte è ancora molto ampia, cfr. E. TERVERS, N. KHALIGHINEJAD, A. SCHURGER, P. HAGGARD, *Do the readiness potentials happen all the time?* in *Neuroimage*, 2020, 206: 1-9; E. TERVERS, M. FRIEDMANN, P. HAGGARD, *The Readiness Potential reflects planning-based expectation, not uncertainty, in the timing of action*, in *Cognitive Neurosciences*, 2020, 6:1-14; A. SCHRUGER, J.D. SITT, S. DEHAENE, *An accumulator model for spontaneous neural activity prior to self-initiated movement*, in *Proc. Natl.Acad.Sci USA*, 2012, 109 (42): E2904-13.

⁵⁰ Cfr. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano: Raffaello Cortina, 2012, p. 82 ss.

⁵¹ M. COSTA, *Lombroso e le neuroscienze*, in S. MONTALDO e P. TAPPERO (a cura di), *Cesare Lombroso Cento Anni Dopo*, cit., p. 377.

assenza di influenze patologiche, l'essere umano *può*, nel senso che *sa*⁵², decidere se porre in essere un'azione o meno. La decisione individuale dipende, invero, non solo dagli eventi biologici che accadono nel cervello, ma da una serie di condizioni⁵³, che già Calderoni aveva individuato quando parlava di *credenze*, che sono elementi costitutivi della razionalità. Questo inflazionato concetto di razionalità caratterizza «diversi aspetti del comportamento umano: dell'agire, la cui Razionalità si commisura in base all'efficacia dei mezzi prescelti in vista di un fine; delle credenze, la cui formazione e modifica in base all'evidenza presiede alla decisione razionale; della elaborazione in forma sistematica dell'esperienza tramite principi esplicativi generali»⁵⁴. La corrente definizione di razionalità mette in luce elementi centrali dell'uso comune di questo concetto e con esso di ciò che intendiamo dire quando ci riferiamo a comportamenti liberi e volontari come comportamenti razionali, ossia legati a *credenze*, a cui sono sottese scelte di valore, che, a loro volta, stanno su un piano valutativo e non descrittivo. Non tenere conto del significato che il termine razionalità ha nel linguaggio ordinario implica allontanarsi molto dal significato condiviso di questo termine, arrivando, quindi, a mettere da parte l'elemento valutativo-normativo che è invece in gioco ogni volta che si parla di atto volontario, e di conseguenza di libertà e responsabilità morale e giuridica⁵⁵. Cercare di trovare un *locus* fisico nel cervello per il libero arbitrio, volerlo far cioè coincidere esclusivamente con gli aspetti che emergono dalle indagini neuroscientifiche, significa gettare nel cestino dell'insignificanza il concetto di razionalità e tutto quello che esso implica con il suo uso anche nel mondo giuridico. La sua insignificanza induce a sua volta quella del concetto di responsabilità, almeno nel senso soggettivo, correlato cioè all'imputabilità. Si lascia invece spazio alla responsabilità oggettiva o in generale *eteroimposta* da forze interne o esterne che l'agente non sa controllare

⁵² Con questa distinzione che Calderoni ha a cuore anticipa quegli studiosi del contesto anglosassone che qualche decennio più tardi hanno puntualmente analizzato i diversi significati di *can*, cfr. per tutti A. KENNY, *Freewill and Responsibility*, London: Routledge & Kegan Paul, 1977 e *The Ivory Tower*, Basil Blackwell: Essays in Philosophy and public policy, 1985.

⁵³ Come osserva Paul Nestor «The brain is neither pre-wired at birth nor is it a blank slate with limitless potential in meeting the external demands of the world. Rather the brain, though constricted in scope by biological parameters, is endowed with a modicum of plasticity so that the details of its circuitry and connectivity can be modified in response to culture and environment», cfr. P. NESTOR, *In defense of free will: Neuroscience and criminal responsibility*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2019, 65: pp. 1-7.

⁵⁴ N. ABBAGNANO, *Voce Razionalità*, in *Dizionario di Filosofia*, Torino: Utet, 2016.

⁵⁵ Cfr. anche A. CERETTI (1990), *È possibile parlare di responsabilità morale in criminologia?*, in *Criminologia e Responsabilità morale*, A. CERETTI e I. MERZAGORA (a cura di), Padova: Cedam «La responsabilità diviene un "costrutto sociale", che permette di rintracciare un legame funzionale fra l'individuo e le sue azioni, non si tratta quindi di un legame oggettivo, ma di un legame stabilito socialmente in relazione anche a criteri culturali», p. 261.

(responsabilità sociale assoluta)⁵⁶ o ha omesso di controllare (responsabilità indiretta). La prevalenza dell'uno o dell'altro senso di responsabilità non è indolore. La prima opzione «aprirebbe a una prevalenza delle istanze dello Stato su quelle dell'individuo», con il rischio di scivolare verso forme di *diritto penale massimo*⁵⁷, il cui principio ispiratore è *in dubio contra reo*. A tale risultato si perviene per tante strade, oggi, tuttavia, come ai tempi di Calderoni, la via maestra verso la realizzazione di questa idea di responsabilità, che scavalca ogni forma di razionalità come l'abbiamo definita poc'anzi, è rappresentata dalla tendenza ad assolutizzare i metodi della scienza negando sia la validità di altri metodi⁵⁸ e sia la possibilità di riflessioni, comunque condotte con rigore metodologico, di *coesistere* con il postulato scientifico⁵⁹. Ad aggravare questa tendenza all'assolutizzazione dei metodi neuroscientifici è la constatazione che essa avviene in assenza, ad oggi, di evidenze scientifiche mature e condivise.

In sintesi, in primo luogo, l'analisi semantica che precede ci consente di concludere che, oggi come al tempo di Calderoni, la soluzione della questione definitiva è il primo imprescindibile passo sia per il superamento di antitesi apparentemente insolubili sia per porre le basi per una discussione sgombra da fraintendimenti grossolani sul significato delle parole. In secondo luogo, se si accetta la tesi della coesistenza dei diversi metodi è possibile guardare ai risultati neuroscientifici, non tanto come strumenti per *smantellare* il diritto penale fondato sulla *mens rea*, ma per configurarlo in maniera più funzionale alla personalizzazione degli strumenti sanzionatori in vista di una sempre più precisa valutazione dell'imputabilità individuale⁶⁰. In tale direzione si muoveva già Calderoni quando cercava di integrare le valutazioni positivistiche con quelle della scienza giuridica sottolineando i possibili aspetti positivi di un superamento delle antitesi.

⁵⁶ Prende forma quando prevale una concezione della società di tipo organicistico e dottrine come quella del determinismo nella sua versione psichica. Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino: Utet, 1929.

⁵⁷ *Diritto penale minimo e diritto penale massimo* sono espressioni coniate da Luigi Ferrajoli. Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza, 1996, p. 81.

⁵⁸ P. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 319.

⁵⁹ Quello della coesistenza è di fatto l'elemento centrale dell'argomentare della posizione compatibilista o riconciliazionista a cui Calderoni aderisce. Ho parlato di *coesistenza 'funzionale'* in relazione alle questioni genetiche. «Con tesi della "coesistenza funzionale" tra determinazione causale e libertà morale intendiamo sottolineare che la non negazione dell'uno o dell'altro aspetto risulta funzionale alla spiegazione dei rapporti umani e dei comportamenti dei singoli, nel senso che la conoscenza dei limiti strutturali, quali quelli genetici, lungi dal fungere quale unico metro di giudizio per la loro spiegazione, diviene la base conoscitiva che permette un ampliamento dello spazio di scelta», cfr. S. SALARDI, *Test genetici tra determinismo e libertà*, Torino: Giappichelli, 2010, p. 23.

⁶⁰ Cfr. R. BARTOLI, *Scuola positiva e Scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni*, cit., p. 403.

Se dalle neuroscienze ci spostiamo a considerare un'altra questione di grande impatto socioculturale oltre che giuridico, ossia il tema dell'IA, ci avvediamo che anche qui quell'*etica della chiarezza*, a cui si ispirava Calderoni, può tornare utile per individuare la strada più sostenibile per il pervasivo progresso in questo settore tenendo conto delle sue ricadute sotto diversi profili: morale, etico, giuridico, antropologico, sociale e culturale. Sebbene sia ovvio che Calderoni non abbia nemmeno lontanamente potuto immaginare dove saremmo giunti oggi con gli avanzamenti scientifico-tecnologici in questo settore e quindi non possiamo far dire qualcosa che egli non poteva immaginare, tuttavia la sua attenzione per l'uso corrente delle parole e l'individuazione di quei significati che possono indurre confusione e problemi è quello che ci può aiutare a capire un aspetto particolare del dibattito odierno sull'IA. Problemi definitori in questa materia ve ne sono molti a partire dal chiarimento di cosa sia l'intelligenza artificiale⁶¹. Tuttavia, non è sulla definizione di intelligenza artificiale che ci si vuole soffermare, ma su un concetto che ci porta più vicino ai concetti trattati in precedenza, ossia il concetto di autonomia. Nel dibattito sull'IA questo concetto è diventato un *Leitmotiv*. A partire dalla proposta, di qualche anno fa, effettuata nel contesto istituzionale europeo⁶², di attribuire *e-personality* a macchine dotate di *autonomia*, *capacità di apprendimento* e le cui azioni, in virtù di queste abilità, sono caratterizzate da un certo grado di *imprevedibilità*, si vuole sottolineare alcuni aspetti semantico-definitori che quest'operazione porta con *seco*.

Le prime notazioni riguarderanno il senso del concetto di autonomia, mentre in un secondo tempo si farà qualche breve riflessione sull'*imprevedibilità* delle azioni dei robot.

È interessante osservare come per la descrizione dell'assolvimento di compiti da parte di sistemi artificiali c.d. intelligenti, cioè dotati delle caratteristiche poc'anzi richiamate, sia da sempre utilizzata la terminologia che descrive le azioni umane, nel senso di atti umani⁶³. Questa modalità qualificativa delle azioni dei robot, dotati di sistemi artificiali avanzati, che muove in senso antropomorfizzante, fa per lo più leva sui concetti di autonomia e responsabilità, ed è ormai entrato nell'uso linguistico e con esso nell'immaginario collettivo. Le ragioni di questo radicamento nel sentire comune sono molteplici e variano

⁶¹ Un problema non da poco che anche le istituzioni europee devono affrontare cfr. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *A definition of AI: main capabilities and disciplines*, 2019, file:///Users/silviasa/Downloads/AIDEFINITIONPDF.pdf.

⁶² Per approfondire la proposta in questione cfr. S. SALARDI e M. SAPORITI, *Perché L'IA non deve diventare persona. Una critica all'ineluttabile 'divenire antropomorfo' delle macchine*, in ID. (a cura di) *Le tecnologie 'moralì' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Torino: Giappichelli, 2020, pp. 52-74.

⁶³ Va ricordato che il termine azione ha un significato generalissimo e può indicare, in un senso ristretto e specifico, l'atto inteso «come operazione che emana dall'uomo o da un suo potere specifico», cfr. N. ABBAGNANO, *Voce 'Atto'*, cit.

dall'influenza che, per decenni, ha esercitato la letteratura e la cinematografia nel promuovere una visione 'umanizzata' degli artefatti con certe caratteristiche umanoidi, al modo in cui si è guardato da parte dei media al progresso tecnologico nel contesto dell'IA⁶⁴ e delle sue applicazioni.

Ebbene, definire le azioni dei prodotti guidati da IA con il termine autonomia può essere molto fuorviante, in quanto non si dà conto del significato di questo concetto radicato nell'uso comune. Quando si qualificano le IA come autonome, in quanto capaci di autoapprendimento e pertanto in grado di agire con un certo grado di imprevedibilità, che cosa si intende davvero dire?

Nel campo dell'agire umano, in una prima accezione autonomia indica 'libertà da', ossia assenza di costrizioni interne o esterne che limitano o impediscono l'azione. In questo senso utilizzarlo per definire le azioni degli artefatti o di sistemi artificiali significa individuare l'insieme di condizioni, che sono state artificialmente stabilite nella programmazione del sistema artificiale, che definiscono quanto ampio sia il suo margine di manovra concreto. In dispositivi semplici queste condizioni sono ben determinate e immodificabili, quindi la libertà di azione della macchina è limitata e controllata⁶⁵. Nel caso invece di sistemi algoritmici più complessi, questa libertà risulta più ampia in quanto vi è un accesso a informazioni ulteriori rispetto a quelle originariamente inserite dal programmatore. In questo caso, queste macchine hanno una scelta più ampia di azione. Ma possiamo sostenere che possiedono anche l'autonomia nel senso di 'libertà di'?

Nel caso infatti delle azioni umane, l'autonomia non implica solo *libertà di azione*, ma *libertà di compiere atti volontari*, ossia un'accezione di libertà che esprime quanto l'essere umano sia o meno padrone di sé stesso, non limitatamente allo spazio fisico dell'azione. In questa accezione, autonomia è il presupposto per l'autodeterminazione. Tale autonomia intesa come autodeterminazione non si determina a tavolino, ma è frutto di un processo che inizia in giovanissima età e non è mai veramente concluso. È un processo che dipende, per un verso dall'apporto proattivo di altri soggetti umani che contribuiscono a *costruire* il nostro essere autonomi attraverso un importante componente relazionale. In questo senso, si potrebbe sostenere che l'autonomia delle macchine necessita anch'essa di un apporto proattivo da parte degli esseri umani che mettono a di-

⁶⁴ Basta a tal proposito ricordare la copertina con cui il Time apriva l'anno 1983. Intitolava *Machine of the Year. The Computer Moves In* e nell'articolo dedicato, firmato da Friedrich O., descriveva questo nuovo strumento con terminologia antropomorfizzante: «*he is young, reliable, quiet, clean and intelligent. He is good with numbers and will teach or entertain the children without a word of complaint*», il corsivo è mio.

⁶⁵ In merito ai c.d. *learning algorithms* sono state individuate tre ampie categorie a dipendenza del modello di apprendimento che li caratterizza: *supervised learning*; *unsupervised learning*; *reinforcement learning*. Per un approfondimento cfr. M. EBERS, *Regulating AI and Robotics. Ethical and Legal Challenges*, in M. EBERS and S. NAVAS (eds.) *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 37-99, ivi p. 43.

sposizione i dati necessari all'apprendimento. In altre parole, è possibile riconoscere questa forma di autonomia anche alle macchine.

Tuttavia, diversamente dall'autonomia del macchinico, l'esercizio dell'autonomia umana implica un processo deliberativo che porta a considerare le alternative possibili che una certa situazione offre alla scelta – e questo potrebbe valere anche per le macchine dotate di un'IA elaborata⁶⁶. La differenza sottile ma sostanziale è che la scelta tra le alternative possibili dipende dall'accettazione, intesa come vera e propria introiezione, da parte dell'individuo di principi direttivi che guidano quella scelta e non un'altra. Questi principi non coincidono con mere *preferenze* dettate da opportunismo. Essi sono costitutivi di quell'orizzonte valoriale che delinea il confine dell'esistenza individuale, quelle che Calderoni chiamava *credenze*. Non esistono allo stato attuale IA autonome in questo senso. Quello che sceglie un'IA non è il risultato di un'autonoma operazione deliberativa di cui fanno parte integrante valori introiettati nel senso testé richiamato. Le scelte dell'IA sono determinate da dati immessi dall'uomo nel sistema. Questi dati possono essere rappresentazioni sia di mere preferenze sia di valori, non propri dell'IA, ma di esseri umani. Questi dati e le informazioni che ne derivano non sono però la rappresentazione completa e dinamica dell'individuo a cui si riferiscono, bensì sono caratterizzati da staticità perché una volta immessi nel sistema, affinché continuino a essere valide rappresentazioni di comportamenti umani, richiedono di essere aggiornati al possibile mutamento dei valori di riferimento che avevano sino ad un certo punto ispirato la scelta umana. Se questo costante aggiornamento rispetto all'orizzonte di valori individuali sarà un giorno possibile non è una previsione possibile allo stato attuale. Quello che sappiamo invece e che i dati, che spesso fotografano in maniera indelebile l'istante preferenziale e valoriale di un individuo, se non foraggiati con nuove informazioni circa gli orientamenti profondi di un soggetto, rischiano di restare l'istantanea di un momento, che non tiene conto dell'in/evoluzione morale del soggetto a cui sono riferiti. All'IA sfuggiranno quindi, nel macinare dati, momenti importanti di carattere deliberativo che hanno caratterizzato il processo di scelta degli individui delle cui informazioni si nutre. Le soluzioni apprestate dall'IA saranno quindi contingenti e non dotate di oggettività e validità assoluta, come spesso si vuole fare credere.

Insomma, per dirla parafrasando Calderoni, utilizzare senza ridefinire e specificare il significato con cui si usa il concetto di autonomia quando si parla di IA rischia di indurre profondi fraintendimenti e confusioni che possono essere e spesso sono fonte di errori gravi o gravissimi.

Il rischio più grande, che di fatto stiamo già correndo, è di sopravvalutare le capacità dell'IA nel rappresentare il reale e nel definire i confini del mondo interiore dell'essere umano, sino a mostrargli il *vero* senso della sua esistenza.

⁶⁶Le macchine possono avere la capacità di selezionare tra tanti scopi programmati quello funzionale alla circostanza concreta.

In sintesi, per evitare i rischi richiamati, quando si parla di autonomia con riferimento all'IA si dovrebbe chiarire che l'uso del concetto chiama in causa le azioni, ma non gli atti. Ciò perché quelli dell'IA non sono *atti volontari* nei sensi in cui già li descriveva Calderoni. Se ciò è vero, è giocoforza dedurre che l'*imprevedibilità* di cui si narra non è un'imprevedibilità legata a scelte autonome nel secondo senso richiamato, ossia determinata da un mutamento del bagaglio valoriale o delle preferenze del soggetto, ma è un'imprevedibilità tecnica⁶⁷, che dipende dall'aver a disposizione alcune variabili di azione in assenza di input che blocchino quell'azione e non un'altra. Possono sembrare osservazioni scontate agli esperti⁶⁸, ma va ricordato che attorno al concetto di *imprevedibilità* riferito all'IA si giocano diverse importanti partite per il futuro dell'umanità. Innanzitutto, la partita della responsabilità giuridica e del rimbalzo di responsabilità tra diversi attori. Come è stato ricordato «[l']imprevedibilità, infatti, potrebbe essere invocata da fornitori di prodotti e servizi intelligenti quale circostanza per esimersi da responsabilità»⁶⁹. In secondo luogo, una partita con ricadute non solo giuridiche, ma etiche, filosofiche, antropologiche, socioculturali e politiche. Insinuare nel sentire comune che le macchine sono *imprevedibili* a fronte di una cultura e ricerca scientifica che spesso tende invece a voler sottolineare la *prevedibilità* dell'essere umano⁷⁰, ossia 'macchine imprevedibili' che si confrontano un 'essere umano prevedibile', dà, a chi muove le fila del progresso tecnologico, un argomento a rafforzamento del suo potere strumentalizzante⁷¹. Con questo tipo di linguaggio, dai confini semantici sbiaditi, si consente un'operazione insidiosa e subdola di silenziosa appropriazione da parte dell'IA di caratteristiche umane che, forse non ci ricordiamo, quanta fatica è stata fatta per conquistarle. L'uomo non è sempre stato considerato libero, autonomo e re-

⁶⁷ Cfr. G. FIORIGLIO, *Informatica medica e diritto. Un'introduzione*, Modena: Mucchi editore, 2020.

⁶⁸ Tuttavia, così scontato non è se il Comitato nazionale per la Bioetica e il Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, nel parere congiunto del 29 maggio 2020, intitolato *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, ha osservato che per quello che riguarda la "capacità logica" dell'IA «quello che sembra un processo logico-deduttivo basato su concatenazione tipica del ragionamento umano [...] eseguito dall'IA è, in verità, un modello dinamico, basato sul velocissimo confronto e correlazione con esempi immagazzinati. La IA, in questo senso, applica un principio matematico che evince correlazioni tra i dati, ma non ragiona in modo "logico" in senso proprio. Le correlazioni comunque sono sempre predizioni probabilistiche e contengono molti limiti ed eccezioni», p. 6.

⁶⁹ G. FIORIGLIO, *Informatica medica e diritto. Un'introduzione*, cit., p. 46.

⁷⁰ Il contesto delle neuroscienze di cui si è dato conto in precedenza, ma altresì quello della genetica comportamentale sono due esempi di contesti le cui scoperte vengono spesso utilizzate strumentalmente con questo scopo, cfr. S. SALARDI, *Lo sport come diritto umano nell'era del post-umano*, Torino: Giappichelli, 2019.

⁷¹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma: Luiss University Press, 2019.

sponsabile dal punto di vista soggettivo, interiore. Come ricorda bene Eva Cantarella⁷², la responsabilità degli uomini nel mondo omerico è, salvo eccezioni importanti come Ulisse, una responsabilità eteroimposta, ovvero indipendente da libertà di scelta, poiché le azioni degli uomini sono eterodirette da forze superiori, sui quali, in ultima istanza, viene trasferita e ricade la responsabilità stessa. Nel mondo eroico manca completamente il concetto di libero arbitrio, che si radicherà nella storia del pensiero durante l'epoca cristiana, ciononostante l'eroe omerico, Ulisse, ne precorre i contenuti. Egli rappresenta, di fatto, l'antesignano di quell'individuo, che faticosamente conquista, attraverso un lento processo di autoconsapevolezza la propria autodeterminazione e, che, nei secoli successivi, reclamerà la colpevolezza come base della sua responsabilità.

Insomma, non dobbiamo lasciarci sfuggire un importante particolare nel surrettizio trasferimento di caratteristiche umane come l'autonomia, la responsabilità ecc. all'IA, e cioè che sebbene questa silenziosa consegna venga fatta passare come un inevitabile e ineluttabile momento evolutivo della specie umana in realtà è frutto della scelta di alcuni attori, non di tutti o della maggioranza degli esseri umani, a fronte però di una trasformazione radicale della società che travolgerà tutti. Ancora una volta, dal punto di vista del metodo, possiamo scegliere, come ha scritto Scarpelli, se fare l'uomo libero o schiavo a seconda che possiamo decidere se continuare a mantenere nella nostra etica il valore della libertà o di rinunciarvi⁷³. Questa operazione richiede però che l'attribuzione di libertà e autonomia ad artefatti, macchine e sistemi operativi di nostra creazione sia esplicita e chiara.

L'etica della chiarezza di Calderoni può avere, in questo senso, un forte componente *salvifica* invitandoci ad andare a fondo dei concetti che reggono la nostra vita individuale e relazionale come la conosciamo e che hanno permesso di costruire nel tempo quell'apparato giuridico fondato sui diritti fondamentali che altro non sono che una delle tante *liste di responsabilità*, ma con una vocazione universalistica per la cui realizzazione è richiesto un impegno secondo un'etica della responsabilità da parte di tutti. Se ci addentriamo nelle pieghe semantiche dei concetti di responsabilità, libertà e autonomia, che usiamo tutti i giorni, a volte senza troppo pensare alla loro portata dirompente, potremo sorprenderci di quanto motivanti possono risultare per affermare o riaffermare scelte e orientamenti a favore di un rapporto con l'IA che sia realmente al servizio dello sviluppo *umano*, e non al servizio di pochi umani, che a quelle pieghe preferiscono non si guardi per portare avanti un progetto che avvantaggia pochi e toglie a molti le opportunità di una buona vita in libertà.

⁷² Si confronti sulla nascita del concetto etico di responsabilità il saggio di E. CANTARELLA, 'Sopporta cuore...' *La scelta di Ulisse*, Roma-Napoli: Laterza, 2010.

⁷³ U. SCARPELLI, La metaetica analitica e la sua rilevanza etica, in ID. *L'etica senza verità*, Bologna: il Mulino, 1982, p. 110.

IL SENSO DEL VALORE E IL VALORE DEL SENSO. DAL DISCORSO AXIOLOGICO ALL'ORIZZONTE BIOETICO

*Michele Saporiti**

SOMMARIO: 1. L'orizzonte del discorso axiologico. – 2. Il valore nell'«epoca della critica». – 3. L'etica della «modesta lanterna». – 4. La bioetica: la scelta dei valori e la costruzione del senso.

1. *L'orizzonte del discorso axiologico*

Per quanto si cerchi di oggettivizzare un procedimento attraverso l'asetticità di un algoritmo, o per quanto ci si aggrappi all'autoevidenza di un dato per condizionare una scelta, l'orizzonte del valore è quella linea ininterrotta che scorre, con maggiore o minore evidenza, in ciascun ambito dell'agire umano. La stessa sfera del macchinico, che sempre più pervade le nostre esistenze, può essere pensata come un diaframma, oltre il quale un altro essere umano si è occupato di progettare l'oggetto che ci è innanzi. E progettare è, al contempo, predisporre mezzi per il raggiungimento di fini, e predisporre fini funzionali a precise scelte di valore. L'uomo ha sempre di fronte a sé altri uomini, con tutto ciò che deriva da questa constatazione.

Se ogni discorso intorno all'uomo è aperto alla dimensione del valore, ogni discussione intorno alla dimensione del valore richiede chiarezza nei suoi presupposti e consapevolezza della sua struttura. A tali esigenze di chiarezza e di consapevolezza nel "ragionar sui valori" ha significativamente contribuito la riflessione filosofica del secolo scorso. In particolare, nella misura in cui sono sta-

* Dedico questo saggio alla mia Maestra negli studi filosofico-giuridici e bioetici: Patrizia Borsellino. Devo a Lei la scoperta del pensiero dei Maestri che ho analizzato in queste pagine; un pensiero che ho conosciuto ed apprezzato innanzitutto attraverso i Suoi studi e le Sue ricerche. Devo inoltre a Lei, tra le molte cose, quello sguardo aperto e dialogante verso la diversità e la ricchezza che essa dischiude, quale strumento primo di messa in discussione di noi stessi e delle nostre sovrane scelte.

te in grado di sviluppare intuizioni relative al modo d'intendere gli orizzonti di senso e di non senso dei discorsi, la filosofia morale, la filosofia politica e la filosofia giuridica del Novecento (in particolare nella sua seconda parte) hanno contribuito a risemantizzare utilmente l'ambito del normativo, elaborando un piano di lavoro capace di conciliare il rigore del metodo, sul modello di quello adottato dalle Scienze, e le specificità proprie del lavoro filosofico.

La realizzazione di «universi di discorso suscettibili di controlli intersoggettivi»¹ ha visto coinvolti con slancio anche importanti esponenti della Filosofia italiana del Novecento. Due fra questi, in modo particolare, hanno profondamente segnato la riflessione intorno al mondo dei valori. Giulio Preti e Uberto Scarpelli hanno rappresentato, in tal senso, due figure chiave, poiché sono stati in grado di costruire un percorso e di indicare una dimensione di sviluppo per le ricerche in ambito non solo filosofico.

Nella diversità dei loro percorsi intellettuali, Preti e Scarpelli condividono, infatti, un'attenzione tutta peculiare per il rapporto tra axiologia e linguaggio, tra valori e società, tra cultura democratica e presunzione metafisica. Con approcci differenti, ma assonanti, questi due studiosi sviluppano le premesse per un orizzonte di confronto dialettico e mai pregiudiziale sui valori, che vede nel modello democratico il punto di articolazione tra la società, in cui l'individuo corre il concreto rischio di dissolversi nella massa, e l'individuo in carne e ossa, del quale, non senza insistita retorica, si proclama una libertà in cerca di contenuto e di consistenza. Ma accanto all'impegno per la costruzione di discorsi razionali e controllabili, ritroviamo in entrambi l'apertura feconda alla domanda sul senso che accompagna l'esperienza umana. Un'apertura a cui seguono non le chiusure assertive di risposte precostituite o di Verità ultimative, bensì ulteriori interrogativi rivolti ai cammini di ricerca intrapresi da ciascun essere umano.

In questo saggio, cercheremo di mettere in luce alcuni aspetti della riflessione di tali autori intorno alla dimensione dei valori, nella prospettiva della costruzione di un sapere che proprio nella dimensione e nella conciliazione del pluralismo trova la sua sfida più ambiziosa. Punto di arrivo e di nuova ripartenza di questa ricostruzione sarà un certo modo di intendere i discorsi intorno all'«etica applicata al mondo della vita»², nella convinzione che il senso del valore e il valore del senso vengano ad incontrarsi, per ognuno, nella scelta dei modi e dei tempi del vivere e del morire.

¹ P. BORSELLINO, *La bioetica. Problemi, sviluppi, prospettive*, in ID., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano: Cortina, p. 38.

² *Ivi*, p. 22.

2. *Il valore nell'«epoca della critica»*³

Nel modo in cui Giulio Preti concepisce la sua riflessione filosofica, già alla metà degli anni Trenta, è racchiuso un programma di lavoro che segnerà il suo percorso intellettuale e umano⁴.

Egli ha ritenuto imprescindibile «una critica della filosofia come metafisica, per ottenere il risultato che la filosofia potesse elaborare e trattare i suoi problemi, condurre e svolgere il proprio linguaggio con il rigore conoscitivo proprio dell'indagine scientifica»⁵. Ciò non ha significato una confusione tra il ruolo dello scienziato e quello del filosofo, figure distinte nei loro presupposti, autonome nei propri compiti, ma potenzialmente affini nelle loro concrete modalità di lavoro. Già in un'opera piuttosto risalente come *Fenomenologia del valore*, Preti scrive: «la filosofia, pur essendo diversa dalla fede non è scienza: è un atto di fede quello che ci rende scienziati, un atto di dubbio quello che ci rende filosofi»⁶.

In questo senso, l'empirismo critico di Preti prende chiaramente le distanze dalle posizioni di prossimità identificativa tra lavoro filosofico e lavoro scientifico espresse in seno all'empirismo logico⁷. Al contempo, egli risponde all'urgenza, sentita da altre illustri figure della sua generazione⁸, di porre in essere un'attenta opera di perimetrazione della propria disciplina. Possiamo a tal fine distinguere uno sforzo in una triplice direzione.

In primo luogo, una perimetrazione di carattere teoretico, ossia il chiarimento della natura della ricerca filosofica, nei suoi fondamenti teorici e nei suoi presupposti metateorici, e dell'indagine sulla conoscenza. In questa prima dimensione, Preti cerca di rinvenire, attraverso l'attenzione al linguaggio⁹ come ambito primo di analisi dell'uomo e della conoscenza¹⁰, le «strutture formali [...] costitutive di un a priori storico, oggettivo-storico»¹¹, scevro di entificazioni arbi-

³ I. KANT, *Prefazione*, in ID., *Critica alla ragion pura* (1781), Milano: Adelphi, 2007, p. 9 (nota 1).

⁴ Per un'articolata ricostruzione bibliografica sull'Autore cfr. F. MINAZZI, *Giulio Preti: bibliografia*, Milano: Franco Angeli, 1984.

⁵ M. DAL PRA, *Studi sull'empirismo critico di Giulio Preti*, Napoli: Bibliopolis, 1988, p. 18.

⁶ G. PRETI, *Fenomenologia del valore*, Milano: Principato, 1942, p. 39.

⁷ Sul punto cfr. M. DAL PRA, *op. cit.*, p. 48.

⁸ In ambito filosofico-giuridico, riferimento privilegiato è a Norberto Bobbio e alla sua costante attenzione ai profili metaforici della riflessione. Sul punto cfr. P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio. Metateorico del diritto* (1991), Rimini: Maggioli, 2014.

⁹ Sul rapporto tra linguaggio naturale e linguaggio delle Scienze cfr. G. PRETI, *Linguaggio comune e linguaggi scientifici*, Milano: Fratelli Bocca, 1953.

¹⁰ Preti stesso definisce il linguaggio come «fatto fondamentale della conoscenza» (G. PRETI, *Praxis ed empirismo* (1957), Milano: Bruno Mondadori, 2007, p. 109).

¹¹ M. DAL PRA, *op. cit.*, p. 34. In tale prospettiva, nel dibattito degli anni Cinquanta, si registra un punto di distanza tra Giulio Preti e Norberto Bobbio. Osserva Borsellino che in Bobbio ci si

trarie e assolutizzanti. La filosofia è quindi da ricondursi primariamente all'analisi del linguaggio¹²: attraverso tale analisi il filosofo rigenera il linguaggio stesso ed assembla i concetti di cui si serve.

In secondo luogo, una perimetrazione di carattere metodologico, ossia l'individuazione di criteri per la costruzione di una proceduralità interna all'indagine filosofica, che permetta di non finire nelle secche a cui avevano portato cattive abitudini speculative d'impianto metafisico. In questa direzione si comprende, allora, l'importanza attribuita al metodo elaborato in seno alle Scienze, allo sviluppo di una logica dei linguaggi improntata alla controllabilità delle affermazioni, al rigore delle argomentazioni e all'intersoggettività delle conclusioni.

Infine, una perimetrazione di carattere teleologico, ossia l'individuazione (mediata) di finalità, sempre contingenti e convenzionali, realizzabili attraverso l'«onesta» riflessione filosofica¹³. La costruzione di una *cultura democratica* (espressione tutt'altro che autoevidente nel significato che le attribuisce Preti) rappresenta, in tal senso, direzione di sviluppo e campo di realizzazione di un preciso modo d'intendere e praticare la filosofia. E quest'ultima assume la forma di «orientamento attivo verso il mondo», o ancor meglio, di «orientamento attivo verso la cultura»¹⁴, veicolando l'idea che la cultura sia il vettore di modifica attraverso il quale la filosofia interviene nel mondo, contribuendo al suo effettivo cambiamento.

Tre direzioni di perimetrazione (teoretica, metodologica e teleologica) che Preti non smetterà di revisionare ed affinare durante le diverse fasi della sua riflessione, segnata dalla capacità di «accostarsi ai più disparati orientamenti di pensiero, dalla fenomenologia al marxismo, dal trascendentalismo al pragmatismo, con la sincera propensione ad utilizzare procedimenti e metodi di ognuno senza assolutizzarne alcuno in particolare»¹⁵.

In un pensiero dal respiro così ampio e dalla cifra così personale, che ne è della dimensione dei valori? In uno scritto postumo, Preti definisce i valori come «aspetto del tutto ineliminabile del nostro mondo vitale»¹⁶. Prendendo

accosta ad un «empirismo ristretto» più che ad una «epistemologia di impronta convenzionalistica», rifiutando «il ruolo svolto nella scienza dall'a priori relativo e contestuale» (P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 49).

¹² Osserva in questo senso Patrizia Borsellino: «Non deve dunque destar meraviglia che la prospettiva della filosofia come analisi del linguaggio abbia rappresentato la componente più significativa e costante del pensiero pretiano e il neopositivismo l'orientamento nel cui orizzonte concettuale l'autore si muove» (P. BORSELLINO, *Giulio Preti. Un impegno per la ragione in etica*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1, 1979, p. 78).

¹³ Per un approfondimento critico sulla filosofia come «onesto mestiere», cfr. F. MINAZZI, *L'onesto mestiere del filosofare: studi sul pensiero di Giulio Preti*, Milano: Franco Angeli, 1994.

¹⁴ G. PRETI, *op. ult. cit.*, p. 8.

¹⁵ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 78.

¹⁶ G. PRETI, *Moralità e democrazia* (1962), in ID., *In principio era la carne. Saggi filosofici inediti (1948-1970)*, a cura di M. DAL PRA, Milano: Franco Angeli, 1983, p. 123.

spunto, sono i valori stessi a rappresentare un aspetto del tutto ineliminabile della riflessione pretiana, che globalmente intesa è una riflessione sul vivente, come unico orizzonte accessibile alla ragione e ai suoi strumenti.

Il presupposto concettuale di una ricerca axiologica così condotta è forse sintetizzato nel titolo di un saggio filosofico anch'esso postumo: *In principio era la carne*. Non, quindi, il concetto «ambiguo» di *logos*, ma «il singolo organico, vivente, in carne, ossa e sangue» è «il principio, la condizione e lo scopo di ogni potere, di ogni sapere, di ogni valore e disvalore, di tutto il vero e il falso, il bello e il brutto, il bene e il male – di tutta la storia, e di tutta la realtà umana»¹⁷. L'uomo nella sua matericità e finitezza, allora, è al contempo origine e punto di arrivo di ogni forma di attività e di riflessione. Egli ne è il principio, ossia il punto di avvio, prima del quale non vi sono che congetture metafisiche e dogmi di fronte ai quali la ragione è muta. Ma l'uomo ne è al contempo la condizione, ossia il presupposto necessario di ogni dimensione pratica e speculativa degna di essere indagata, e lo scopo, cioè il costante referente funzionale verso il quale indirizzarsi.

Se il presupposto reale e concettuale è l'uomo concretamente esistente, la riflessione specifica sul “mondo dei valori” viene condotta da Preti come ambito privilegiato. In particolare, può risultare utile distinguerne due componenti strettamente collegate.

La prima è di tipo teorico e concerne la natura, la struttura e la funzione del valore, focalizzandosi sull'indagine del concetto stesso di valore e della relazione esistente con la conoscenza della realtà. Se nella *Fenomenologia del valore* Preti articola soggettività e oggettività¹⁸ della dimensione valoriale, approfondendo le nozioni di ‘bisogno’, ‘costo’ e ‘godimento’ anche nella direzione dell'esperienza estetica, negli anni Sessanta¹⁹ giunge a proporre una teoria dei valori collegata al concetto di *praxis* su un triplice livello. In primo luogo, «i valori elementari», ossia «predicati dichiaranti la disposizione di certe cose-qualità a suscitare certe emozioni»²⁰, come ‘orribile’, ‘delizioso’ e via discorrendo. In secondo luogo, «i valori definiti e selezionati intellettualmente», ossia il livello dei valori culturali collegati ad ambiti di attività (artistiche, scientifiche, letterarie) esse stesse «ri-volte sistematicamente [...] a specifici valori definiti»²¹. Infine, gli «autovalori», ossia «idee di valore» intorno alle quali costruire il reale (come il Vero, il Bello).

¹⁷ G. PRETI, *In principio era la carne*, in ID., *In principio era la carne. Saggi filosofici inediti*, p. 163.

¹⁸ In particolare, nell'uso filosofico del termine, Preti distingue la componente soggettiva del valore (come «particolare rapporto con il soggetto», «un ideale, un fine, o scopo del soggetto», «la stessa attività concreta del soggetto») da quella oggettiva, attributo delle cose, «norma o legge» e «creazione oggettiva» (G. PRETI, *Fenomenologia del valore*, p. 75).

¹⁹ Qui il riferimento è a G. PRETI, *Moralità e democrazia*, scritto postumo.

²⁰ G. PRETI, *Moralità e democrazia*, p. 138.

²¹ *Ibidem*.

Sullo sfondo è quindi possibile leggere, da un lato, l'indagine pretiana sul rapporto tra piano della conoscenza e piano della valutazione, un rapporto dapprima nettamente dicotomico e successivamente di riconosciuta connessione²²; dall'altro, soprattutto nell'ultima fase segnata da *Retorica e logica*²³, l'emersione dell'importanza dell'emozione nel discorso valutativo, influenzata dalle analisi proposte da Perelman sul discorso retorico²⁴.

La seconda componente della riflessione pretiana sul mondo dei valori riguarda, invece, la costante costruzione di un'etica razionale, e, ad essa collegata, l'indagine intorno ad una cultura autenticamente democratica. Carattere primario dell'etica improntata alla razionalità di cui Preti si fa teorizzatore è innanzitutto la natura convenzionalistica delle sue premesse, come propria della cultura democratica è una verità «costituita da "stipulazioni" liberamente accettate»²⁵. Il rifiuto di verità eterne e immutabili, come abbiamo avuto modo di accennare, è un tratto identitario della riflessione dell'Autore, con conseguenze ad ampio spettro. In primo luogo, il discorso etico non può essere inteso come ambito di propagande fumose nelle argomentazioni e ancor più negli assunti di fondo, né tantomeno come discussione a chiusure forzate, attraverso il richiamo a dogmi o ad argomenti autoritativi. Se l'etica è, quindi, ambito della «persuasione razionale», il vaglio logico di prescrizioni e motivazioni è lo strumento privilegiato perché si attui la coerenza come «supremo principio etico»²⁶ di un sistema improntato alla razionalità. In secondo luogo, in un siffatto orizzonte etico, è la razionalità stessa ad avere una precisa valenza etica: «la scelta della razionalità è la scelta di un valore»²⁷ per Preti, come implicante una scelta è la posizione apicale della *Wertfreiheit* che egli propone, sul modello delle Scienze, all'interno del sistema sociale dei valori. Infine, un'etica come ambito della «persuasione razionale» fondata sulla scelta valoriale della razionalità è funzionale ad una cultura improntata alla democraticità, intendendo per 'cultura' «il volontario e deliberato farsi uomo dell'uomo»²⁸ e per 'democrazia' non il governo del popolo/massa, bensì un certo modo di costruzione dell'uomo, nella sua esistenza individuale e collettiva. Ecco che Preti, con allarmante lungimiranza, propone la distinzione tra *cultura*, modellata secondo un orizzonte razionale di verifica e controllabilità, e *anticultura*, come forma di "celebrazione" dell'*ethos* corrente «nei suoi aspetti e

²² In tal senso cfr. P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 97.

²³ Cfr. G. PRETI, *Retorica e logica*, Torino: Einaudi, 1968.

²⁴ Cfr. P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 94.

²⁵ G. PRETI, *Praxis ed empirismo*, p. 14-15.

²⁶ *Ivi*, p. 183.

²⁷ P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, p. 100.

²⁸ G. PRETI, *Praxis ed empirismo*, p. 187.

pregiudizi più retrivi»²⁹, e di «santificazione» di paure, preconcetti e della vuota *routine*, ben rappresentata da un certo modo di vivere la fede religiosa. A decenni di distanza, queste parole suonano profetiche, fotografando i castelli di carta dell'anticultura contemporanea, dove semplici opinioni pretendono di sostituirsi al sapere sistematicamente costruito e dove il populismo più basso colleziona consensi, santificando pregiudizi che credevamo superati.

Che ne è della questione del senso in una cornice axiologica così complessa nella sua linearità? Preti è molto lapidario e non fraintendibile a riguardo, e finisce, ad esempio, con l'esprimere le sue riserve rispetto ad alcuni aspetti della filosofia dell'assurdo di Camus³⁰.

Per Preti la domanda sul senso, sullo scopo dell'esistenza umana è piuttosto sterile: «Inutile chiedere "che senso ha la vita", ché la risposta è "quello che vuoi darle (se pure vuoi dargliene uno)"»³¹. E aggiunge: «[f]orse è proprio nel *pathos* della differenza, della distanza, della lotta che si acquista il senso dei valori»³². Si potrebbe osservare che *il senso*, come ragione profonda dell'esistere, non è un ambito del tutto riconducibile alla ragione e non viene necessariamente a coincidere con lo scopo, quadratura razionale di ciò che il senso può rappresentare. Se quest'ultimo è strettamente collegato al "sentire" emotivo ed emozionale, è piuttosto *l'attribuzione di senso* che rappresenta un'attività operabile attraverso la ragione. Essa potrà rinvenire una pluralità di "sensi" e di "non sensi" alla luce di categorie e regole interne, vagliando corrispondenze e discrepanze tra piano reale e piano ideale. A ben vedere, però, Preti sembra suggerirci che non vi è una ragionevolezza interna allo scorrere dell'esistenza umana, che faccia apparire come intrinsecamente sensati o privi di senso determinati accadimenti. Ed è qui che, ad avviso di chi scrive, entrano in gioco i *valori*, come *vettori di scelte che orientano senza riuscire del tutto a spiegare razionalmente quanto accade nella vita di ognuno*.

L'accento posto sul rapporto tra valori e senso è un utile transitorio d'attacco, come è uso dire nel linguaggio musicale, per affacciarci all'etica della «modesta lanterna»³³ di Uberto ScarPELLI. In essa troveremo molti punti di contatto con le posizioni espresse da Giulio Preti.

²⁹ *Ivi*, p. 186.

³⁰ Un riferimento per tutti è *Il mito di Sisifo*, dove Camus scrive: «[v]ivere è dar vita all'assurdo. Dargli vita è innanzitutto saper guardarlo. Al contrario di Euridice, l'assurdo muore soltanto quando gli si voltano le spalle» (A. CAMUS, *Il mito di Sisifo* (1942), Milano: Bompiani, 2014, p. 50). Preti pone l'accento sulla relazionalità dell'assurdo (ossia, "assurdo": ma rispetto a cosa?).

³¹ G. PRETI, *In principio era la carne*, p. 167 (negli stessi termini cfr. G. PRETI, *Praxis ed empirismo*, p. 195).

³² *Ibidem*.

³³ U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in ID., *L'etica senza verità*, Bologna: il Mulino, 1982, p. 75.

3. L'etica della «modesta lanterna»

L'attenzione per la dimensione del valore rappresenta una cifra caratterizzante della biografia intellettuale e del lascito di Uberto Scarpelli alle filosofie pratiche³⁴. Sebbene inizialmente affascinato da un certo modo d'intendere l'esistenzialismo³⁵, il pensiero più maturo di Scarpelli trova lo «sfondo filosofico» di riferimento nella «filosofia linguistica di matrice logico-empiristica, [...] presupposto del suo approccio analitico-linguistico all'etica»³⁶, nel solco indicato dal suo Maestro, Norberto Bobbio³⁷.

Quella di Scarpelli è, in effetti, una *filosofia dell'etica* in senso ampio, intendendo con 'etica' «insiemi di direttive e di valori, effettivi in una società o elaborati a tavolino da intellettuali»³⁸, riconducibili a quegli orizzonti di discorso rappresentati dalla morale, dalla politica e dal diritto. Di tali sistemi di direttive, Scarpelli ha cercato di ricostruire la logica interna, con particolare e paziente attenzione per l'ambito giuridico³⁹, e i profili distintivi. Nell'intendere morale, politica e diritto come dimensioni dell'etica, però, Scarpelli sottintende un'unitarietà non riduzionistica di approccio, resa possibile attraverso la sottoscrizione di un preciso metodo di lavoro. Emergono, in tal senso, due diversi modi d'intendere l'etica che possiamo indicare come l'etica del «lampo nella notte» e l'etica della «modesta lanterna».

L'etica del «lampo nella notte»⁴⁰ è l'ambito di indagine che si muove «per intuizioni, folgorazioni, lampi diradanti per un attimo il buio», sciolta da «oneri di

³⁴ Per un dibattito polifonico sul pensiero dell'Autore a vent'anni dalla scomparsa cfr. P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Torino: Giappichelli, 2014.

³⁵ Il riferimento è a U. SCARPELLI, *Esistenzialismo e marxismo. Saggio sulla giustizia*, Torino: Taylor, 1960. Quella «filosofia dell'uomo» in cui consiste l'esistenzialismo è definito come «un cristianesimo senza più rivelazione, un cartesianesimo senza argomento ontologico, un criticismo senza i postulati della ragione, un idealismo senza più slancio romantico» (pp. 14-15).

³⁶ P. BORSELLINO, *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano: Giuffrè, 1997, pp. 126-127. Sulla centralità della dimensione linguistica, (ed in particolare di quella semantica) cfr. U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Torino: Giappichelli, 1969.

³⁷ Un riferimento paradigmatico è a N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965, pp. 37-51.

³⁸ U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, p. 74.

³⁹ Con riferimento alla dimensione valoriale, si pensi a quanto il positivismo giuridico, nell'interpretazione politica che propone Scarpelli, sia da lui stesso definito come «impregnato di valore» (cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli: ESI, 1997, p. 196 ss.).

⁴⁰ U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, cit., p. 75. Roland Barthes ricorda un passaggio, da lui riferito a William Shakespeare, che rende efficacemente questa immagine scarpelliana: «When the light of sense goes out, but with a flash that revealed the invisible world» (R. BARTHES, *L'impero dei segni (1970)*, Torino: Einaudi, 1984, p. 98).

convalidazione e di prova»⁴¹. Potremmo ridefinirla come l'etica dello stupore, ossia l'impressione di poter intendere con comprensività ogni ambito dell'agire umano alla luce di un principio unitario, intuito o rivelato, in grado di sistematizzare, spiegare, coerentizzare il tutto. Diversamente, l'etica della «modesta lanterna» è quella modellata dal metodo analitico-linguistico, intendendo per 'analisi del linguaggio' «un lavoro svolto sui significati e le connessioni del linguaggio» che «illumina la strada da percorrere»⁴². La lanterna è modesta nella misura in cui il suo latore, ovvero l'analitico, preferisce accontentarsi di una luce che illumini con chiarezza e senza intermittenza superfici limitate, quali sono i singoli ambiti di discorso di cui si compone la conoscenza, piuttosto che anelare a bagliori folgoranti, dopo i quali il buio appare ancora più cupo.

Ma cosa rappresentano i valori sotto la luce della «modesta lanterna» che porta tra le mani l'analitico? Ci può risultare utile distinguere tre diversi piani di discorso, dalla cui intersezione emerge l'universo composito della prospettiva scarpelliana intorno ai valori.

In primo luogo, il piano del chiarimento teorico e metateorico. Scarpelli propone, in questo senso, un'importante distinzione concettuale tra 'fondazione' e 'giustificazione' in etica. 'Fondare', in una prospettiva filosofica, significa «reperire e mettere in chiaro la ragione sufficiente»⁴³ su un piano teoretico, fissando un punto di partenza per l'edificio speculativo che in base ad esso si costituirà. Diversamente, 'giustificare' attiene al piano propriamente etico, e consiste nel «mostrare, o costruire, la legittimità, la correttezza, la giustezza di certe operazioni in un contesto di direttive e valori»⁴⁴. In tale orizzonte, la tentazione di individuare una fondazione ultimativa per l'etica è un problema da «dismettere» per Scarpelli: essa diventa «un momento di blocco» e non di «sviluppo»⁴⁵ per l'etica, rispetto alla quale la metaetica rappresenta, invece, il suo stadio primo di strutturazione. E dall'indimostrabilità della premessa prima di un sistema direttivo (rimanendo all'interno del sistema stesso che essa crea), Scarpelli trae il «fallimento» dell'«impresa di fondazione dell'etica, o di un'etica»⁴⁶. Vi è, quindi, l'adesione ad un impianto metaetico di tipo divisionista, non oggettivista e non cognitivista, che include Scarpelli a pieno titolo nel *milieu* degli analitici. Tuttavia, l'identità analitica di Scarpelli si manifesta nel netto rifiuto verso la neutralità o, addirittura, l'indifferenza per la dimensione dei valori. È la filosofia analitica stessa, secondo Scarpelli, a dare il proprio

⁴¹ U. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, p. 75.

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ivi*, p. 107.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ivi*, p. 108.

⁴⁶ *Ivi*, p. 100.

contribuito su un triplice piano: il piano della «formazione», il piano della «trasformazione» e il piano della «giustificazione» dei valori⁴⁷. Essa contribuisce alla «formazione» dei valori, perimetrando i problemi dell'uomo come «problemi interni alla sua esperienza, formulabili e risolvibili in un linguaggio dai significati interni all'esperienza»⁴⁸. In secondo luogo, essa dinamizza il piano dei valori, rifiutando la loro iscrizione «nella natura umana o nell'ordine delle cose o nel corso della storia»⁴⁹. Ogni operazione di giustificazione assolutizzante di un valore è quindi da rifiutare. Infine, la filosofia analitica fa del discorso etico un «ambito di argomentazione razionale» che procede per «informazioni e argomentazioni»⁵⁰ e nell'opera di fondazione e di giustificazione dei valori, il filosofo sottoscrive il suo impegno «per l'attuazione di un valore di secondo grado»⁵¹: la razionalità.

In secondo luogo, il piano del discorso sul concetto stesso di valore. Se da un lato, il riconoscimento del valore per un soggetto risponde ad «una preferenza o una disposizione preferenziale»⁵², tra valori e preferenze esiste una netta differenza. Nel disegnarne la linea di demarcazione sul terreno delle idee, Scarpelli introduce la distinzione tra valori superiori, ossia «criteri regolatori», «norme», «principi accettati o posti da un soggetto, perché rientrano in quello che potrebbe chiamarsi il progetto di vita imposto dal soggetto stesso»⁵³, e valori inferiori, «oggetto delle preferenze immediate»⁵⁴, che propendono verso la polarizzazione piacere/dispiacere. Valore, nel senso «alto» del termine, è quindi espressione unificante criteri, regole e principi in base ai quali l'esistenza concreta di un soggetto va strutturandosi secondo una catena di scelte. In questa cornice, qual è lo statuto della verità rispetto al concetto di valore⁵⁵? Se per Scarpelli la verità scientifica si articola in «verità processuali», quali la verità empirica e la verità analitica, l'etica è quell'ambito di discorsi in cui non solo non si danno verità paragonabili a quelle scientifiche⁵⁶, ma dove occorrerebbe

⁴⁷ Cfr. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano: Edizioni di Comunità, p. 84 ss.

⁴⁸ *Ivi*, p. 85.

⁴⁹ *Ivi*, p. 86.

⁵⁰ *Ivi*, p. 89.

⁵¹ *Ivi*, p. 90.

⁵² *Ivi*, p. 62.

⁵³ *Ivi*, p. 63.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Sulla questione della verità/falsità dei valori, nella più ampia cornice di una riflessione sul loro statuto, rimando a J. RAZ, *The Practice of Value*, Oxford: Oxford University Press, 2003, in particolare p. 24 ss.

⁵⁶ Cfr. U. SCARPELLI, *La libertà di cercare la verità*, in ID., *Bioetica laica*, Milano: Baldini e Castoldi, 1998, p. 58.

lasciare da parte orizzonti di tipo veritativo, con un'importante precisazione. Laddove la verità si fa nozione dogmatica, autoritativa o prodotto di una rivelazione, laddove, cioè, la verità trasfigura nella Verità indisponibile all'uomo, l'etica scarpellianamente intesa dà congedo a questa nozione e a tutti i piani di discorso che da essa promanano. In modo differente, laddove la verità assume uno statuto plurale e dinamico, ambito di esercizio di una ricerca continua e di orizzonti non ultimativi, allora l'etica scarpelliana accoglie con tutta la sua ricchezza tale idea. La verità è quindi il prodotto, non il presupposto della libertà⁵⁷, poiché l'etica è «nei suoi principi logicamente arbitraria», ma non per questo «umanamente arbitraria»⁵⁸.

In terzo luogo, il piano del discorso sull'uomo. Chi o cosa è l'uomo per Scarpelli? «Un animale nel mondo, che nel corso della sua storia ha acquisito la capacità di dare risposte non immediate e istintive, ma riflessive e coscienti a stimoli provenienti dal mondo, realizzando così la libertà quale possibilità di scelta»⁵⁹. L'uomo scarpelliano è, quindi, colui che è costantemente alla ricerca e da essa trae, innanzitutto, il «criterio della scelta tra possibilità»⁶⁰. E la dimensione tutt'altro che ombratile che accompagna l'uomo è la responsabilità, risultato dell'accettazione di condizioni e delle relative conseguenze⁶¹. Non vi è «sofisma», allora, che esima dall'assunzione di responsabilità e non vi è alibi che si possa invocare a propria difesa. La libertà stessa dell'uomo è una dimensione costituenda, grazie agli strumenti che un certo approccio ai valori stessi consente, e non, invece, costitutiva⁶². Semmai, l'ulteriore finezza della cifra scarpelliana è quella di identificare nel principio della felicità umana, ossia «nel più tipico fra i principi dell'etica nella specificazione teleologica», un criterio unificante di un «modello prescrittivo di giustificazione»⁶³. Anche dietro ad esso vi sta una profonda responsabilità di scelta, poiché la felicità, come la libertà, è per ognuno un'opzione, mai un vincolo.

Alla luce dei piani di discorso che abbiamo sin qui distinto, chiediamoci (nuovamente) che ne è della dimensione del senso in questa articolata teoria

⁵⁷ *Ivi*, p. 57.

⁵⁸ U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, in ID., *Bioetica laica*, p. 227.

⁵⁹ U. SCARPELLI, *Scienza, sapere, sapienza*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2, 1986, p. 257.

⁶⁰ U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, p. 228.

⁶¹ Cfr. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, p. 79.

⁶² Osserva Geymonat che «[i] costituenti fondamentali» del concetto di libertà sono tre: «lo stato di cose dal quale l'individuo prende le mosse, l'insieme delle iniziative compatibili con tale stato di cose, l'atto di volontà con cui decide di sceglierne una» (L. GEYMONAT, *La libertà*, Milano: Rusconi, 1988, p. 27, mio corsivo).

⁶³ P. BORSELLINO, *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, pp. 144 e 143.

sui valori. Si possono ritrovare molteplici assonanze con l'analisi proposta riguardo a Giulio Preti e di essa potremmo mutuare non poche considerazioni già espresse. Con riferimento specifico a Scarpelli, però, risulta piuttosto evidente quanto alla modestia della lanterna non corrisponda una capacità parimenti modesta di fare luce sul mondo dei valori e sui problemi dell'uomo. Vi è, in particolare, un ambito di riflessione a cui Scarpelli contribuisce significativamente nel contesto italiano, a partire dalle premesse teoriche e dall'approccio analitico all'etica. Un ambito in cui quest'ultima diviene il punto di articolazione e di concreta operatività tra la scelta dei valori e la costruzione del senso dell'esistenza di ciascuno: la bioetica. Ad essa dedicheremo le ultime pagine di questo saggio, nella convinzione che il senso del valore e il valore del senso vengano ad incontrarsi proprio nella scelta dello stile di vita a cui ognuno imprints il proprio esistere.

4. *La bioetica: la scelta dei valori e la costruzione del senso*

La Scuola bioetica a cui Scarpelli dà avvio nel contesto italiano rappresenta la logica e coerente conseguenza delle posizioni etiche e metaetiche che sopra abbiamo brevemente richiamato. Essa è quindi qualificabile, non senza le dovute precisazioni, come *laica*, espressione, cioè, di una specifica concezione riguardo all'esercizio del potere pubblico e alla regolamentazione giuridica, che porta a dinamizzare la questione valoriale all'interno di una società, in una direzione dialogica e mai impositiva. Possiamo a tal proposito individuare due connessi assunti di fondo della bioetica laica scarpelliana: la centralità del principio di autonomia individuale e la visione del diritto come strumento che ne garantisce la piena attuazione.

Con riferimento al primo assunto, l'autonomia va a configurarsi, nell'ulteriore direzione di ricerca sviluppata da Patrizia Borsellino, non solo come principio sostanziale, bensì come metaprincipio⁶⁴. Se il principio (liberale) di autonomia si fonda «sul presupposto che tutti gli esseri umani adulti e consapevoli abbiano uguale dignità e capacità di determinarsi, e debbano, quindi, decidere in merito a qualunque intervento sulla propria persona con l'unico limite del rispetto dell'altrui libertà»⁶⁵, l'autonomia di secondo livello (nella sua veste di metaprincipio) agisce sul piano propriamente "procedurale". In altre parole, essa rappresenta un principio operante rispetto agli altri principi, in particolare con riferimento alla beneficenza e alla giustizia, laddove, «per l'impossibilità di assegnare» loro «un contenuto oggettivo condi-

⁶⁴ Cfr. P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, in *Notizie di Politeia*, 97, 2010, pp. 128-144.

⁶⁵ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano: Cortina, 2018, p. 44.

viso»⁶⁶, diventa imprescindibile disporre di un metacriterio di scelta.

Si potrebbe osservare, a completamento, che sono i presupposti stessi su cui l'autonomia umana (come valore) si fonda ad essere in un preoccupante stato di crisi. Non diversamente rispetto alla libertà, infatti, anche l'autonomia è una dimensione costituenda e non costitutiva rispetto all'essere umano. L'uomo non nasce libero, come non nasce autonomo, cioè "realmente" capace di determinarsi e di decidere su quanto lo riguarda. Può, però, essere reso tale se si sviluppa questa prospettiva in modo coerente con certi assunti di fondo. È allora sulle modalità di acquisizione della capacità di assumere decisioni che si gioca la sfida ultimativa per un modello laico di autonomia, ad impronta "illuminista" e "razionalista". Il delicato rapporto esistente oggi tra intelligenza umana, mezzi di comunicazione di massa ed Intelligenza Artificiale⁶⁷ spinge, infatti, il principio di autonomia verso la sua ennesima messa in discussione. Si apre, così, una questione sostanziale: come garantire condizioni di sviluppo effettivo delle capacità che l'autonomia umana presuppone, perché essa non si riduca ad un nobile paravento di molteplici eteronomie? Ognuno di noi oggi è al contempo profilato e orientato dall'Intelligenza Artificiale, nonché fatto oggetto di capillari operazioni di marketing che la nostra mente coglie con ritardo o non coglie affatto. Sta allora cambiando lo statuto stesso dell'autonomia individuale che da presupposto diventa faticoso punto di arrivo?

L'accento posto da Borsellino sulla proceduralità ci porta al secondo assunto di fondo, concernente il ruolo che il diritto è chiamato a svolgere rispetto ad una bioetica di stampo laico, incentrata sull'autonomia dei soggetti. La strumentalità o la «valenza procedurale del diritto [...] non si accompagna affatto alla tesi che si tratti di un modello di diritto eticamente neutrale»⁶⁸. Muovendo dalle posizioni scarpelliane, secondo le quali non possono darsi modelli di diritto eticamente neutrali o kelsenianamente "puri", quella della proceduralità è una precisa scelta valoriale⁶⁹. Essa funzionalizza il diritto rispetto al primo assunto di fondo, plasmando un preciso modello di laicità⁷⁰ connotabile in un duplice senso. Si tratta, innanzitutto, di una *laicità plurali-*

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Sul punto cfr. E. SADIN, *Critica della ragione artificiale*, Roma: Luiss University Press, 2019. Per uno sguardo attento alle questioni bioetiche di frontiera mi permetto di rimandare a S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *Le tecnologie 'moral' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività/Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities*, Torino: Giappichelli, 2020.

⁶⁸ P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, p. 138.

⁶⁹ Cfr. *ibidem*.

⁷⁰ Esistono, infatti, molteplici e contrastanti connotazioni della laicità, che non consentono di riferirsi in modo unitario al concetto, se non forzando immotivatamente il dibattito. Con riferimento al pluriverso delle laicità cfr. J. BAUBEROT, M. MILOT, P. PORTIER (a cura di), *Laïcité, laïcités: reconfigurations et nouveaux défis*, Parigi: EMSH, 2014.

sta, non indifferentista o identitaria⁷¹, volta, cioè, ad una apertura a tutte le posizioni etiche, alla luce del principio liberale di tolleranza⁷², ma capace altresì di chiusure non pregiudiziali laddove da specifiche visioni derivi il mancato rispetto della libertà altrui e il danno a soggetti terzi⁷³. In tal senso, non vi è alcun indifferentismo etico o parificazione indistinta tra le diverse opzioni valoriali dei soggetti: l'autonomia come valore e metavalore introduce un dirimente "giudizio di compatibilità", anche sul piano giuridico, nella gestione del multiculturalismo⁷⁴ e obbliga ad individuare i limiti della tolleranza e forme (positive) di intolleranza democratica. Il diritto, quindi, ha il compito di «creare le condizioni e approntare le garanzie per l'attuazione e la coesistenza dei diversi sistemi di valore presenti in società»⁷⁵. Ed è sempre in questa prima dimensione della laicità che la bioetica tiene in debita considerazione la religiosità degli individui, come orizzonte di senso, implicante scelte attuative d'impegnativi assunti di stampo metafisico e ontologico. Il problema, come il contesto italiano insegna, è semmai quello d'intendere adeguatamente, sul piano dell'etica pubblica prima ancora che dell'etica individuale, il significato dell'altrui autonomia rispetto alla propria (eventuale) appartenenza religiosa. In secondo luogo, si tratta di una *laicità ordinamentale*, ossia propria di un sistema giuridico che la assume come «principio supremo dell'ordinamento»⁷⁶. In tale cornice, la laicità acquista una valenza procedurale in termini giuridici, e governamentale in termini politici, indicando, in questa duplice direzione, il vincolo di predisporre norme che consentano l'espressione dell'autonomia individuale e non la limitino ingiustificatamente, sulla sola base di assunti riconducibili a specifiche visioni valoriali.

Su questi molteplici piani, la bioetica rappresenta la dimensione contemporanea per eccellenza, ove la comprensione dei valori, delle scelte sul proprio corpo e sulla propria mente, nonché delle responsabilità, risemantizza la questione del senso da attribuire alla vita, in un orizzonte interno all'esistenza di ognuno, ma non per questo chiuso verso prospettive trascendenti. Ed è proprio nella costruzione di una vita improntata ai sensi che noi (e nessun altro) desideriamo attribuirle che la democrazia e la cultura democratica (pretianamente intese) possono trovare nuova linfa. La *dignità della diversità* è, in sintesi, il mandato che questi Maestri ci hanno lasciato. Essa si persegue primariamente attra-

⁷¹ Sul concetto specifico di laicità "identitaria" rimando a J. BAUBÉROT, *Les 7 laïcités françaises*, Parigi: EMSH, 2015, in particolare, p. 103 ss.

⁷² Cfr. U. SCARPELLI, *Per una bioetica laica*, in ID., *Bioetica laica*, p. 229 ss.

⁷³ Cfr. *ivi*, p. 233 e P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, p. 45.

⁷⁴ Cfr. P. BORSELLINO, *La medicina di fronte alla sfida del multiculturalismo. Il caso estremo delle mutilazioni genitali femminili*, in ID., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, p. 233 ss.

⁷⁵ P. BORSELLINO, *Quale diritto per quale bioetica nella cornice dello Stato laico?*, p. 133.

⁷⁶ Cfr. Corte costituzionale, Sent. n. 203 del 12 aprile 1989.

verso l'esercizio dello *spirito critico*, riconoscendo false piste dai facili entusiasmi, e coltivando «cautela, circospezione, riserbo nel giudicare [...]», sino a rinunciare «piuttosto che farlo frettolosamente»⁷⁷.

In una fase in cui la linea che separa l'opinare dal sapere è troppo sfumata, questo esercizio ambizioso si fa primariamente pedagogico, funzionale, cioè, ad insegnare agli individui ad essere autonomi e capaci di ricercare le proprie verità. Qui, però, la riflessione filosofica si ferma e rimette il mandato alla forma più alta che la Democrazia si è data per predisporre mezzi per fini condivisi: la Politica.

⁷⁷ N. BOBBIO, *Politica culturale e politica della cultura*, in ID., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Milano: Mondadori, 2009, p. 753.

LA QUESTIONE DEL SERGENTE GRISCHA:
UN ESPERIMENTO LETTERARIO SUL CONFRONTO
TRA UMANITÀ DEL DIRITTO
E DISUMANITÀ DEL POTERE

Alberto Scerbo

SOMMARIO: 1. Per una introduzione. – 2. Il diritto tra forma e sostanza. – 3. La sconfitta dell'uomo (e del diritto) di fronte al gioco del potere. – 4. Breve dialogo finale con il testo.

1. *Per una introduzione*

Nel libro *L'infinito viaggiare* Claudio Magris si sofferma a considerare che «nella storia della poesia il prussianesimo è soprattutto una grande categoria del conflitto etico tra diversi doveri e momenti del dovere, un simbolo del confronto fra un principio assoluto e l'ambiguità della vita [...]. Prussiana è quella lotta per il diritto, nata dalla fede nel diritto e nella sua lettera, che pervade *La questione del sergente Grischa*, il romanzo socialista e pacifista di Arnold Zweig [...]. La tradizione prussiana ha offerto agli scrittori, che in qualche modo si sono riconosciuti in essa, una cornice per inquadrare il dissidio fra una legge morale, sentita come assoluta, e la molteplicità dell'esistenza, in una tensione a trascendere l'individuo in un valore più alto, cui egli debba sottomettersi»¹.

Il romanzo di Arnold Zweig, *La questione del sergente Grischa*, appare nel 1927 prima sulla rivista "Frankfurter Zeitung" e quindi in volume. La traduzione italiana risale al 1930 e nella presentazione si sottolinea come «nello sfondo grandioso dell'antagonismo tra la Germania di Bach e della Kultur vediamo delinearsi il conflitto tra il cavalleresco generale prussiano vecchio tipo, von Lychow, non mai privo di onestà e di buon senso, e il generale prussiano venuto su dopo il settanta, protervo, unilaterale, tutto organizza-

¹C. MAGRIS, *L'infinito viaggiare*, Milano: Mondadori, 2005, pp. 50-51.

zione e macchine, intransigente, fanatico, Schieffenzahn insomma»².

Risalta, in tal modo, il gioco di contrapposizione tra gli attori principali dello scontro di carattere giuridico, che rivela, però, la sostanziale lotta che attraversa l'ordine sociale e colpisce il senso stesso della vita politica e si traduce in un contrasto più in generale di tipo culturale. Si tratta dell'opposizione tra un mondo che va scomparendo ed un altro che si profila all'orizzonte, tra l'antico ed il moderno, ma soprattutto tra concezioni filosofiche diverse, dove non sempre il nuovo è espressione del meglio e dove la differenza ruota intorno al modo di intendere l'uomo e la società e al valore attribuito alla funzione dello Stato. Le domande che traspaiono dalle pagine del libro travalicano il piano della mera operatività, poiché mostrano la limitatezza di un atteggiamento interamente ripiegato sulla ricerca del *come*, per innalzarsi di necessità alla dimensione della metafisica, per proiettarsi verso la scoperta del *che* di uomini e cose.

Riecheggiano e si sedimentano allora le osservazioni di Magris, secondo il quale «l'opinione corrente [...] tende a vedere soltanto l'aspetto deteriore – anch'esso indubbiamente esistente – di questo trascendimento, inteso come totale subordinazione dell'individuo allo Stato, ossia alla classe dominante, che pretende d'identificarsi con lo Stato. In questo senso il prussianesimo viene identificato con un pronò ossequio agli ordini superiori e viene visto come un'anticamera della disciplina nazionalsocialista. Ma oltre alla Prussia di Hegel nel suo aspetto più conservatore, che assolutizza lo Stato, c'è la Prussia di Kant, il cui imperativo categorico – nato anche nel fervido clima di ricerca intellettuale, tolleranza religiosa e costruzione dello Stato che caratterizzava la Prussia illuminista – è una legge universale che s'inalza al di sopra di ogni ordinamento politico»³.

Si comprende, pertanto, come dalla trama del romanzo affiorano, sotto l'involucro della poesia, i problemi legati alla connessione tra diritto e morale, al rapporto tra la lettera e lo spirito della legge e alla determinazione dell'essenza del diritto. Emerge dalla profondità dell'animo dei personaggi l'interrogativo sul significato autentico dell'idea di giustizia, sempre ondeggiante tra una prospettiva formale riferita al quadro dell'ordinamento giuridico e un'aspirazione sostanziale rivolta a cogliere la sua funzionalità rispetto al fluire dell'esperienza. Che coinvolge, in verità, il tema del dissidio tra l'astratta rappresentazione della realtà e la concreta vitalità dell'esistenza umana.

²E. BURICH, *Prefazione* a A. ZWEIG, *La questione del sergente Grischa*, Milano: Mondadori, 1930, p. 10.

³C. MAGRIS, *L'infinito viaggiare*, cit., p. 51.

2. *Il diritto tra forma e sostanza*

La questione del sergente Grischa è un romanzo di guerra, o meglio è un romanzo sulla guerra, di cui si spiegano i risvolti più nascosti che lambiscono la sfera dell'umano senza mai descrivere uno scontro armato o un'azione bellica. Si è scelta, infatti, una vicenda all'apparenza marginale, che costituisce una sorta di parentesi all'interno del più generale ed importante flusso degli avvenimenti di interesse militare. La guerra c'è, ma non si vede; non è la vista di immagini o l'ascolto di voci e suoni espressivi di brutalità a costruire l'atmosfera di disperazione, ma il sottile gioco dei dialoghi e il lento dipanarsi del filo dei pensieri. Alla facile via delle sofferenze del corpo è stata preferita la più ardua strada del lavoro introspettivo e dell'indagine psicologica. La ricerca del senso o non senso della guerra non discende dall'usuale impianto narrativo, articolato secondo episodi a forte impatto emotivo, capaci di rievocare immediatamente sensazioni nitide di rifiuto e di disprezzo, piuttosto da un movimento quasi di aggiramento del tema centrale per privilegiare un aspetto rivestito del crisma dell'estraneità.

La sfera del giuridico sembra vivere, infatti, in antitesi con la logica che presiede allo stato di guerra. La dottrina, una volta appresa la realtà della guerra come inevitabile componente dell'esperienza umana, ha svolto, a cavallo tra XVI e XVII secolo, un tenace lavoro per riportare il diritto all'interno di questa fase dell'esistenza, evidente momento di stasi nell'ordinario, e ordinato, procedere della vita collettiva, allo scopo di ricreare un "altro" ordine, non dimentico dell'essere dell'uomo. Si è poi interrogata, tanto all'interno della riflessione teologica quanto del pensiero giusnaturalistico moderno, intorno alla definizione dei criteri capaci di comporre la formulazione di un giudizio di valore su tale argomento, magari al fine di individuare elementi di giustificazione o pervenire finanche a valutazioni di giustizia. Ciò non elimina l'idea che la guerra si configura come un momento di sospensione del diritto. Per questa ragione lo svisceramento di una questione giuridica costituisce la plastica rappresentazione del contrasto tra la condizione di normalità e quella di eccezionalità, e di conseguenza tra differenti sistemi di regole. Non è solamente un'indagine sull'autentico contenuto del diritto, perché attraverso il diritto si finisce per intendere la valenza effettiva dei fatti, delle preoccupazioni e dei desideri che si rincorrono nel tempo di guerra e giungere, infine, all'accesso nell'abisso dei significati dell'idea stessa di guerra.

Un percorso esplorativo indirizzato verso il piano dell'essenza si compone dell'inevitabile fattore di criticità nei confronti delle forme di sapere che lambiscono la dimensione operativa o si arenano dinanzi ai limiti imposti dalla dogmaticità. L'insoddisfazione derivante dalla decrittazione di tutte le argomentazioni della prassi dipendenti dalle ragioni della politica si interseca con l'irritato stupore che s'incontra di fronte all'assenza di risposte provenienti dagli ambiti

di riflessione che maggiormente si confrontano con il livello superiore dei fini ultimi.

Compare, così, con immediata evidenza il disinganno della religione. «È già da molto tempo che Iddio non comanda più, mio soldato idiota [...]. È che il diavolo l'ha rinchiuso nella stalla delle capre, insieme al suo figliuolo. E lo Spirito Santo, sai dov'è? Tuba in alto, nella colombaia. E così, in paradiso, nella sala del trono, il diavolo si è steso brutalmente sulle poltrone rosse di velluto insudiciando ogni cosa coi suoi stivaloni da soldataccio. E non è mai stato meglio di adesso. Lo vedono anche i ciechi: è lui che comanda e Iddio non può far niente»⁴. In questo breve passaggio appare con chiarezza come la raffigurazione della guerra coincida con la rappresentazione del male, di modo che il conflitto non genera soltanto la dispersione della pace e della tranquillità sociale, e l'interruzione del diritto, ma anche la sospensione del bene e del giusto, e perciò il tragico ripiegamento della religione.

Il rancore per l'irrimediabilità della realtà delle condizioni di vita trova, in tal modo, radici nella consapevolezza della mancanza di volontà dell'Assoluto di incidere sulle scelte nefaste dell'umanità, lasciando sgombro il campo all'insediamento del dio del male, che «non domanda che si abbia fede in lui. Fa quello che gli piace e lascia che tu faccia quello che vuoi e non gliene importa un fico secco di chi ha fede e di chi non ha fede»⁵.

Alla prostrazione del disincanto dinanzi alle sventure di cui si permea l'esperienza pratica si salda la disillusione che scaturisce dall'incapacità della religione di fornire un ausilio intellettuale. La constatazione non riguarda il foro dell'interiorità, né la sfera della spiritualità, ma si confronta, invece, con la ricerca del fondamento delle cose. E qui emerge con forza la differenza della struttura del sapere filosofico rispetto a quella delle altre forme di sapere, tra un approccio radicalmente problematico ed un altro che si muove nei confini definiti dai principi convenzionali da cui si avvia la ricerca.

Questi assunti sono tratteggiati con la dovuta completezza in un'immagine, i cui contorni si delineano nel corso di un incalzante dialogo. Alla considerazione: «Io vorrei sapere che senso ha tutto ciò che noi stiamo soffrendo», la replica è: «Il senso di tutto è alquanto nascosto, creda a me. Ma ancor più strano è questo: stiamo male se non sappiamo darci una spiegazione delle cose. È ciò che cerco io, è ciò che cerca lei, è ciò che tutti cerchiamo nei libri»⁶. Risalta la domanda filosofica del *perché* delle cose, che impone di trasformare il mondo in un totale ed universale problema, ma anche di mettere in discussione, e non assumere acriticamente, ogni tipo di presupposto, per spingersi verso la scoperta del *ti éstin*.

⁴ A. ZWEIF, *La questione del soldato Grischa*, cit., p. 47.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, p. 96.

Si comprende così come la soluzione non possa risiedere nella scienza teologica: «Se lei fa di queste domande a un cappellano militare, a un predicatore [...] fanno finta di non capire e se la cavano con sentenze bibliche o col catechismo; e poi dicono: non si deve dubitare. Sì, ma che cosa si può fare se non dubitare?». La mobilità turbinosa piena di dubbi della filosofia, che induce a tendere sempre verso la comprensione della natura dell'essere, rivela i limiti di una dottrina basata su certezze indiscusse e non problematizzate, come risulta dall'icastica affermazione: «i teologi sono in una posizione più difficile della nostra. Sono legati al loro testo»⁷. La parola che proviene dai testi sacri è netta, fornisce una risposta inequivoca, ma spesso elude la domanda, placa lo spirito con la forza della fede, ma non rafforza gli argomenti della ragione e non vivifica l'intelligenza.

Un sottofondo di ebraismo si incrocia trasversalmente per tutto il romanzo, ma senza alcuna particolare indulgenza su orientamenti di ordine trascendente. Anzi la trama che si svolge lungo le pagine del libro si arricchisce di prospettive differenti, che restano tutte legate all'uomo nella sua materialità. I contrasti di tipo giuridico, che rievocano insieme la lotta tra le classi sociali, sono protesi all'affermazione di modelli operativi diversi, sebbene non possono esimersi di cedere, anche involontariamente, ad un'apertura verso lo spazio metafisico. E di tanto in tanto il nesso teorico con la dialettica della prassi sfugge dalle pieghe del racconto. Accade quando si agita il vessillo del marxismo e, affermando la centralità del momento economico, si muove un rapido attacco all'interesse individualistico del capitalista e alla sua indifferenza nei riguardi del popolo degli sfruttati e si propone un'interpretazione della guerra in senso imperialistico. Ma traspare ancora allorché, traendo spunto dal rifiuto di ogni espressione di gerarchia, in quanto causa di ogni barbarie e principio del male, si fa aleggiare il vento dello spirito libertario, al fine di stigmatizzare il dramma dell'esercizio di un potere basato sulla forza, che, trasformando ogni relazione nel dominio dell'uomo sull'uomo, produce la piena disumanità delle azioni delle pubbliche istituzioni. E lo sguardo deve essere, quindi, rivolto, all'opera di pensatori capaci di inseguire il sogno di una rivoluzione nella politica, che possa sostituire alla follia dell'attualità la razionalità di un assetto sociale imperniato sul principio di libertà. Da qui le domande: «Conosce il principe Pietro Kropotkin? Ha mai letto niente del conte Tolstoj?»⁸.

Il dispotismo del potere, che nasce dall'uso cieco della forza e si manifesta quando il governo si converte in mera amministrazione degli uomini, si riverbera, e forse trova la sua apoteosi, nella vita del diritto, e ancor più nella fase di applicazione delle norme giuridiche, quando giunge a compimento l'aspirazione di ognuno all'attribuzione del suo. Un sentimento di impotenza colpisce chi è

⁷ *Ibidem*, p. 97.

⁸ *Ibidem*, p. 127.

chiamato a rendere giustizia, perché si intuisce con precisione che il tribunale «funziona come un ingranaggio. Guai a chi vi capita sotto: il tribunale lo prende tra le sue ruote e non lo abbandona se non cadavere»⁹ e ci si chiede se il meccanismo giudiziario non sia in fondo una parodia del diritto e l'insieme delle leggi un cumulo di sciocchezze. Una sensazione di irrealtà invade chi esercita compiti di natura amministrativa, perché si trova ad affrontare la rigidità dell'estrema formalizzazione dei servizi e dell'eccessiva burocratizzazione, e si accorge, con stupore, del processo di annientamento del valore di umanità, con la conseguente trasfigurazione dei soggetti reali in incartamenti impersonali privi di vita. Una percezione di schiavitù attanaglia colui che è coinvolto nelle dinamiche giudiziarie, poiché ha un'esatta visione della propria posizione di inferiorità e si persuade di essere esposto agli arbitri del potere, al punto da acquisire la desolante convinzione che «se si capita tra le mani della giustizia è difficile cavarsela senza una condanna sul groppone, anche se si è innocenti»¹⁰.

Ciò rappresenta la sconfitta del diritto e il ridimensionamento della sua funzione nel tessuto della collettività. Significa, inoltre, l'adesione ad una concezione strettamente formalistica e l'abbandono di ogni pretesa valoriale. In queste circostanze scatta un moto di reazione, s'innalza il desiderio del cuore di opporsi alle determinazioni del freddo calcolo e si profila l'impegno fattivo a rivendicare la prevalenza del misurare dialettico della filosofia sul misurare numerico della statistica. La specifica questione giuridica si converte, pertanto, in un'indagine sul rapporto tra diritto e giustizia e nel confronto tra un diritto senz'anima e un diritto specchio della vita.

3. *La sconfitta dell'uomo (e del diritto) di fronte al gioco del potere*

La rapida osservazione iniziale di Magris può essere un'utile introduzione alle problematiche trattate nell'intero romanzo di Zweig, poiché consente di comprendere come il ruolo centrale rivestito dal diritto si inserisce in un contesto di essenziali antinomie che albergano nella cultura giuridica prussiana.

La fiducia degli scrittori dell'illuminismo tedesco, Mendelssohn e Lessing su tutti, nella capacità della ragione di incentivare lo spirito di collaborazione e la pacifica convivenza al fine del perfezionamento e del progresso dell'uomo, e l'entusiasmo kantiano per il messaggio trasmesso dalla rivoluzione francese sicuramente favoriscono la scelta della via della codificazione, che prende avvio già nella prima metà del Settecento per concludersi negli ultimi anni del secolo con la pubblicazione dell'*Allgemeines Landrecht*.

⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹⁰ *Ibidem*, p. 109.

Al codice è affidato, così, il compito di attuare un sistema giuridico territoriale su base razionale. Ma il valore del processo di codificazione non scaturisce dall'acquisizione diretta dei principi rivoluzionari, anzi è rielaborato in una chiave quasi opposta, nel senso che si accoglie con favore lo strumento innovativo predisposto dalle menti della rivoluzione, ma viene riempito dei contenuti del pensiero della conservazione. Ciò alimenta il dibattito sull'importanza degli insegnamenti della rivoluzione francese, che tocca il piano filosofico, quando coinvolge Rehberg e Fichte¹¹, ma si estende all'ambito giuridico nel momento in cui è posto in discussione il ruolo della codificazione e genera la polemica tra Thibaut e Savigny¹².

Da queste discussioni dottrinarie emerge, però, un altro carattere, di certo antitetico ai principi illuministici, ma che, curiosamente, finisce per accomunare tutte le differenti posizioni. Il confronto tra la Scuola storica e la Scuola filosofica riguarda, infatti, il *come* del problema, non l'obiettivo da raggiungere, poiché al fondo si rinviene una comune matrice nazionalistica. Tale spinta attenua la forza dirompente dello strumento codicistico, dal momento che incanala la scossa rivoluzionaria nel solco della tradizione. E questa connotazione appare evidente ancora agli inizi del Novecento, se al tempo del primo conflitto mondiale Zweig si sofferma a considerare che le distanze tra i protagonisti della vicenda giudiziaria sono meno accentuate di quanto sembra: il generale von Lychow, difensore della giustizia, non esita a proclamare che «quello che deve essere, deve essere. È vero che quel povero diavolo è degno di compassione. Ma noi abbiamo altre cose da pensare: disciplina dell'esercito, la Prussia, l'impero. Che cosa importa un russo in più o un russo in meno?»¹³.

Le forti contrapposizioni che si colgono nell'intreccio delle discussioni non traggono origine dall'anelito ad un radicale mutamento delle condizioni politiche o dell'assetto sociale, ma indicano più semplicemente lo scontro in atto per il cambio di guardia nell'esercizio del potere: in altri termini nell'immobilismo della struttura statale risuona solamente l'eco della sorda battaglia per la sostituzione delle classi dominanti. La piccola, ed irrilevante, storia di un anonimo soldato russo si dimostra, pertanto, capace di rivelare le frizioni tra la vecchia e la nuova Prussia. Si affrontano, quindi, l'antica nobiltà ed il ceto emergente, l'una altezzosa per la memoria dei fasti del passato, ma mesta di fronte allo spirito del

¹¹ Tra il 1792 e il 1793 appare il lavoro in due volumi di Rehberg dal titolo *Untersuchungen über die Französische Revolution*, Hannover, Ritscher, a cui segue l'opera di Fichte, che risponde con il *Contributo alla rettificazione del giudizio del pubblico sulla rivoluzione francese del 1793*.

¹² La polemica sulla codificazione si sviluppa nel 1814. Al saggio di Anton Thibaut, *Über die Northwendigkeit eines allgemeinen bürgerliche Rechts für Deutsch-Land*, replica Friedrich von Savigny con il libro *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, entrambi pubblicati a Heidelberg da Mohr und Simmer.

¹³ A. ZWEIF, *La questione del sergente Grischa*, cit., p. 102.

presente, l'altro arrogante per la sete di arrivismo e irriverente dinanzi ai simboli della tradizione per la coscienza di un'imperante neolatria. Ma si oppongono anche il capitalismo agrario del presente e il capitalismo industriale del futuro, che si traduce, però, nello scontro tra due diverse forme di conservatorismo, in cui il diritto sembra contribuire al mantenimento dell'organizzazione sociale consolidata, magari con qualche variazione di posizione, piuttosto che al mutamento strutturale della collettività.

In questo specifico quadro si deve inserire il confronto giuridico. Che in un gioco osmotico favorisce la formulazione di un giudizio sulla guerra attraverso un'indagine sul diritto, e viceversa anche di un'idea del diritto a partire dalle anomali condizioni della guerra. La relazione tra diritto e guerra è affrontata su diversi livelli. L'inconciliabilità tra i due termini è dichiarata, con assertiva categoricità, in universale: «la guerra in teoria è stata assolutamente condannata [...] – e non ha alcun – diritto di essere». Ma, poiché la realtà pratica si è sempre svolta in direzione contraria, sistematicamente si pone il problema della coesistenza e delle modalità di conciliazione. Cosicché, in particolare, il diritto vive una dimensione dimezzata, dal momento che mantiene formalmente i propri caratteri costitutivi, ma sostanzialmente finisce per rivestire un ruolo meramente ancillare rispetto alle esigenze della guerra. E ciò sotto due distinti profili. Il primo, legato direttamente alle particolari ragioni del potere, lontane e di certo incomprensibili per il popolo, che conduce a considerare l'inevitabile predominanza di giustificazioni superiori rispetto alla normalità dell'esistenza e che fa pensare a Schieffenzahn che «spettava a lui tenere l'esercito sempre pronto. Di fronte a un compito così grande, era superfluo mettersi a sottillizzare sul giusto e sull'ingiusto»¹⁴. Per altro verso, risalta poi un fattore falsamente moralistico, che, sotto la luce del calcolo quantitativo e il parametro di una metaetica utilitaristica, fa vibrare gli oscuri tentacoli della più tenace disumanità. Si tratta dell'applicazione del ragionamento statistico, da cui si deduce che «se si pensava che ogni giorno venivano sacrificati mille uomini, in media, per la vittoria delle armi tedesche, nessun male se un disertore russo, che aveva vergognosamente abbandonato il suo posto nell'accampamento dei prigionieri, ci rimetteva la vita»¹⁵.

In tal modo, però, la morte prevale sulla vita. L'irragionevolezza della guerra trascina con sé la valorizzazione degli aspetti d'irrazionalità sottesi nel diritto e disperde il significato autentico dell'essere di un ordinamento giuridico. Il richiamo all'essenza del diritto funge, così, da ancora di salvezza, che sottolinea fino in fondo l'assurdità delle situazioni di guerra e consente di ricordare il senso dell'esistere.

«Non dipendono tante cose – oggi come ieri, come sempre – dal come uno

¹⁴ *Ibidem*, p. 270.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 270-271.

ha digerito, dall'aver mangiato e bevuto bene o male, dal sonno che si è fatto, dall'esser stato o no con una donna?»¹⁶. Queste sfumature, che rievocano suggestioni esaltate dai più radicali esempi di realismo giuridico americano, sono indirizzate ad evidenziare l'importanza del singolo individuo e del senso di responsabilità che deve accompagnare le azioni nella sfera pubblica come in quella privata. E s'intuisce come la coscienza responsabile di chi opera il giudizio costituisce la cifra della dimensione etica del diritto, ma anche della definizione di una serie di rapporti che conformano la struttura tanto del giuridico quanto del politico.

In discussione non è la moralità della legge, perché le norme imposte per il mantenimento dell'ordine in tempo di guerra sono dotate di una specifica *ratio* e tentano di riportare razionalità in un ambito di naturale irrazionalità. E neppure la ragionevolezza delle procedure, visto che le prove testimoniali sono state regolarmente acquisite agli atti. E nemmeno la validità dei principi fondamentali, poiché la materia penalistica è improntata sulla proporzionalità tra reato e pena. In verità, il problema si presenta nella fase di applicazione, quando cioè si tratta di tradurre in concreto regole e principi e dall'impersonalità degli imperativi si discende alla personalità delle decisioni.

La chiave di lettura dell'intrico giudiziario giunge dalla riflessione di una figura di contorno, il semplice ed umile falegname ebreo Tävje, che propone una sintesi efficace, in cui l'aspetto giuridico è finemente intersecato con quello più elevato di carattere etico: è necessario «sapere che c'è qualcuno, cui importa la sentenza e non la giustizia, la tua morte e non la verità»¹⁷. Questi differenti interessi sono raffigurati nel lungo dialogo tra il vecchio che tramonta, Lychow, e il nuovo che avanza, Schieffenzahn, il cui esito è anticipato dallo scenario della rappresentazione: «Sembrava che il piccolo spazio oscuro interrotto soltanto dalla zona illuminata dai fasci di luce della lampada, diventasse sempre più grande intorno ai due uomini che stavano discutendo per i loro principii. Nel grande silenzio si sentiva cadere la neve contro le finestre. Lychow si alzò, senza uscire dai suoi pensieri, e andò alla finestra per chiudere le tende»¹⁸. Il senso di oppressione creato dalla penombra della stanza si fonde con l'oscurità del cielo in un'atmosfera di torbida tristezza che avvolge l'irreale realtà dell'esistenza.

In questo clima le ragioni dell'uomo cedono gradualmente alle motivazioni del potere. E ciò risulta chiaro nel momento in cui ad un diritto ossequioso delle regole e rispettoso dei limiti se ne oppone un altro condizionato dai rapporti di forza. Il diritto costruito per l'attuazione di una giustizia ugualitaria è annientato dall'ordinamento funzionale alle scelte operative della politica. Si configura con implacabile nettezza la prevalenza del potere sul diritto, di mo-

¹⁶ *Ibidem*, p. 209.

¹⁷ *Ibidem*, p. 245.

¹⁸ *Ibidem*, p. 273.

do che le norme giuridiche si riducono a comandi espressivi della volontà del sovrano, diretti espressamente alla realizzazione delle esigenze del soggetto pubblico. L'effetto dell'annullamento dell'individuo è immediato: «Lo Stato fa il diritto; l'individuo è un pidocchio»¹⁹, è la perentoria affermazione dell'intransigente Schieffenzahn. Il difensore della ragion di Stato racchiude in sé il culto del razionalismo hegeliano e l'ambizione della formazione di un «nuovo impero tedesco», in cui il diritto coincide con l'esercizio della forza e la piccolezza dell'individuo si annichilisce di fronte alla grandezza delle aspirazioni di dominio dello Stato tedesco.

La risposta di Lychow esprime il tentativo di ricondurre l'esercizio del potere nell'alveo del diritto e di attribuire al momento giuridico una posizione primaria. Ma, al di là delle apparenze, ciò non appare diretto a recuperare una vena di essenzialità, poiché finisce per rivelare un risvolto differente, per alcuni versi contrario, di una medesima preoccupazione. In altri termini, vengono prospettate, da un punto di vista strettamente pratico, due modalità alternative di strutturazione delle categorie del politico, che lasciano, però, inalterato l'obiettivo finale. Dietro le schermaglie verbali si nasconde «una lotta tra classi», che in fondo non intacca il ruolo e le funzioni dei soggetti della sfera del pubblico. Anche nelle argomentazioni del garante del diritto permane il primato dello Stato e il tendenziale ridimensionamento dell'individualità: si sente dichiarare, così, che «il diritto conserva gli Stati [...]. Soltanto perché la giustizia illumina gli Stati, gli uomini possono sparire di fronte allo Stato»²⁰. L'impegno in favore della causa di Grischa e il richiamo alla giustizia non sono, quindi, motivati dalla ricerca del bene, ma unicamente dalla volontà di tutelare il *proprio* Stato, ciò che «rappresenta l'eternità».

Una differenza di base senza dubbio rimane e riguarda la finalità che si intende perseguire attraverso il funzionamento dell'ordinamento giuridico. Schieffenzahn ritiene che l'esecuzione della sentenza costituisca una necessità dello Stato e un monito rilevante per il mantenimento della disciplina, ragion per cui la scelta assunta in modo formale deve trovare assoluto compimento. Lychow pensa, al contrario, che «in nessun modo era possibile dimostrare che uno Stato avesse il diritto di mettere in movimento l'apparato potente della sua giustizia per colpire un innocente e per distruggere il sentimento di giustizia dei popoli»²¹.

Le giustificazioni poste a fondamento di tale contrasto riconducono al piano dell'eticità. E qui le divergenze affiorano con maggiore intensità, perché, se da un lato l'eticità diventa connotato costitutivo del soggetto pubblico, dall'altro rimanda ad un ambito in cui l'individualità si coniuga con l'oggettività in un processo di

¹⁹ *Ibidem*, p. 272.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, p. 274.

apertura alla problematicità nell'azione concreta. Il kantiano «senso di equità innato nel petto di un uomo oggettivo»²² sostiene l'imperativo categorico della difesa di un innocente, che significa, al contempo, affermazione della validità delle regole, sostanziali e procedurali, che presiedono all'amministrazione della giustizia. In tal modo l'individuo non si disperde nella statualità, ma contribuisce alla formazione di una «esistenza etica – una – collettività morale»²³, che si eleva a fondamento del diritto e a sostegno indispensabile dello Stato.

Sebbene all'interno della cornice teorica della modernità, simile posizione si dimostra ancora capace di rivelare barlumi di tensione filosofica. Forse perché permangono ancora residui del senso dei limiti dell'uomo e della irraggiungibilità della condizione divina, che si scontrano con l'incombente radicalizzazione del razionalismo con il suo patrimonio di assoluta divinizzazione dell'umano. Lo scontro è, quindi, anche tra un pensiero forte, che riconosce la proiezione verso la scoperta dell'essenza, ed un pensiero debole, che si nutre di certezze e fatti compiuti e della potenza infinita dell'uomo.

L'anticipazione del delirio di onnipotenza che opprimerà il mondo tedesco negli anni a venire è già presente nel clima culturale del tempo in cui Zweig pensa agli avvenimenti del decennio precedente. E la scrittura condensa i timori del presente volgendo lo sguardo alla presuntuosa supponenza del passato, quando già qualcuno comincia a pensare a sé non come un individuo qualunque, perché «quello che stava per decidere la sua testa sarebbe pesato sulle generazioni avvenire per secoli e secoli. La loro felicità e i loro dolori vibravano già elettricamente nei suoi gangli. Non si poteva negare che nei suoi sogni, nei suoi pasti, nei suoi bisogni corporali si sentisse la possibilità d'infinite influenze. Innegabilmente il suo spirito faceva parte del destino dell'impero. Eppure [...] non ho bisogno né del suo Dio né del suo cielo»²⁴. Non può, quindi, stupire che qualche uomo si senta libero «di fare quello che si voleva; un cenno, e il russo era steso a terra, oppure rimaneva in vita»²⁵. Non è più soltanto l'esplicazione di un dominio dell'uomo sull'uomo, ma è qualcosa di ancor più estremo, che si estende fino all'esercizio, asettico ed irriflessivo, di un vero e proprio potere di vita e di morte. In cui l'uomo appare del tutto trasfigurato in un processo di totale reificazione, che conduce nell'immensità del nulla, dove l'unicità di ogni singolo essere trascende nell'assoluto del non essere.

L'approdo in questa dimensione decreta irrefutabilmente la fine dell'uomo. Nella condanna di Grischa risiede anche la morte di una parte di Schieffenzahn, che si completa metaforicamente nel momento in cui il distratto ripensamento, di stretta ispirazione egoistica, è vanificato dalla cruda ricomposizione della giu-

²² *Ibidem*, p. 211.

²³ *Ibidem*, p. 300.

²⁴ *Ibidem*, p. 281.

²⁵ *Ibidem*, p. 282.

stizia della vita prodotta dall'imprevedibile fluire della realtà. «Lasciarlo vivere, voleva dire aver pace [...]. Parlò col suo sergente: doveva metterlo d'urgenza in comunicazione colla Kommandantur di Mervinsk. Col tono bonario dell'uomo sfinito dal lavoro, aggiunse: – Suoni forte, Matz, forse schiaccerò un sonnellino»²⁶. Il sonno non viene disturbato, perché «È dalle otto di stamane che lavora. Dovrei essere un bel mascalzone per svegliarlo soltanto per dirgli che la tempesta di neve ha interrotto tutte le comunicazioni più in là di Bakla e che non è possibile di parlare con Mervinsk; i guardiafilii non possono far le riparazioni prima del mezzodì o della sera di domani. Egli si tormenta per noi, vince per noi, lascialo dunque dormire, Matz. Il mondo non cadrà e la Germania non perirà, soltanto perché egli verrà a saper ciò un'ora più tardi»²⁷. La decisione banale di un soldato qualunque si impone sulle dotte dissertazioni, sulle profonde riflessioni e sulle elucubrazioni maniacali e finisce per segnare la traccia indelebile del destino. Che non offre un rimedio alle colpe di chi ha inteso perseguire volontariamente nell'errore innalzandosi fino a Dio. Ma, in un silenzio plumbeo, accompagna ingiustamente lo stanco Grischà verso la dissolvenza dell'uomo, ed insieme dell'essere.

4. Breve dialogo finale con il testo

Un romanzo trasmette messaggi individualizzati e acquista un significato particolare per ognuno dei lettori: ha un linguaggio universale, ma parla al cuore del singolo, coglie ed esprime i sentimenti e le emozioni dell'umanità, ma scende dagli abissi della mente i pensieri più reconditi depositati in angoli nascosti e inaccessibili. Al lettore di qui e di ora le pagine del libro svelano due ulteriori motivi di incontro, altri rispetto agli spunti di riflessione offerti al discorso giuridico. Uno espressivo della sfera della natura, l'altro serpeggiante nell'involucro dell'intimità. Ma entrambi che si dispiegano con lo struggimento della malinconia nel mondo dell'interiorità.

Chi si è accostato alle righe del romanzo di Zweig è nato e vissuto in una città di vento, che ha segnato il suo tempo e lo accompagna ancora adesso nel cammino della vita. Non si può restare indifferenti, perciò, quando si legge: «Il vento canta coll'abbandono appassionato di un folle [...]; le raffiche della primavera traggono tutta una gamma di suoni vibrando attraverso i reticolati»²⁸.

Ritornano alla mente le parole di un altro romanzo, legate ai luoghi della Calabria, in cui si riflette sul fatto che lo scirocco, insidioso, oppressivo, ossessivo, «da sempre canta le sue storie, costruisce pensieri, rende nebulosa la vista, inta-

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, pp. 286-287.

²⁸ *Ibidem*, p. 26.

sa il respiro fino al soffocamento, accentua l'aggressività, il senso di perdizione e gli affanni». E nel tempo l'uomo, durante le tempeste di scirocco, si è sempre smarrito, perdendo la certezza del tempo e adagiandosi in una sfera soltanto spaziale: «e l'io, senza più passato e soprattutto senza più futuro, irrimediabilmente solo in quel presente di silenzio etereo, annaspava, come in un respiro affannoso, perché non riusciva a cogliere la natura profonda del proprio malessere»²⁹.

La natura si incunea nella profondità dell'essere e lo riveste della sua essenza. E così la magia del sibilo e dei suoni del vento piega gli uomini in uno stato di perenne inquietezza e li divora con la rassegnazione della follia. L'atmosfera mitica evocata dalla terra calabrese si congiunge idealmente con le trame mistiche dei racconti onirici di Sicilia, dove medesime sensazioni riappaiono nelle considerazioni di un altro scrittore, che, attraversando Agrigento, ricostruisce l'intreccio tra la città e la follia per spiegare l'*humus* in cui si forma il complesso e multiforme abito intellettuale pirandelliano: «la follia: questo estremo rimedio che annienta la verità, ce la toglie di torno, ce ne libera. E la pirandelliana Agrigento ne è il naturale teatro»³⁰. Un carattere distintivo che si congiunge strettamente, traendone origine, dall'impetuoso e irredimibile scirocco, «il terribile vento di Richieri che mette l'angoscia in tutte le case», come si scopre in *Uno, nessuno e centomila*.

Il vento diventa una voce dell'anima, ma anche una voce nell'anima, un sussurro di sgomento, soprattutto quando fa ricordare gli istanti in cui le sue spire hanno avvolto lo spirito nel buio freddo della paura e dell'incontro con la morte.

A questo punto le voci di dentro si arricchiscono della forza cupa e inarrestabile della nostalgia, che, scrive Zweig, si pone come «un assillo costante delle loro anime e, in un certo senso, addirittura il centro di gravità dei loro cuori, tanto che essi, pur essendone plasmati, non se ne accorgono se non c'è qualche occasione»³¹. La nostalgia, pur accogliendo il ricordo di un tempo e di uno spazio specifico, proietta, in verità, in una dimensione che è al di là dello spazio e del tempo, perché si sedimenta nell'interiorità. E costituisce la chiave di accesso ai caratteri distintivi della propria identità, quella nascosta nel profondo, che riappare improvvisa nella sofferenza e nel dolore e svela la verità del proprio essere, immagine finita dell'Essere.

²⁹ S. GIOFFRÉ, *La terra rossa*, Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 151.

³⁰ M. COLLURA, *In Sicilia*, Milano: Tea, 2011, p. 34.

³¹ A. ZWEIG *La questione del sergente Grischa*, cit., pp. 24-25.

RACISM AND LAW: SITUATED VULNERABILITY *

Gianfrancesco Zanetti

SOMMARIO: 1. From Salgari ... – 2. ... to Lombroso. – 3. Julius Evola (and Giorgio Almirante). – 4. The Manifesto of Italian Racists: Jewish people and black Africans.

1. *From Salgari ...*

Emilio Salgari is a well-known Italian author of books for children. Italians of my generation grew up reading the adventures of Sandokan, the Malaysian Tiger, a most brave pirate. He was merciless but with his own honor code, always faithful to his word and invincible in a duel.

The writer described in painstaking detail the landscape and the vegetation of faraway countries he had never visited (he was an avid reader of geography texts in the Turin public library). He also falsely pretended to have been Commander in Chief on a boat, and for this boasting lie, he had to eventually engage in a real duel. Salgari did not end up well: he took his own life, disemboweling himself in a horrific way using a razor. He had a very unhappy life, that included a suicide of his father, a wife hospitalized in a psychiatric institution, no true social recognition at all, and no financial stability. All of his children met a tragic death as well.

One of his most famous books is *The Pirates of Malaysia*, published in 1896. The main characters of this fiction are three proud warriors, who are going to become great friends. The leader is the above mentioned Sandokan, originally a Borneo nobleman, with his loyal sidekick, Yanez de Gomera, a pureblood Portuguese, as he imagines himself. The third friend is an Indian,

* Quando mi è stato chiesto di partecipare agli scritti in onore di Patrizia Borsellino, una studiosa e un'amica che ha dato contributi assai importanti alla nostra disciplina, stavo preparando alcune lezioni che avrei tenuto per il mio corso Ph.D. a Berkeley, *Equality and Vulnerability in the Context of Italian Political Philosophy*, nella primavera del 2021. Ho pensato allora di offrire in questa occasione, il testo della seconda lezione introduttiva, perché tratta di argomenti contigui a quelli dei quali, con ben altra competenza, Patrizia si è occupata.

Tremal-Naik, approximately thirty years old, with an *olivastra* (fairly dark) skin.

In one or the other books of Salgari's "Pirates Series", each of the three main characters is duly engaged, in a romantic affair, or a passionate love story. Sandokan falls for the daughter of an enemy, Marianne Guillonk, nicknamed "the Pearl of Labuan". Yanez is in love with Surama, a lady from the Assam region. In "*The Pirates of Malaysia*" the main love story is that between Tremal-Naik and Ada Corisant, a young English lady abducted by the *thugs*. They are worshippers of the Hindu Kali deity, who strangle their enemies or victims, led by the evil "Tiger of India", Suyodhana.

While it is mercifully not necessary to get into the details of the plot, it should be remarked that none of the main characters falls in love with a partner of his or her own ethnicity.

Sandokan and Tremal-naik are Asian, men of color anyway, and they both marry an English lady (Marianne and Ada are cousins, by the way). Yanez, the only caucasian member of the trio, is engaged with Surama. It is also worth remarking that even the cruel Suyodhana, the leader of the Kali worshippers who dwell in dark, secret underground tunnels of India, did conceive a son, Tenent Moreland, with an English Lady. In other terms, it looks like Salgari's main characters usually fall for partners who do not belong to their same "racial" group.

Since Ada Corisant is fifteen years old, on the other hand, her relationship with Tremal-Naik would have been statutory rape in several countries – and those were books that loving mothers would give to their eight, nine years old children so that they could learn to love reading. It is quite certain that such an age gap would mean big trouble for any contemporary writer who would dare to describe a love relationship like that in a glamorous, positive way.

2. ... to Lombroso

This may help, however, to better understand the lack of any word, in Italian, that translates 'miscegenation'. There is, actually, no word for it. The French *mésalliance* means a marriage between partners who belong to different social classes – a different kind of prejudice, although they both forbid some kind of union (*mésalliance* was forbidden by custom, not by law).

Unfortunately, this does not mean at all that Italians never had a racism problem at home. Italians did have infamous racial laws during the Fascist period, well after Salgari's death. Salgari's books, furthermore, are littered with obscene, unacceptable racist expressions – while the Dayak people seem to have courage and audacity in their blood, the Chinese are often described with unacceptable derogatory words – quite a disgusting attitude that makes reading

those books a very unpleasant experience. The only reason to recall them now, is to conjure up a cultural background where the “race” problems took an extremely specific, and still horrific, shape.

In Salgari, races are often mentioned. No Italian could find anything strange in the famous exchange at the very beginning of *The Pirates of Malaysia*, when Yanez spares the life of a young brave warrior of color, Kammamuri, who proudly asks him why a pirate is showing him mercy:

- «Why are you not killing me?»
- «Well, to begin with, because you are not white».
- «Do you hate white men?»
- «Yes».
- «But aren't you ...»
- «Dammit, of course, pureblood Portuguese».
- «But then ...»
- «Let us not talk about this»¹.

The notion of a “white man” whose loyalty was with the brave folks of faraway Asia and their traditional values was something that Salgari could take for granted as perfectly acceptable and appropriate for Italian children of the year 1896.

There is, however, a “race” that does not, or does not often, get mentioned in his books – the Jewish race. This was not by chance: prejudice against Jewish people had a long history in the Peninsula, mostly on religious grounds, and the persecution it triggered could be most cruel².

During the fascist years, Italian racism took its peculiar, ambiguous shape. It is well known that Benito Mussolini did not start as an open racist. In an early speech, he spoke dismissively of racist doctrines. One of his most beloved mistresses (for almost twenty years), for example, was Jewish, Margherita Grassini Sarfatti: one of the most learned women of her age, received by Eleanor Roosevelt with the kind of honors usually reserved for a first lady. Needless to say, everything changed when her beloved *Dux*, the title of Mussolini's biography she authored, translated in several languages (including Turkish and Japanese), became an ally of Nazi Germany and officially embraced racism, something that prompted her to smartly leave the country³. Her sister Nella was deported to the Auschwitz concentration camp in Poland, where she died with her husband.

¹E. SALGARI, *I pirati della Malesia* (1896), Milano: Vallardi, 1967, p. 24.

²See M. CAFFIERO (ed.), *Le radici storiche dell'antisemitismo: nuove fonti e ricerche*, proceedings of the seminar held in Rome on the 13th-14th Dec 2007, Roma: Viella, 2009.

³S. URSO, *Margherita Sarfatti dal mito del Dux al mito americano*, Venezia: Marsilio, 2003.

The American physician Samuel A. Cartwright⁴ claimed that black slaves suffered from a psychiatric disease, so called “drapetomania”, the compulsive desire to escape from their masters (an illness unknown among white people), and that freed slaves were more susceptible to psychic unbalance than those who would live in servitude.

In Italy Cesare Lombroso, a Sephardim Jewish scholar, tried to establish a connection between some anatomic features and the impulse to perform criminal act. A Lombrosian explanation of a position *a là* Cartwright is given by Leonardo Di Caprio in *Django Unchained* by Quentin Tarantino: blacks are prone to servitude because of some anatomic details of their skull. It does not really matter if the stigma of inferiority revolves around the impulse to seek freedom or the lack of it: the essential part is that there is an anatomic explanation for that stigma.

Lombroso was a positivistic scholar, he identified himself as a scientist, and was an atheist. His daughter Paola (a writer and an anthropologist herself) married the physician Mario Carrara, one of the Twelve Italian University Professors who dared to defy Fascism by not taking the required loyalty oath (for which they were all fired)⁵. In the last period of his life, however, Lombroso took seriously Eusapia Palladino, a medium who was able to make him believe in spiritism.

Both a lawyer and a physician, Lombroso played a role in shaping the fears and the political goals of an Italian bourgeoisie; its need of “law and order”, and its aversion to diversity and minorities – something perceived as linked with chaos and lack of stability. It is possible to give an explanation for criminal acts, and sociopathic behaviors. It has to do with an anatomic feature, with biology. The urge to explain, to *erklären*, everything with a casual/effect “experimental” attitude took Lombroso to believe in mediums and spiritism. Who could provide “evidence” of a different and maybe shadowy world, and nevertheless ready to be understood in a rational way?

Fascist racists, however, loathed Lombroso. Giuseppe Maggiore identified Lombroso, together with Freud and Marx, as a creator of the «materialistic Jewish culture of the Nineteenth century»⁶. Fascist authorities took aim at the Italian streets that were named after the Jewish Scientist.

⁴S.A. CARTWRIGHT, *Report on the Diseases and Physical Peculiarities of the Negro Race*, in *New Orleans Medical and Surgical Journal*, May, 1851, pp. 691-715 (see pp. 707-709). Worth reading: S.B. HUNT, *Dr. Cartwright on 'Drapetomania'*, in *Buffalo Medical Journal*, 1855, pp. 438-442.

⁵G. BOATTI, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Torino: Einaudi, 2001.

⁶In 1938 he was one of the 360 University Professors who signed the “Manifesto della razza”. He published in the journal *La difesa della razza* a paper entitled: *Logica e moralità del razzismo* (*La difesa della razza*, 3, 1938, pp. 31-32).

It does not, therefore, come as a surprise that Lombroso is still today a source of controversy. He had created a personal museum, that later became the Lombroso Museum in Turin. Although it is, from some points of view, a museum devoted mostly to debunked (and potentially dangerous) theories, it is an interesting evidence of the way people of science would think in the Nineteenth Century.

There is still the skull of the *brigante* Villella, the south Italian man whose autopsy had shown those signs that Lombroso thought could be the symptom of a criminal tendency. Some populist politicians want the return of that skull in order to give it a proper burial, after the outrageous defilement. The plan includes several memorial religious services on the road that will bring back Villella's rests to the land where they belong.

3. *Julius Evola (and Giorgio Almirante)*

There is a complexity to be appreciated in this tale. A major expression of "situated vulnerability" has been, and still is, in Italy, crystallized around the notion of "race".

There is an interesting tension between the positivistic narrative of an objective knowledge (that can give rise to an oxymoric "scientific racism") and the fully arbitrary, ascriptive status of "race"-related statements.

Emilio Salgari seems to produce full-fledged racist statements: in his books some "races" are clearly seen as physically and morally superior than others. Yet white men and women are not, as one could expect, conceptualized as superior or purer than their partners. Sandokan, the man of color, is the leader: white Yanez is the sidekick. This is still an inarticulate prejudice, that does not seem to be directly related to a Lombrosian attitude.

Lombroso's thought, on the other hand, could fuel racist trains of thought, but he was targeted by card-carrying Italian racists on the infamous pages of the *La difesa della razza* journal (*The Defense of the Race*). Finally, the Lombroso Museum in Turin, and the figure of Lombroso himself, is now targeted by populist politicians, who charge him with the crime of racism; they ask (as racist Fascists did) to change the titles of those streets and squares that were named after him.

One of the most important Italian fascist "race"-theorists was Julius Evola⁷. While there is nothing to learn from his abominable doctrine, it can be im-

⁷F. CASSATA, *A destra del fascismo: profilo politico di Julius Evola*, Torino: Bollati Boringhieri, 2003. See also: S. CHIANTERA-STUTTE, *Julius Evola. Dal dadaismo alla rivoluzione conservatrice (1919-1940)*, Roma: Aracne, 2002; P. FURLONG, *Social and Political Thought of Julius Evola (Extremism and Democracy)*, London: Routledge, 2011.

portant to see how the racist mind works when they try to take up the shape of a rational argument. It is interesting, for instance, to see that Italian racists can be in sharp disagreement with each other, and that often the epistemic grounds on which they build their racist positions are utterly incompatible.

Giorgio Almirante was a well-known politician during the Sixties, who graduated with a dissertation on Dante's *Fortuna* in the Eighteenth Century with Vittorio Rossi as a tutor, and who died at the end of the Eighties.

He had been a full-fledged fascist and, after being rescued by German soldiers, had an official position in that Repubblica di Salò run by Mussolini. He was also, during the fascist *Ventennio*, a real racist. He advocated a blood and flesh racism, a racism ground on biology. To stress the role played by culture and spiritual factors, he thought, could have helped the clever Jewish people to claim some kind of conversion, to picture themselves as more Italians than Italian. His opponent was Julius Evola, who had quite a different view about racism. According to Evola, race had to do with souls more than with bodies, and with esoteric, ancestral factors. Almirante would call Evola and the like the foodies (*buongustai*) of racism – unable to appreciate the plebeian and yet robust flavor of a muscular racism based on blood. It must be remarked, however, that Evola's approach was not a softer one, and that his convoluted arguments were supported by photographs of members of the different racial groups. The idea that "race" is something eminently *visible*, that one can grasp *ictu oculi*, quickly *in the blinking of an eye*, is always there. The journal, "*The Defense of the Race*", had many illustrations, almost all of them extremely offensive and literally horrific.

Italian racists, on the other hand, also tried hard to create a notion of a Roman-Aryan race, an almost desperate enterprise given the genetic diversity of the Italian population. They had a little problem with the Etruscans because they were not even Indo-European. Sometimes they would deem them as an inferior group, nevertheless unable to stain and contaminate the Italian blood, and sometimes they would extoll the nobility of that aristocratic, brave people, a worthy contribution to the noble Italian race.

As a general rule, when Mussolini had the political need to cut some political slack for himself, to assume a stance of autonomy, he would lean to the Roman-Aryan racism, but when he needed to strengthen his alliance with Germany, he would embrace a more robust form of racism of the flesh-and-blood kind – which is what happened with the Racial Laws of 1938, when 50,000 Italians found themselves, quite suddenly, banned from civil society.

It is critical to understand that Italian racism tried to picture itself as based on science, or empirical evidence and that it was at the same time the most arbitrary, artificial, ideological position one could think. It is interesting, for example, to study the *fortuna* of the fabricated, notorious booklet, *The Protocols of the Elders of Zion*, describing the Jewish plan for global domination. It was first

published in Russia in 1903. An Italian translation, however, was published, edited by Giovanni Preziosi, only in 1921, the same year when the London *Times* exposed it as a fraud. A new edition in 1937, i.e., after Mussolini had openly embraced racism, got a much higher attention, and three other editions followed suit. In the 1938 fifth edition, there is an Introduction by Evola himself, who was of course well aware that the *Protocols* had been exposed as fraudulent. The racist scholar downplayed the problem stating that the issue was not if the *Protocols* were *authentic* (*autentici*), but if they were truthful (*veridici*). This is still a motto for conspiracy theorists.

Reasonable arguments do not necessarily impact a motivation horizon that can be built on emotions. It is not just that the first Italian edition of the *Protocols* was published exactly when it had become apparent that they were the product of a forgery, but that a racist intellectual like Julius Evola had to delve into such subtle, desperate, hypocritical distinctions, in the vain attempt to spare himself the shame that he so abundantly deserved. There could be here an echo of his research in the Asian philosophy, since the Mahayana understanding of the later *sutras* tend to dismiss the authenticity problem. Even a spurious *sutra* can include a verse that is true Buddha Dharma, and in that case that verse, is to be deemed both truthful and authentic. After the end of the regime, Evola kept harping on the same cords, although in much softer and careful tones, while Almirante rejected his former racism (he stressed the role played by both his young age and the historical context).

4. *The Manifesto of Italian Racists: Jewish people and black Africans*

The *Manifesto of Italian Racists* signed by ten individuals who deemed themselves scientists (and published the very first issue of the journal “The Defense of the Race”, 1938), is an extremely interesting document.

Its first points sound like scientific statements: «Human races do exist». According to the signatories, races mirror a material, phenomenal reality, that we can perceive with our senses. The notion of race is purely biological. A pure Italian race does exist. From point seven on, descriptive statements are replaced by a prescriptive stance: «7. It is time that Italians frankly proclaim themselves to be racists». «10. European characters of Italians should no way be altered». Before this last one, the point 9 ominously go back to a descriptive statement: «Jewish people do not belong to the Italian races».

On the one hand, emphasis is on the senses – especially the sight, you can see the differences, they are visible. On the other hand, sight has a constitutive power, it helps to create these “races”, with a power that is not just perception of an “outside” objective reality, but an active, aggressive, Medusa-like look, a killing glance that petrifies human beings in an ascriptive category. This active

power is revealed in the arbitrary way it works, like a weapon one can aim against some subjects rather than against others: Germans were deemed as similar to Italians, French were not – interesting problems were created by the preferential treatment these neutral scientists had to reserve to their Asian allies in the “Roberto” (Roma, Berlin, Tokio) axis, the Japanese.

There was a difference in the stereotypes created for the Jewish people and for the black Africans. The latter were pictured like childish, simple, not too smart men and women, who could be civilized by the Italians– this was obviously functional to the Italian colonial adventure in Africa. Jewish people were described with much darker colors: sly, clever, and greedy. This was the first step toward the carefully hued hate that would have murdered so many Italians of Jewish heritage.

The racial laws signed by the Italian King forbade, of course, any marriage between Jewish people and “Italians”. Since the Italian Soldiers would often temporarily “marry” a young African woman, the so called *madamato*, a law was eventually passed to forbid this practice. Future journalist and writer Indro Montanelli, a leading figure in the field and much respected by political adversaries as well, made use of such an institution, and “married” a young black girl only twelve years old – younger than Ada Corisant. Confronted by a black activist in the seventies during a tv program, he balked and tried to defend himself, claiming that customs in Africa were different. The black woman replied that she was from Abyssinia, and that there was and there is no difference. Italians forgot this exchange, that took place when TVs were in black and white only, but it resurfaced during the Black Lives Matter activism. The statue of Indro Montanelli in Milan was defaced with pink paint⁸. Right wing politicians were outraged.

The tale of this cluster of Italian racism sheds light on the distinction between the horizon of arguments and the horizon of motivations⁹. We usually pay attention to rational arguments, and a philosophical etiquette rule (almost two and half millennia old) is never to mention the motivation horizon to refute a thesis: one must fight fire with fire, argument with argument. Still, motivational factors are intertwined with rational arguments in a complex way: it is extremely difficult to extricate and disentangle an argument from the contingent motivational horizon where it flourishes. Here we see a spiral of arguments

⁸ M. MIANITI, *La sposa bambina che «puzzava di capra»*, in *Il Manifesto*, 12 March 2019, <https://ilmanifesto.it/la-sposa-bambina-che-puzzava-di-capra/>; P. SOLDINI, *Montanelli, il problema non è la statua ma la rimozione del passato colonialista e razzista*, in *Striscia rossa*, 13 June 2020: <http://www.strisciarossa.it/non-si-tratta-solo-di-una-statua-la-polemica-su-montanelli-mostra-lenorme-rimozione-della-storia-colonialista-e-razzista/>.

⁹ GF. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma: Carocci, 2020, especially with regards to pp. 12-14, 93-95, 145-148.

twisting and stretching themselves under the pressure of relatively fluid motivational factors. The arguments per se would be facetious had they not been tragic: they were not so much aimed to justify, or to rationalize, as to create and reinforce those motivational factors.

The inferior “races” were determined as “vulnerable groups”¹⁰ by an alleged sensorial perception. This perception could be simple visual evidence, or a scientific visual examination of anatomic details (autopsy: the term comes from the Greek, literally: to see with our own eyes).

This is a case of *situated vulnerability*¹¹: Jewish and African people are not vulnerable per se, because of some biological or spiritual and ancestral array of factors, but they are made vulnerable under a narrative that *creates* a motivational horizon where legal and political violence against them, shaped by the perceptive and semantic violence inherent in such a narrative, morphs into efficacy phenomena (that in turn need to radiate arguments that sometimes can achieve some kind of autonomy from the contingent context that made them appear in the first place).

Equality as a praxis is any practice that reacts to such pressure: the creation of effective counterarguments, the exposure of the motivational factors, the creation of an alternative motivational horizon through protest and political action.

¹⁰M. BOSSUYT, *Categorical Rights and Vulnerable Groups: Moving Away from the Universal Human Being*, in *The George Washington International Law Review*, 48, 2016, pp. 717-742; L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11, 4, 2013, pp. 1056-1085.

¹¹GF. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità*, qtd., pp. 11-12, 141-144.

Finito di stampare nel mese di settembre 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicolo Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, «*Diritti particolari*» e recesso dalla s.r.l., 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bis} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.

132. Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.
137. *Scritti in onore di Patrizia Borsellino*, a cura di Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti, 2021.

