GIUSTIZIA INSIEME

Le interviste di Giustizia Insieme

Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte seconda)

Intervista a Francesco Denozza e Pasquale Femia

di Gioacchino NatoliFrancesco DenozzaPasquale Femia

2 luglio 2020

Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte seconda): R.Natoli intervista Francesco Denozza e Pasquale Femia

intervista_30mag_1-1

Giustizia insieme, dopo avere ospitato il confronto fra Habermas-Günther messo a disposizione dal settimanale tedesco Die Zeit, nella sua versione italiana - **Jürgen Habermas *e* Klaus Günther *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"***- *ha deciso di promuovere un dialogo a distanza fra i due pensatori tedeschi e la cultura giuridica italiana.*

Sono state già pubblicate le interviste a Gaetano Silvestri, **Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte prima.Intervista di Roberto Conti a Gaetano Silvestri** e ***Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giuspubblicisti. Intervista di F. Francario a D. Sorace, F.G. Scoca e G.Montedoro***.

Roberto Natoli ha raccolto le riflessioni di quattro autorevoli civilisti: Francesco Busnelli, Aurelio Gentili, Francesco Denozza e Pasquale Femia. La seconda parte è dedicata alle risposte di

Denozza e Femia.

*Proseguendo il dibattito indotto dal dialogo tra Habermas e Günther, in questa intervista, che continua idealmente quella, già pubblicata, a Francesco Busnelli e Aurelio Gentili, si confrontano un insigne commercialista e un raffinato civilista, i quali, pur partendo dalle riflessioni degli autori tedeschi, ampliano il raggio del ragionamento, investendo temi ulteriori e non meno delicati. Denozza, dopo aver evidenziato che Covid-19 ha messo in chiara evidenza l'inevitabile conflitto tra l'assegnazione di un diritto e la soddisfazione di un altro, anche di pari rango, spinge l'indagine più in profondità, chiedendosi sulla base di quali presupposti, politico e istituzionali, si sia arrivati fin qui. Lungo questa scia, Denozza ci ricorda che Covid-19 ha fatto stragi in alcune realtà territoriali più che in altre perché in quelle realtà, più che in altre, sono state operate, in passato, scelte che hanno reso fertile il campo al dilagare delle conseguenze umane e sociali della pandemia. In particolare, sono stati i meccanismi impersonali di mercato l'*humus *dei successivi drammatici accadimenti: le nefaste conseguenze del deficit di reparti di terapia intensiva, costruiti solo quando il mercato ha creato la domanda, ne sono esempio davvero eloquente. Proseguendo nel suo ragionamento, Denozza osserva che, anche nel caso di Covid-19, il problema non è di astratto conflitto tra valori pari ordinati, ma di concreto conflitto tra persone portatrici di interessi diversi; ed è un problema, prosegue, di teoria della giustizia, prima ancora che di teoria del diritto. Sotto questo profilo la riflessione di Femia, pur condotta da una specola differente, si salda perfettamente alla riflessione di Denozza. La sua riflessione è ritmata dalla presenza di quel "qualcosa di marcio" che nel diritto alberga e che il giurista abituato a indagare gli ingranaggi del macchinario che usa, e soprattutto a chiedersi quale sia il fine del viaggio che quel macchinario consente, non può, a un certo punto, non intuire. Covid-19, sotto questo profilo, rappresenta un punto di non ritorno, perché mette a nudo, sotto gli occhi non dei soli specialisti ma di ognuno, la distanza "tra le promesse di giustizia e la volgare crudezza dell'agire" fatalmente insita in tutte le procedure giuridiche, costruite per mettere "al riparo dalla guerra civile, non dalla crudeltà"; una distanza che si fa davvero infinita se la crudeltà, questa volta, non è dell'uomo, ma di nuove forme di vita dell'uomo nemiche.*

DENOZZA

Il Covid-19 ha reso evidente la tragicità di alcune delle scelte che la società deve compiere sia con riferimento alla impossibilità di assicurare generale soddisfazione a certi diritti (qui, soprattutto, il diritto a non essere lasciato morire, che durante la pandemia sembra non sia stato, in certe situazioni, possibile assicurare a tutti) sia con riferimento all'incompatibilità tra la soddisfazione

di diritti diversi (qui, soprattutto, tra quello alla difesa delle probabilità di immediata sopravvivenza e quelli alle varie libertà, di movimento, economiche, ecc.).

In verità, chi ha prestato attenzione alle implicazioni culturali di decenni di predominio (a volte esplicito, a volte strisciante) della filosofia propria dell'analisi economica del diritto, nocciolo teorico duro del pensiero giuridico neo-liberale, certamente non si stupisce di fronte alla scoperta di queste incompatibilità. L'analisi economica ci ha infatti reso edotti del fatto che tutti i diritti hanno costi[1].

Come non esistono pasti gratis, così non esistono diritti a costo zero. Il soddisfacimento di un diritto implica sempre costi, che possono essere prettamente monetari (come nel caso del diritto alla salute, posto di fronte ai sacrifici che qualcuno deve fare per procurare gli investimenti necessari ad assicurarne la soddisfazione) ma anche di altro genere (come nel caso della libertà di manifestazione del pensiero, posta di fronte ai sacrifici che occorre fare per sopportare manifestazioni del pensiero che si concretizzano in *fake news* o in *hate speech*) [2].

Questa riflessione ci dice che il ruolo della tecnica è sicuramente fondamentale, ma non decisivo. Là dove le soluzioni che la tecnica rende possibili richiedono grande impiego di risorse, il ruolo decisivo finisce per essere giocato dall'economia. La tecnica dice cosa è astrattamente fattibile. L'economia, intesa come studio dell'allocazione di risorse scarse, dice cosa si può in concreto fare. Ed è qui, sul piano della concreta fattibilità, che entrano in gioco i veri conflitti.

Ciò non toglie che è proprio la prospettiva tecnica che ci spiega perché il diritto alla salute, inteso, ovviamente, non come il diritto ad essere mantenuti sani[3], ma ad avere accesso alle cure più adeguate, presenta alcune notevoli peculiarità. La prima attiene al fatto che mentre il costo che deve essere sopportato per la soddisfazione di altri diritti fondamentali (al cibo, protezione, educazione, ecc.) raggiunge comunque limiti (in un certo senso anche fisici), nel caso del diritto ad essere curati, la tecnica (con gli orientamenti e le caratteristiche che le ha dato uno sviluppo della ricerca centrato per lo più sugli incentivi brevettuali[4]) arriva a rendere astrattamente possibili trattamenti la cui diffusione generalizzata ha costi che tendono a correre verso l'infinito [5].

A ciò ovviamente si aggiunge che mentre un certo livello di parziale soddisfazione di certi diritti può essere considerato in date circostanze soddisfacente, il diritto ad essere curati opera spesso in contesti in cui la "sufficienza" non c'è, o non viene percepita come tale, per il semplice fatto che è difficile considerare sufficiente qualunque soluzione che comunque accetti il verificarsi di esiti letali che sarebbero tecnicamente evitabili (credo che mentre molti considererebbero

migliorabile, ma soddisfacente, la situazione per cui viene assicurato un certo livello di istruzione a tutti, sino ad una certa soglia di studi, non credo che altrettanti considererebbero soddisfacente l'esplicita dichiarazione per cui la cura generalizzata è assicurata a tutti solo per malattie fino ad una certa soglia di gravità, mentre per il resto ciascuno deve arrangiarsi per suo conto).

Tornando alla prospettiva generale, se si accetta l'idea che i diritti costano, un'ovvia conseguenza immediatamente segue. Dato che la società dispone di risorse materiali e immateriali limitate, il conflitto per l'assegnazione dei diritti diventa endemico**[6]**, e diffusa diventa la possibilità che l'assegnazione e la soddisfazione di un diritto impediscano l'assegnazione o la soddisfazione di un altro.

Che questa prospettiva coinvolga anche i diritti fondamentali (compresi, come chiarisce l'esempio della manifestazione del pensiero, quelli che proteggono c.d. libertà negative) è del tutto ovvio, come ovvia è la possibilità che in certe situazioni la scelta su quali diritti soddisfare possa diventare tragica. Come ci aveva ricordato parecchi anni fa il celebre libro di Calabresi e Bobbit, la quantità di scelte tragiche che la società compie, spesso in maniera occulta, è in realtà molto elevata**[7]**.

Il Covid-19 si è limitato ad esplicitare in maniera drammatica problemi che sono in realtà pressoché quotidiani (quando la sanità pubblica non riesce, come pure succede anche in tempi di non pandemia, ad assicurare la tempestività di analisi e interventi, o la quantità di cure, che la situazione clinica richiederebbe, non si compie una continua "scelta tragica"?). Osservato a livello mondiale, il fatto che quotidianamente vengano lasciate morire persone che *tecnicamente* potrebbero essere salvate è frequentissimo e, da un punto di vista morale, non mi sembra vi sia una ragione per preoccuparsene tanto solo quando diventa evidente che il fenomeno riguarda anche i nostri concittadini e noi stessi.

Il punto va sottolineato non per contrapporre emotività ad emotività, ma per acquisire consapevolezza dei termini razionali del problema. Il fatto è che, in fondo, per restare all'ambito medico, ogni risorsa investita in ricerca, invece che in cura immediata, sacrifica vite attuali per salvare vite future, così come ogni risorsa investita nel perseguimento di certi obiettivi di cura (ridurre la mortalità infantile) invece che altri (ridurre la disuguaglianza sanitaria) salva alcune vite e non altre. Il fatto che in questi esempi il sacrificio non riguardi persone presenti e individuate, ma soggetti statistici, anche futuri, non credo elimini i profili razionali di tragicità della scelta.

In questa prospettiva, è forse opportuno distogliere l'attenzione dalle formulazioni più retoricamente disperanti e pensare invece ad un razionale inquadramento di un problema che trae origine dalla finitezza dell'esistenza umana e che necessariamente ci accompagna, così come purtroppo allo stesso modo ci accompagna l'assenza di enti metafisici disposti a fornirci gratis tutti i pasti che vorremmo.

Il primo punto che mi sembra allora di dover sottolineare, è che impostare il problema (come avviene pure nel dialogo tra Habermas e Günther) in termini di conflitti tra valori, è fuorviante. Le scelte tragiche per lo più non pongono il problema di un astratto conflitto tra valori, ma di un concreto conflitto tra persone portatrici di interessi diversi.

Il tipo di conflitto che socialmente più spesso si pone non è assimilabile a quello in cui chiunque può trovarsi quando deve decidere se rinunziare ad attività redditizie, o piacevoli (per esempio andare, in tempi di pandemia, a teatro o nei musei, a migliorare la sua cultura) che possono però mettere a rischio la sua salute. Qui si ha in effetti il conflitto tra due beni e se lo riferiamo ad un singolo individuo, o ad un gruppo di individui con caratteristiche ed interessi omogenei, possiamo anche parlare dell'astratto conflitto tra il valore e le esigenze della cultura e il valore e le esigenze della salute.

Non è però questo il tipo di conflitto che in genere sta dietro alla necessità di bilanciare pretese fondate su diritti contrapposti. In questi bilanciamenti si tratta piuttosto di risolvere il conflitto tra soggetti diversi, portatori di interessi e di preferenze diverse, che non possono essere soddisfatte separatamente. I valori di libertà, o altro, non entrano qui in conflitto con un'astratta aspirazione alla salute (aspirazione supposta comune, più o meno nella stessa misura, a tutti gli esseri umani), ma con le aspirazioni di coloro che, per loro personali ragioni, considerano prioritaria la difesa della salute, e non possono però realizzare questa aspirazione se non a condizione che sia limitata (oltre alla loro) anche la libertà di altri.

Anche qui, decenni di dominio di orientamenti utilitaristi (come quelli che stanno alla base dell'analisi economica del diritto) hanno forse abituato molti a non prendere sul serio – come fa la filosofia utilitarista nel rimprovero mossole da Rawls – la separatezza tra le persone**[8]**.

Se tale separatezza si prende invece sul serio, come è ovviamente doveroso, si scopre subito che il conflitto non è tra astratti valori, ma tra persone portatrici di interessi divergenti.

Non si tratta di una precisazione pedante, svalutabile dicendo che ovviamente tutti pensano che dietro ai valori ci sono esseri umani, in assenza del che non staremmo neanche a discutere. Questo è naturalmente ovvio. Il fatto però di discutere di conflitti di interessi tra concrete

persone, invece che di conflitti tra astratti valori, ci dà subito una indicazione importante, e cioè che il conflitto che, posto in termini di valori, sembra porsi come sempre uguale a se stesso, ben può presentarsi, se si tiene conto della diversità dei contesti in cui viene di volta in volta ad inquadrarsi, in termini che possono risultare anche radicalmente diversi.

Restiamo pure al Covid-19 e al conflitto tra tutela della libertà e tutela della salute. Questo conflitto lungi dall' avere una portata ontologica trascendente (come a volte sembra in alcune drammatizzate contrapposizioni) ha caratteristiche che variano enormemente in rapporto alle caratteristiche della società in cui si pone**[9]**.

È ovvio che un problema di scelta tra i due diritti può, in tempi di pandemia, porsi come ineludibile in qualsiasi società. Chiunque si rende però immediatamente conto che i termini del problema si pongono in maniera molto, molto, diversa in una società che è in grado di assicurare a tutti uguali probabilità di, qualitativamente analoga , sopravvivenza fisica ed economica, rispetto ad una società dove invece alcuni possono comunque permettersi di sopravvivere senza lavorare, e senza perciò porre a rischio la propria salute, mentre altri non hanno questa possibilità di scelta; in cui alcuni sono in grado di provvedere da soli, o comunque privatamente, alla loro assistenza e cura in sicurezza, mentre altri non lo sono e sono comunque costretti a rischiare; in cui alcuni possono proteggersi isolandosi in luoghi confortevoli e altri no; in cui alcuni possono dotare se stessi, e i loro figli, di sofisticati mezzi di comunicazione e di sviluppo intellettuale, mentre altri no, e così via.

È ovvio che queste enormi differenze tendono a sfuggire all'analisi giuridica, per necessità concentrata sulla soluzione di casi specifici. Si tratta però, come chiunque vede, di differenze che se si ragiona in una prospettiva di giustizia, possono risultare fondamentali e contribuire a rendere più o meno tragiche le pur inevitabili scelte.

Altro aspetto rilevante, che tende anch'esso a restare nascosto ai giuristi, riguarda le vicende da cui la situazione che impone la scelta tragica origina. Talvolta la necessità di compiere scelte tragiche è frutto di circostanze largamente al di fuori del nostro controllo. Altre volte il modo in cui la scelta si propone è in tutto o in parte frutto di scelte precedenti e del modo in cui la società è complessivamente organizzata.

Come ricorda Martha Nussbaum in diversi lavori**[10]**, già Hegel aveva intuito che di fronte alle situazioni tragiche è importante chiedersi: come mai ci si trova a dover fronteggiare questa situazione, e quale cambiamento istituzionale e politico può contribuire ad evitare di doverla fronteggiare di nuovo?

La risposta a queste domanda non elimina la necessità di compiere nell'immediato la scelta, e neppure aiuta gran che ad orientarla, ma rappresenta ugualmente un importantissimo passaggio.

La prima domanda (come siamo arrivati qui?) conta perché stiamo parlando di scelte che comportano sofferenze, e il modo cui si è arrivati alla situazione che ingenera sofferenza non è irrilevante, né dal punto di vista di chi la sofferenza direttamente la subisce, né da quello di chi è costretto ad assistervi impotente. Una sofferenza dovuta a cause che sono, e sono percepite, come incontrastabili, è comunque diversa dalla sofferenza causata dall'egoismo o dall'avidità di qualcuno. Le ragioni che hanno condotto alla situazione tragica contano.

Prendiamo l'esempio dei posti di terapia intensiva. La predisposizione di risorse per la terapia intensiva, in una misura che vada al di là delle esigenze dei tempi normali, ha un costo ovvio. Ciò può determinare, in situazioni eccezionali, una scarsità che nessuna ragionevole politica può prevenire. La mia tesi è che sono però ben diverse la situazione in cui tutti sanno che l'entità della scarsità è dipesa da una filosofia che ha preferito investimenti in medicina di base sul territorio (e in questo modo ha salvato le vite di molti), e la situazione in cui tutti sanno che l'entità della scarsità è dipesa da una filosofia per cui l' efficienza consiste nel seguire pedissequamente la domanda e quindi nel costruire posti di terapia intensiva, magari in maniera veloce e costosa, solo quando si presenta un numero sufficiente di persone disposta a pagare per averli.

L'esempio ci dice che ragionare sulle domande di Hegel è importante, perché esistono atteggiamenti (tipicamente quelli che danno spazio ai meccanismi impersonali di mercato) che tendono ad ignorare le peculiarità delle scelte tragiche e così, da una parte, arrivano in maniera sostanzialmente non consapevole alle situazioni in cui è necessario compiere tali scelte, e dall'altra finiscono per far dipendere dal mercato anche gli esiti delle scelte stesse.

Ciò premesso, accettato che alcune scelte tragiche possono essere prevenute o almeno numericamente ridotte, e che a volte si può cercare di evitare che le scelte tragiche si cumulino ad altre specifiche ingiustizie, è però certamente ben difficile immaginare una società che non sia costretta a prendere un gran numero di decisioni gravide di conseguenze potenzialmente tragiche. Le riflessioni che precedono non indicano soluzioni e probabilmente nessun criterio sostanziale è in grado di orientare tutte queste scelte in una maniera che possa essere condivisa da ogni persona ragionevole**[11]**. Ampi margini di dissenso, e quindi di conflitto, resteranno sempre presenti.

Un' ultima osservazione però si può fare e riguarda ancora una volta il contesto sociale in cui la necessità delle scelte si pone. Un contesto caratterizzato da radicato individualismo finirà per esasperare i conflitti che stanno dietro a qualsiasi scelta (un esempio tragicomico si è avuto da noi con il tema dell'interpretazione della nozione di "congiunti" utilizzata dall' articolo 1, comma 1, lettera a), del Dpcm del 26 aprile 2020, dove ogni possibile interpretazione suscitava immediatamente rancorose proteste in nome dei possibili esclusi, dagli amici del cuore ai fidanzati occasionali). Un contesto in cui domini un senso di ragionevolezza e solidarietà, dove chi deve sopportare il peggio non abbia la sensazione che ciò accade perchè qualcuno ha approfittato, o ha lasciato che gli eventi approfittassero, della sua debolezza, potrà aiutare a rendere meno insopportabili gli eventi percepiti come inevitabili.

Credo che queste ultime osservazioni già anticipino in parte la risposta alla seconda domanda. Prima delle esigenze di adeguatezza e proporzionalità vengono le esigenze di giustizia. Una misura si giudica non solo in base al rapporto tra l' entità dei costi e dei benefici che ingenera, ma soprattutto in base al modo in cui li distribuisce. Se si parte dal presupposto che coloro che non sono stati economicamente toccati dalle misure di contenimento della pandemia (o che se ne sono stati addirittura avvantaggiati) debbano tenersi quello che hanno, e agli altri debba provvedere lo stato, è ovvio che ogni, anche relativamente minima, scelta, diventa altamente drammatica, posto che lo stato non è, come invece sembrano pensare alcuni, un'entità astratta con un sacco pieno di soldi, cui si può chiedere sempre di più, senza dare mai niente.

Se ci si mette, e ci si fosse messi sin dall'inizio, nella prospettiva per cui i sacrifici non devono essere lasciati là dove cadono, ma devono essere equamente divisi (e quindi, tanto per essere chiari, che occorre introdurre una tassazione speciale con finalità di riequilibrio) i termini del discorso cambiano. Se si parte dalla condivisione del fondamentale presupposto per cui comunque vada (si chiuda tanto o si chiuda poco) è necessario che i costi conseguenti siano divisi equamente tra tutti, la prospettiva muta radicalmente e una, possibilmente pacata , discussione sulle ragioni in favore dell'una o dell'altra opzione, può prendere il posto dello scontro sugli interessi, scontro che facilmente porta alla dissennata contrapposizione in cui qualcuno chiede sempre di più (di volta in volta, più chiusure o più quattrini, senza peraltro chiarire adeguatamente dove prenderli) mentre qualcun altro difende i privilegi che gli consentono di sopportare, più o meno tranquillamente, le chiusure e le aperture che gli sembrano di volta in volta più confacenti alle sue esigenze.

FEMIA

Trovo molto opportuno il richiamo di Roberto Natoli, nell'incipit dell'intervista a Francesco Busnelli e Aurelio Gentili, alla Critica della violenza di Walter Benjamin. In quel saggio la violenza (Gewalt) è forma di manifestazione del diritto, risolto nelle mani del potere sovrano. Più che in qualsiasi altro atto, il diritto – dice Benjamin – si manifesta nell'esercitare la Gewalt di vita e di morte: questa volta l'orecchio italiano tradurrebbe, non più "violenza", ma "potere". Il fascino del diritto (quando c'è) per i non giuristi consiste in questo: ai loro occhi è manifestazione visibile di una creazione sovrannaturale, fatta di riti e linguaggi umani. Ai giuristi la lettura del diritto come destino sovrano piace (o piaceva) assai meno, poiché li sospinge fin dentro la sofferenza del decidere. Il diritto messo in trono è l'ombra della giustizia, è la politica, la sovranità, il potere che salva: è il linguaggio di un sovrano – e nelle parole di Benjamin sembra talvolta che il diritto sia soltanto la proprietà di chi governa – segno della civilizzazione dell'autonomia dell'umano.

Poi un invisibile groviglio di molecole – ibrido tra vita e veleno, parassita che uccide uccidendo se stesso per moltiplicarsi – si fa strada attraverso il nostro respiro e ci ricorda che l'uomo è semplicemente una specie animale tra le altre; e che la sua vita, alla pari di tutti i viventi, è soltanto una risorsa aggredita da altre forme di vita. Ridotta a pura immanenza, la vita dell'uomo – lo insegna Gilles Deleuze**[12]** – è pre-soggettiva: quanta soggettività giuridica si manifesta in una terapia intensiva? In quel luogo, vivi e deposti, ci sono uomini, storie, valori; ma sono lì come corpi, esemplari di una specie vivente che lotta per sopravvivere. Che anche nell'immanenza tra malati e medici, e tutti noi, si aprano spazi culturali ed emotivi profondi fa parte della meravigliosa emergenza dell'umano nell'uomo. Ma nessuna umanità libererà l'uomo dal suo essere animale vivente.

Il diritto che decide della vita e della morte, per riprendere allora il passaggio benjaminiano, risplende e si offusca della luce e delle ombre del potere sovrano. La politica, divenuta programma di governo, agisce con il linguaggio del diritto. Non tutto è politica; il virus non lo è. Nelle reazioni infastidite degli scorsi mesi di chi ha denunciato il diritto emergenziale sanitario quale pretesto per instaurare una sorveglianza biopolitica – e questo anche ai massimi livelli filosofici: penso soprattutto a Giorgio Agamben**[13]** – sembra cogliersi il disagio di dover affrontare un fenomeno naturale: l'emersione di una nuova forma di vita nemica degli uomini. È ovvio che tale durissimo fenomeno abbia nel mondo umano ripercussioni politiche; e che tali politiche siano mediate dal diritto. Tutto questo viene però dopo: dopo la franca presa di coscienza che, ancora una volta (non è certo la prima pandemia nella storia), un evento inatteso consegna la 'nuda vita' non alla Politica, ma alla Natura.

Qui torna davvero utile proseguire con Benjamin nella ricerca del disagio del diritto[14]. Non esiste solo lo splendore della forma, il destino della sovranità: nel diritto c'è qualcosa di marcio (etwas Morsches). È proprio nel suo incidere sulla vita e sulla morte che si manifesta, a chi guardi con sensibilità, il marcio: nelle procedure giuridiche disgusta la distanza infinita tra le sue promesse di giustizia e la volgare crudezza dell'agire.

Cosa fare, affinché il diritto non divenga il lessico dell'orrore? Come fare del diritto uno strumento per risolvere problemi e non per crearli?

Non esiste un punto entro il quale un ordinamento costituzionale possa legittimamente scegliere di allocare in modo preponderante le proprie risorse sul sistema sanitario. Il diritto non può indicare una ed una sola soluzione corretta; ciò che un ordinamento costituzionale deve promuovere è piuttosto l'apprendimento sociale ricostruito dal diritto, soprattutto nei contesti di conflitto.

Fa parte di tale apprendimento sociale innanzitutto la condizionalità della vita, la sua dipendenza dall'ambiente. Se c'è una differenza che colpisce nel guardare al dibattito sulla pandemia in Italia e Germania è proprio la preponderante attenzione tedesca a legittimità e limiti del bilanciamento tra vita, dignità e salute; là dove l'attenzione italiana sembra volersi concentrare in prevalenza sul rapporto tra livelli regionali e statali e, soprattutto, su Governo e Parlamento (un correlato tedesco si coglie in Germania nella voce di Christoph Möllers[15]). Capisco queste preoccupazioni, ma le trovo viziate di idealismo: non si deve ignorare la situazione reale della formazione e applicazione delle leggi. Ovvio che nessuna forma costituzionale può essere mai derogata da una pretesa 'sostanza' che la superi (sappiamo che questo è il vocabolario della tirannide); ma altrettanto vero che nessuna interpretazione delle leggi vigenti può prescindere dall'analisi reale delle condizioni di elaborazione e ricezione delle norme. Dal Parlamento vien fuori il testo della legge; ma la sua scienza è altrove.

Il luogo privilegiato, in un sistema democratico, è la comunicazione sociale; di tale comunicazione il dibattito tra Jürgen Habermas e Klaus Günther – meritoriamente e prontamente tradotto da Giustizia insieme – è parte estremamente significativa.

Non v'è autentica contrapposizione tra i dialoganti: Habermas, l'attuale, e sovente discusso, *praeceptor Germaniae* (titolo che nella tradizione tedesca è spettato tra l'altro a Melantone), è universalmente noto; Günther, anche se forse meno conosciuto al pubblico italiano (rispetto, ad esempio, a Robert Alexy), appartiene alla schiera di teorici del diritto immediatamente riferibili, anche criticamente, alle posizioni francofortesi. Con riflessi di reciproco condizionamento: basti

pensare a quanto l'opera fondamentale di Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, abbia inciso sulla teoria del diritto di Habermas.

Sia pure con accenti in parte diversi, entrambi convergono sul rifiuto dell'asserzione recisa, secondo la quale il valore della vita sarebbe bilanciabile come qualsiasi altro. Le libertà di circolazione, riunione, professione religiosa – si è detto nel dibattito mediatico – valgono quanto il diritto alla vita, e possono restringerlo. Il motore segreto di tali discorsi è la bilanciabilità della salute con il lavoro e l'impresa (come bene l'esperienza Ilva ha insegnato a noi italiani); ma nel contesto tedesco ciò prende una piega preoccupante: asserisce il Presidente del Bundestag ed ex ministro delle Finanze Wolfgang Schäuble che la vita non sia il valore fondamentale**[16]**. Fondamentale sarebbe la dignità, unico valore costituzionale assoluto, inviolabile: e la dignità «non esclude», prosegue Schäuble, «che noi dobbiamo morire». Se queste parole non provenissero da un esponente della democrazia tedesca che fra breve compirà 78 anni e da quasi trenta ha perso l'uso delle gambe in seguito ad un attentato, sarebbe facile voltarsi sdegnati (è il caso di dire), bollare queste affermazioni come frutto di narcisistico edonismo o, molto peggio, come un piano inclinato, al termine del quale si collocano le nazionalsocialiste 'vite indegne di essere vissute'. Non si tratta però di questo: si tratta di eroismo tragico mal riposto.

La morale dell'eroe tragico riscatta l'individuo dalla colpa (ucciderai) o salva l'innocenza (non subirai alcun male)**[17]**. Pensa quindi il collettivo a partire dall'individuo. La socialità si regge sulla innocenza individuale. È impossibile ragionare nel momento delle scelte tragiche. Tragiche sono le scelte immediate; quelle nella quali il decidente non può cambiare le alternative né le conseguenze. In questi contesti ci affidiamo soltanto all'intuizione (la tradizione e la speranza) e alla memoria (regole progettate in tempi diversi). Poi nel tempo della riflessione riprenderemo a ragionare. Ed è a questo tempo secondo della tragedia che si riferisce la tassonomia del fondamentale *Tragic Choices* di Calabresi e Bobbitt (opportunamente intervistato in questa rivista)**[18]**.

Affermare che la dignità non tuteli (sempre) la vita avrebbe potuto essere una ragionevole razionalizzazione della meritevolezza del martirio in una società scarsamente secolarizzata. Una educata trasfigurazione nel lessico costituzionale della violenza identitaria che scorre sotto tutte le religioni, incluse quelle atee. Affermare che basti morire degnamente (e come? strozzati dall'assenza di respiro, tra i volti terrorizzati dei congiunti? fissando il muro sporco di una corsia di ospedale, senza aver più voce né voglia di chiedere un impossibile aiuto?) per soddisfare le esigenze assiologiche costituzionali significa, inoltre, che la soddisfazione delle esigenze di consumo dei (provvisoriamente) sani sarebbe più importante della sopravvivenza dei

(provvisoriamente) malati. E quindi che sia più degno consentire ad alcuni di guadagnare abbastanza da fare, anche quest'anno, una bella vacanza, tanti begli aperitivi con tanti bei vestiti nuovi, piuttosto che offrire ad altri la possibilità di vivere ancora qualche anno, o mese, tra artrosi, pantofole e Tv del pomeriggio. E che se per lasciar consumare a pieno i provvisoriamente sani si debbano lasciar morire i provvisoriamente malati, amen: sarebbe il rischio di vita, virile accettazione dell'essere per la morte (altrui).

Ma che consumare molto sia più degno che consumare poco è, costituzionalmente parlando, semplice oscenità. Si comprende allora che, dietro le retoriche dignitarie, dietro l'esibizione di un civile eroismo del sacrificio nella morte, si nasconde null'altro che la pretesa di uno spostamento al vertice della assiologia costituente: non la vita né la dignità dell'uomo, ma la necessità del consumo. Si riesce a produrre soltanto se qualcuno consuma, si vende soltanto se vi sia chi compra: ecco che il diritto vorrebbe lasciare la produzione nell'anomia e collocare il consumo nella immunità costituzionale da ogni interferenza, persino della vita. Noi liberi (di consumare); voi morite pure.

La dignità eroico-tragica è, quindi, evocata del tutto a sproposito in queste logopatie costituzionali, che sono quanto di più incostituzionale possa ascoltarsi; l'eroe tragico, forte, moriva per salvare gli altri, deboli; qui si vorrebbe uccidere il debole per lasciare intatto il godimento dei forti.

Non basterebbe convincersi della incostituzionalità della tragedia. Il diritto nella tragedia non allontana le colpe, ma le prende su di sé; e sceglie.

La scelta non è tra vita e dignità. Il confronto – avverte Stephan Wagner**[19]** in un intervento dedicato alla questione – non si svolge mai in astratto tra valori, ma in concreto: solo con riferimento a misure legislative concrete è possibile valutare adeguatezza e necessità. Ha quindi ragione Oliver Lepsius**[20]** quando avverte che non si tratta di bilanciare vita e morte, ma di un aspetto del diritto alla salute: evitare il sovraccarico del sistema sanitario. Ha però torto nel pensare di avere in tal modo evitato la difficoltà di bilanciare la vita: è, certo, una scelta concreta che riguarda un problema particolare (blocco della mobilità, destinazione delle terapie intensive) e non investe il destino globale di comunità o valori. Ovvio che ogni scelta sia criticabile, perché sarebbe possibile altro; ma se molte scelte sono (allo stato dell'incertezza dominante) equivalenti, allora qualcuno deve prenderne qualcuna. Non si lascia morire per un vantaggio ipotetico.

Dobbiamo pertanto scegliere tra pratiche e investimenti sanitari e libertà, economiche e non. Ma è anche vero che questa scelta particolare è possibile soltanto ricorrendo alle idee generali,

benché il loro significato non sia mai interamente disponibile né descrivibile da alcuno. Non sceglieremo tra le idee, ma sceglieremo tra pratiche guardando (bilanciando) le idee.

Indegno è che una vita decida di un'altra vita, questo sembra il filo conduttore del dialogo Habermas/Günther. Habermas, in verità, diffida delle gerarchie di valori; e diffida, in generale, del discorso assiologico introdotto direttamente nel diritto. Egli, tuttavia, costruisce dignità e personalità (inclusa la vita) come le determinanti di tutti i diritti fondamentali (non esse stesse diritti fondamentali) e per questa ragione non limitabili legislativamente. Non a caso Günther gli risponde sottolineando che la vita sia un diritto. La costruzione di Habermas, in fondo, restaura una concezione della vita e della dignità come valori giuridici fondativi di diritti. Sottolineare che esse siano diritti serve a 'salvare' il pensiero del Maestro: aveva appena sostenuto che nella costituzione vi siano diritti e non valori.

Günther – interpretando Habermas, che si dice d'accordo – immagina i cittadini come co-legislatori dei diritti fondamentali: i cittadini devono conformare non soltanto i propri diritti fondamentali ma anche, e soprattutto, le limitazioni legislative (introdotte per regolamentare i casi di conflitto tra diritti fondamentali) a personalità e dignità. Insomma per Habermas personalità e dignità sono la costituzione dei diritti fondamentali e questi ultimi devono essere interpretati in modo conforme ad esse.

Come scegliere, allora, tra alternative possibili, affinché siano preservate e la vita e la dignità? I due pensatori non indicano livelli ottimali né metriche confrontabili; essi credono che la risposta sia nella procedura, non nel risultato: la validità (e/o la vigenza) dei diritti fondamentali dipende dal loro inserimento nelle procedure democratiche. Significativamente Habermas conclude: «soltanto se l'obbedienza dei cittadini provenga da leggi che, essi stessi e tutti insieme, democraticamente si siano date, non potranno allora, tali cittadini, approvare una politica che, in spregio all'eguaglianza, metta a rischio la vita di uno per favorire gli interessi di tutti gli altri» [traduzione modificata]**[21]**.

Non esiste, quindi, il punto ottimale di equilibrio tra sacrificio delle vite dei malati e beneficio delle vite dei sani. Conta, dicono Habermas e Günther, che i cittadini decidano democraticamente; e nessuna decisione democratica potrebbe rendere le vite dei malati sacrificabili.

Questi cittadini, tuttavia, dovranno pur sapere su cosa decidono, quando riconoscono o negano la legittimità ad una pratica sanitaria o a una restrizione di libertà. Essi sanno che discorrono della loro ed altrui vita. Cosa sarebbe il discorso giuridico senza la vita?

Diritto alla vita non significa che la vita abbia bisogno del diritto per esistere, ma che nessuno abbia il potere di toglierla agli altri. Le pratiche mediche hanno inventato il potere di mantenerla, e non c'è alcuna novità nel fatto che esse siano scarse; né questo dipende dal progresso tecnico-scientifico: se gli uomini fossero convinti che un filtro magico salverebbe loro la vita, anch'esso ben presto sarebbe una risorsa scarsa e il problema giuridico non muterebbe. Del resto, erano (e sovente sono) scarsi gli antibiotici o i vaccini per i poveri in un mondo globale senza centro. In sintesi: il problema giuridico dell'allocazione della terapia è indipendente dalla falsificabilità scientifica della sua efficacia (tutto ciò che non è ancora falsificato, ed è creduto, è scarso).

Abbiamo tolto molte certezze: ma di quale vita dovremo allora parlare nelle nostre conversazioni costituzionali? Giungiamo al punto fondamentale: non della nostra, ma della vita in sé. Il tratto terribile della pandemia in atto è che l'apparentemente sano (il positivo asintomatico) può uccidere semplicemente respirandoci accanto. Mai era così chiaramente accaduto che la soggettività vivente fosse un'antifrasi heideggeriana: essere per la morte altrui. Tra i pochi fatti di felicità dell'intelletto di questo orrendo periodo dobbiamo ricordare la diffusa civile solidarietà della popolazione: il pericolo del contagio non ha prodotto la devastazione distopica, l'anarchica sopraffazione, che tanta narrativa aveva immaginato quale esito della modernità. Si è scoperta una nuova dimensione, nella quale l'attenzione al prossimo è data dalla distanza: una solidarietà, secondo la bella definizione di Massimo Recalcalti**[22]** (10), introversa eppure forte. È bastato, purtroppo, un minimo allentamento della paura, per far riemergere tutti gli egoismi furbastri degli imbecilli, che tutti giuravano non avrebbero mai più messo in campo.

La conseguenza giuridica immediata dell'introversione della solidarietà nella distanza è, per converso, il riemergere della dimensione collettiva della salute. Qui noi civilisti abbiamo non poche responsabilità: abbiamo per decenni privilegiato nell'art. 32 cost. il momento individuale della salute, trascurandone la dimensione pubblica, quasi si trattasse per quest'ultima di pura tecnica di amministrazione sanitaria. Il pubblico quale organizzazione della domanda privata di salute ha finito per corrompere l'immagine giuridica del diritto soggettivo: la salute, costruita unicamente nella prospettiva della richiesta del paziente di terapie e farmaci, ha generato un modello iperprivatistico, dominato dal mercato sanitario. Il malato, reale o potenziale, come un consumatore del bene salute si inscrive nel mercato sanitario: tutto ciò porta in secondo piano gli interventi di medicina sociale. Ecco che l'insistenza sui diritti soggettivi ha incrementato le opportunità per avvocati e assicuratori, ha offerto fin troppe tentazioni a uomini spregiudicati, ha generato la medicina difensiva, ha demolito il tessuto collettivo della vita. È tempo di ripensare a fondo, entro il diritto civile, la dimensione collettiva e internazionale della

regolazione della salute: nessun diritto soggettivo alla salute propria può essere esercitato se confligge con la salute altrui, sarebbe carenza di solidarietà. L'eterodestinazione solidale di parte dei risarcimenti per danni, quando essi siano conseguenza di scelte illecite incidenti su collettività, potrebbe evitare azioni pretestuose e offrire un incentivo al riequilibrio tra dimensione individuale e collettiva del benessere.

Dobbiamo essere solidali, dobbiamo agire per salvare noi stessi attraverso la salvezza degli altri. Ma adesso bisogna decidere se i negozi restino chiusi, e quali; se alcune professioni possano essere vietate; se si possano celebrare i funerali, se si possa andare a passeggio. Per quanti giorni, per quante persone, in quali luoghi? Pensare che il bilanciamento dei valori offra una risposta precisa, e soprattutto unica, sarebbe follia. Dà forma, rende controllabili i nostri discorsi, replica chi crede nel bilanciamento: non li genera, ma li assiste, evita che degenerino in logomachie violente. Affronteremo meglio la questione. Adesso abbiamo invece strumenti sufficienti per cogliere da questo evento un modo diverso di ragionare giuridicamente sulla vita.

Tutta l'organizzazione sociale è retta sulla mortalità e l'incertezza della fine della vita di ciascuno. "Tutti dobbiamo morire" è sentito come Natura; Klaus Günther l'ha chiamata la «riserva del possibile»: nessun ordinamento può destinare tutte le sue risorse economiche al sistema sanitario. Eppure, se davvero esistesse una tecnologia per renderci immortali, impiegheremmo tutti tutte le risorse per averla (e ci sarebbe una guerra nella quale si uccide per l'immortalità). La disponibilità di tecnologie per l'allungamento della vita implica che esse saranno prodotte in quantità proporzionale alla percezione sociale dell'elevatezza del rischio di doversene servire. Se la pandemia proseguisse col ritmo di marzo/aprile 2020 in Italia, le terapie intensive crescerebbero cento volte.

La vera differenza introdotta dall'accelerazione tecnologica della medicina è che essa lavora sul confine tra vita e morte, prima reputato indisponibile. Le nostre scelte di vita non avvengono in un ambiente naturale; la morte è naturale, non lo è più la mortalità. Viviamo un'epoca nella quale la natura delle cose, l'equilibrio sociale spontaneo e indipendente dalle scelte dei singoli attori non ha più senso. Forse (forse) in passato ciascuno agendo per proprio conto dava alla realtà un contributo sempre diversificato, sì che produzioni, modi di vivere, opere si differenziassero coprendo l'intero arco di quella che si chiamava vita comune. Oggi ogni possibilità richiede scelte che muovono patrimoni e persone tali che ogni progetto intrapreso condanna alla scomparsa ogni progetto tralasciato. È un effetto della complessità sociale: se qualcosa per essere realizzata richiede lunghe progettazioni, immane divisione del lavoro, enormi investimenti, la differenziazione sociale non è più trattabile come un processo

spontaneo.

Non possiamo prima chiederci (o chiedere all'ordinamento giuridico) se la salute sia un fine e se il distanziamento sociale sia un mezzo adeguato, necessario e proporzionato. La complessità ha eroso il dualismo di mezzi e fini, un universo nel quale le scelte di valore avrebbero dovuto riguardare soltanto i secondi. Quando un fine è definito da un mezzo, la scelta del mezzo è scelta del fine. E pertanto il giudizio di valore sul fine non è indipendente dal giudizio razionale sul mezzo. Il dualismo mezzo/fine riflette un mondo burocratico nel quale la produzione della vita vive nella società (meglio: nel mercato) ed è indipendente dalla decisione politico-giuridica che fornisce meramente la cornice. La produzione di macchine e pratiche sanitarie, invece, dipende da investimenti, dalle risorse destinate alla ricerca e alla formazione universitaria, e pensare di valutare la salute pubblica senza valutare quanto spendere e come sarebbe assurdo.

E allora, l'influenza?

Forse l'argomento più forte contro le pretese di collocare la difesa della vita al primo posto – quali che siano i costi per le altre libertà e il sistema economico – consiste nella mancata adozione di blocchi alla circolazione ecc., durante le "normali" epidemie influenzali di ogni inverno. Anche in quel caso qualcuno morirà; perché non bloccare tutti per tre mesi?

Se riconosciamo con franchezza che sono soltanto i numeri, i molti morti in più a fare la differenza (forse persino ancor più l'onta simbolica di un sistema sanitario che respinge i malati sulle scale degli ospedali), allora dobbiamo ammettere che non è la vita a dover essere protetta in ogni momento e contro tutto, ma soltanto una certa quantità di vita contro una certa quantità di limitazioni. La vita e la morte sono innanzitutto un racconto. Le nostre narrazioni sul rischio di morire nelle influenze ordinarie immaginano pochi soggetti in gravi condizioni di salute, sì che la loro ridotta aspettativa di vita e l'incertezza sul grado di efficienza causale dell'influenza nella multifattorialità di un decesso ("è morto di influenza? sì, ma era anziano e malato…") pongono la fine della loro vita entro una cornice di storia naturale. La pandemia rompe gli schemi, presenta una serie di narrazioni imprevedibili (anziani che sopravvivono, giovani che muoiono) e soprattutto azzera quasi del tutto la multifattorialità (delle patologie pregresse).

Ad ogni evento facciamo quindi della ragioneria vitale? Confrontiamo incerte quantità di vita con incerte restrizioni alle libertà e opportunità di gioia e arricchimento? Può non piacere, come tutto ciò che è transpersonale. Ma è quello che dobbiamo fare: aver paura di perdere qualcosa e, pur di non perderla, sacrificarne un'altra. Nella perdita compromettiamo un valore; e chiamiamo 'bilanciamento' la nostra speranza di non aver perso per sempre ciò che si è lasciato

andare. Piuttosto che affondare nel terzetto di proporzionalità, necessità e adeguatezza è meglio impegnarsi a definire ciò che si guadagna e si perde, quali le informazioni elaborate, quali le strategie, le prognosi, le verifiche, i criteri di correzione.

Ecco perché, per concludere sulla questione, nei conflitti di regolazione dell'attuale pandemia il punto di equilibrio tra vita e libertà non esiste. La vita della quale si qui parla non è quella del titolare del diritto, ma la vita che si propaga attraverso le generazioni; la libertà è invece quella dell'individuo, che però non avrebbe alcun senso se non fosse esercitata in un ambiente sano. Scegliamo per confronto tra opzioni concrete, non per atti di fede nei valori, senza i quali comunque non si potrebbe scegliere. Veniamo fuori dalla tragedia del decidere unicamente mediante la disposizione all'apprendimento sociale: qualsiasi norma viene giudicata assiologicamente efficiente non per quello che dice, ma per quello che fa. Non leggi la norma e dichiara, ma: osserva, decidi, osserva ancora e correggi**[23]**.

Per rispondere finalmente alla domanda se le misure di contenimento sono state effettivamente informate ai principî di proporzionalità e adeguatezza cui si è, fin dall'inizio dell'emergenza, fatto riferimento, il ricorso ai criteri di bilanciamento (proporzionalità e adeguatezza) non offre soluzioni; l'unica strategia giuridica possibile è facilitare le condizioni di controllo dell'effettività.

Habermas mostra aperta diffidenza verso il bilanciamento, reputandolo (a torto) incompatibile con il linguaggio dei diritti (ma i diritti vengono dopo che le norme bilanciate li abbiano imputati quali effetti di fattispecie). Non mancano critiche all'inadeguatezza del bilanciamento rispetto alla complessità (così Karl-Heinz Ladeur)**[24]**; esso sarebbe soltanto una «metafora» (così Günter Frankenberg)**[25]** – con l'intento di renderlo solo un modo per consentire operazioni di autoapprendimento del diritto. Altri ancora ne negano in radice ogni utilità – è il caso di Alexander Somek**[26]** – convinti che il bilanciamento sia soltanto un modo di esprimere le nostre rappresentazioni abituali di ordine: perché, quando le cose vanno come sempre (il consueto mondo della vita), allora non c'è nulla da bilanciare, tutte le relazioni mezzo/fine restano implicite; quando, invece, tutto salta, allora si scoprono le relazioni mezzo/fine, ma proprio in quel momento non si riesce a ragionare, ci si affida alla tradizione o all'utopia, alla memoria o alla speranza.

È significativo osservare che la difesa delle ragioni del bilanciamento – presentata da Stephan Wagner nello scritto prima ricordato – asserisce che caratteristica saliente del bilanciamento è l'imprevedibilità dei suoi esiti: questa sarebbe garanzia della sussistenza dello stato democratico. La tesi è forte e coraggiosa; ma indebolire le capacità del bilanciamento significa indebolirne la legittimazione come forma necessaria della razionalità giuridica. Una volta che si riconosca che

col bilanciamento si possa fare (se non tutto) molto, perché affidarsi ad esso e non tentare altre strade? Se il bilanciamento non individuasse la soluzione corretta, ma smascherasse soltanto, come dice Wagner, gli «errori evidenti», sarebbe agevole replicare che il gioco non vale la candela.

La bilancia ha due bracci, i valori sono molti, meglio: sono innumerabili. Come si pesano molteplici punti di vista in un'impossibile bilancia dai bracci infiniti? Il bilanciamento non è una metafora della morale o della giustizia, ma semplicemente del processo, ove i principi ammessi al bilanciamento sono null'altro che il senso normativo delle allegazioni delle parti. La bilancia del diritto ha due piatti, perché binaria è la struttura del processo. Il suo strumento principale, la proporzionalità, è un criterio di razionalità rispetto allo scopo, che finisce per realizzare soltanto gli scopi compatibili con la forma burocratica dell'agire. Ma se la distinzione mezzo/fine si incrina nella complessità, nel senso sopra indicato, si perde la capacità euristica del criterio. Questo traspare persino dall'analisi di Klaus Günther, il tentativo del quale di strutturare la proporzionalità come criterio di riduzione minimale dei diritti fondamentali in contesti di incertezza si infrange di fronte alla constatazione della perenne asserita dipendenza dei processi razionali dal consenso democratico.

Non è questa la sede per avviare una critica compiuta del bilanciamento. Ma anche in questo caso sembra davvero possa affermarsi che proprio là dove le scelte sono tragiche, perché distruttive di valori, e maggiore sarebbe l'esigenza di equilibrio e proporzione che tale metodo vorrebbe prometterci, più cocente è la delusione: non soltanto col bilanciamento non si riduce e talvolta persino si moltiplica l'incontrollabilità razionale del giudizio (poiché nessun bilanciamento ha un solo esito possibile), ma soprattutto si offre a strategie di sopraffazione (quella che asserisca improduttivo mantenere terapie intensive aperte occupate da anziani e fabbriche chiuse con operai non licenziabili): un comodo artificio retorico per chiamare 'dignità umana oltre la vita' la difesa di ricchezze individuali e posizioni di privilegio.

La pandemia rivela un altro lato debole del bilanciamento, sul quale i critici poco avevano prima portato l'attenzione: la velocità di reazione, l'effettività del rimedio della dichiarazione di illegittimità della norma 'sbilanciata' in contesti nei quali il tempo è fattore decisivo per l'effettività della norma. Se è decisivo per valutare la norma, è decisivo anche per il rimedio. Le ponderazioni richiedono tempo. E vincolare le ponderazioni alla sorveglianza dei loro effetti (è la conseguenza del discorso di Lepsius, che parla, come un Pascal involontario, di «scommessa») significa renderle ineffettive. Nessun sistema di controllo può intervenire quando una correzione (all'esito del controllo) giungerebbe troppo tardi per produrre qualunque effetto migliorativo.

Una disposizione “emergenziale” è imponderabile ex post. Ex ante può essere prudente.

Resta allora il problema: se non serve ponderare, come valutare una regola emergenziale? Riconoscendo apertamente che essa è una scelta tra valori, legittimata dall’effettività. Chiariamo, perché ‘effettività’ significa fin troppe cose: la norma emergenziale (non diversamente ma soltanto più di qualsiasi norma) è una strategia, serve a; il controllo sull’effettività è la misurazione dei suoi risultati.

Quando gli effetti dell’inerzia non consistono in un protrarsi di disagi, ma nell’incremento esponenziale del numero di morti, i modelli decisionali hanno una dipendenza rispetto al tempo misurabile in pochi giorni, non mesi o anni. Il legislatore che governa flussi dinamici e incerti deve essere riflessivo. Agisce rapidamente raccogliendo le informazioni che può; e corregge la rotta, a seconda del flusso di informazioni, che nel frattempo prosegue, e sugli effetti delle misure prese e sulle potenzialità, nel frattempo apprese, proprie di misure alternative.

Ma come reagire contro un governante irriflessivo? Attraverso una rete di comunicazioni polisistemiche. Non sarà la dichiarazione di illegittimità di un decreto a fermare o correggere il governo. Sarà il timore di perdere il controllo: dell’evento, del consenso e del flusso informativo. La magistratura – piuttosto che mettersi a compitare la ragioneria dei valori che troppo spesso circola nelle retoriche della ponderazione (con giudizi dagli esiti incerti, controvertibili e fin troppo sensibili alle ideologie) – dovrebbe con determinazione proteggere il circuito di tali comunicazioni, impedendo qualsiasi tentativo di distorsione (fake news, manipolazione occulta del consenso mediante tecniche psicometriche come in Cambridge Analytica), soprattutto sui canali informativi non editoriali (i social media: Facebook, Instagram, Twitter), la cui potenza formativa della sfera pubblica è assai maggiore di qualsivoglia rete televisiva o giornale. Un buon flusso di informazioni agevolerà la diffusione di ricerche e critiche, migliorerà la conoscenza della sensibilità sociale, consentirà di controllare le sovra- e sottoinclusività proprie di ogni strategia regolativa, secondo la distinzione analizzata da Frederick Schauer**[27]**.

C’è qualcosa di impietoso in questo discorrere serale, mentre svanisce la memoria dei morti. Forse un’eco del marcio nel diritto, del prima evocato Benjamin. Ragionare in mezzo al dolore degli altri e alla propria paura: eppure non c’è altro mezzo per umanizzare la vita della specie umana che si difende, a prescindere dai suoi soggetti. Siamo chiamati ad essere umani decidendo della quantità di vita, con informazioni approssimative, sensazioni e tentativi. Forse l’umanità è null’altro che fragilità. Il dolore collettivo può generare mostri. Il diritto mette al riparo dalla guerra civile, non dalla crudeltà: non riesce a ragionare con le categorie del male, se non attraverso lo schermo della colpa. Deve adesso umilmente apprendere dall’esperienza dei suoi

fallimenti.

[1]I diritti attribuiscono ai loro titolari la possibilità di avanzare sulle risorse, materiali o immateriali, pretese che, data la scarsità naturale, e l'alto livello di interdipendenza esistente nelle moderne società complesse, possono entrare sistematicamente in conflitto con le preferenze di altri. DENOZZA, Francesco. *Norme efficienti: l'analisi economica delle regole giuridiche*. Giuffrè, 2002, p. 4ss.

Con specifico riferimento al diritto alla salute, v. EPSTEIN, Richard A., Living Dangerously: A Defense of "MortalPeril", *U. of Illinois L. Rev.,* 1998, 909,914 il quale rileva che la resistenza nei confronti dell'idea che le persone possono essere lasciate morire non tiene conto del fatto che le risorse spese per tenere in vita una persona possono essere spesso alternativamente impiegate per curarne molte altre. Sempre a titolo esemplificativo v. anche POSNER, Eric A, Human Welfare, Not Human Rights, in Columbia L.Rev. 2008, 1758, 1771, che sottolinea i possibili conflitti tra l'impiego di risorse in spese per la salute, per l'educazione o per la sicurezza pubblica.

[2]Non si tratta del noto discorso relativo alle diverse generazioni di diritti e ai loro differenti costi strettamente materiali (predisposizione di apparati per la loro attuazione, ecc.: v. in argomento il famoso lavoro di HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. WW Norton & Company, 2000). Il discorso dell'analisi economica del diritto si muove ad un livello più profondo e più generale che considera costo qualsiasi diminuzione del benessere di qualunque soggetto coinvolto.

[3]Office of the High Commissioner for Human Rights, CESCR General Comment No.14, *The right to the highest attainable standard of health*, E/C.12/2000/4, Para 8.

[4]Quando si afferma, giustamente, che occorre una urgente correzione di politiche che hanno fortemente ridotto la spesa sanitaria in generale e quella pubblica in particolare, bisognerebbe anche aprire un discorso, molto più complicato, che valuti criticamente il modo in cui si formano i cosi che la sanità deve affrontare. Tornando al tema del rapporto diritti – costi (e alle osservazioni e citazioni di cui alla nota 1) è stato polemicamente osservato che se è vero che " all rights have a cost" così è anche vero che " All Costs Have a Right" (tale è il titolo dell'intervento di McCluskey, Martha T., in Pasquale, F.; Palladino, L.; McCluskey, M. T.; Haskell, J. D.; Kroncke, J. J.;Moudud, J. K.; Carrillo, R.; Grey, R.; Varellas, J.; Dibadj, R. , Eleven things they don't tell you about law economics: An informal introduction to political economy and law, *Law and*

Inequality: Journal of Theory and Practice, 2019, 97-148). Il fatto è che il modo in cui viene organizzato un certo sistema (distribuendo titoli giuridici, limitando libertà, creando istituzioni, ecc.) è il primo fattore che determina i costi che poi verranno invocati contro la possibilità di riconoscere altri diritti. Dietro i costi che impediscono di riconoscere un diritto ad alcuni, c' è spesso, non una legge naturale, ma un diritto riconosciuto ad altri.

L'esempio dei brevetti per i medicinali è in questo senso chiarissimo. Se viene smantellata la ricerca pubblica, e tutto viene affidato al costosissimo sistema brevettuale (si pensi, al riguardo, anche solo alle duplicazioni e ai conseguenti sprechi implicati dalla ricerca competitiva) è poi inevitabile che la sanità venga ad avere un costo a priori indefinibile e spesso insopportabile.

Non basta perciò affermare la giusta necessità di potenziare la sanità pubblica. Occorre anche pensare a come riformare tutta l'organizzazione del sistema "privato" che ci sta dietro, e che contribuisce a determinarne i costi.

[5]Come osservava ARROW, Kenneth, 'Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice', in *Journal of Philosophy* , 1973, 245, 251, in polemica con il criterio rawlsiano del maximin "...there can easily exist medical procedures which serve to keep people barely alive but with little satisfaction and which are yet so expensive as to reduce the rest of the population to poverty"

[6]Mi riferisco ovviamente al conflitto che si manifesta a livello di *policy,* là dove si decide in prima battuta sull'assegnazione delle risorse più che al conflitto tra diritti in senso tecnico. Sulla distinzione v.ad es. ZUCCA, Lorenzo. Conflicts of fundamental rights as constitutional dilemmas. Sant'Anna Legal Studies, n. 16/2008, in partic. p. 26.

[7] CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. Tragic choices. 1984; v. pure BOBBITT, Philip; CONTI, Roberto, Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia, in *questa Rivista* (https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1049-tragic-choises-43-anni-dopo-philip-chase-bobbitt-riflette-sulla-pandemia)

[8]RAWLS, John, A Theory of Justice. 1971, 27.

[9]Da un punto di vista diverso da quello illustrato di seguito nel testo, il dato per cui l'esistenza e la natura della scelta tragica dipendono dal tipo di società in cui la scelta si pone è sottolineato anche da Calabresi e Bobbitt, n. 6, 177 ss.

[10]NUSSBAUM, Martha. Tragedy and human capabilities: a response to Vivian Walsh. *Review of Political Economy*, 2003, 15.3: 413, 415; Flawed foundations: the philosophical critique of (a

particular type of) economics. *The University of Chicago Law Review*, 1997, 64.4: 1197,1203 n.17.

[11]Questa è la conclusione cui è pervenuto uno studioso, che ha dedicato all'approfondimento di questi problemi importanti lavori e che è ha finito per attribuire prevalente importanza al modo in cui la scelta viene elaborata (v. la sintesi dell'evoluzione del suo pensiero al riguardo in DANIELS, Norman. Health justice, equality and fairness: Perspectives from health policy and human rights law. *The Equal Rights Review*, 2011, 6: 127-138.

[12] Gilles Deleuze, *L'immanence: une vie...*, in *Philosophie*, 47 (1995), pp. 3-7 (trad. it. di F. Polidori, *Immanenza: una vita...*, Mimesis, Milano 2010)

[13] Giorgio AGAMBEN, Biosicurezza e politica (11 maggio 2020), in https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-biosicurezza

[14] Walter BENJAMIN, Zur Kritik der Gewalt [1921], in ID., Gesammelte Schriften (R. Tiedemann – H. Schweppenhäuser, Hrsgg.), II, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pp. 179-203

[15] Christoph MÖLLERS, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, in VerfBlog, 2020/3/26, https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/

[16] Wolfgang SCHÄUBLE, Schäuble will dem Schutz des Lebens nicht alles unterordnen (Interview), in Der Tagesspiegel, 26/04/2020, https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schaeuble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html

[17] Carla BAGNOLI, Teoria della responsabilità, il Mulino, Bologna 2019

[18] Philip BOBBITT, CONTI, Roberto, Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia, cit.

[19] Stephan WAGNER, Leben in der Abwägung, in VerfBlog, 2020/5/14, https://verfassungsblog.de/leben-in-der-abwaegung/

[20] Oliver LEPSIUS, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, in VerfBlog, 2020/4/06, https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/

[21] Klaus GÜNTHER e Jürgen HABERMAS, Kein Grundrecht gilt grenzlos, in Die Zeit, 20/2020, 7. Mai 2020

[22] Massimo RECALCATI, Una comunità di solitudini, in DoppioZero, 19 marzo 2020, https://www.doppiozero.com/materiali/una-comunita-di-solitudini

[23] Margrit SECKELMANN, Evaluation und Recht: Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensgewinnung durch (Wissenschafts-)Evaluationen, Mohr, Tübingen 2018

[24] Karl-Heinz LADEUR, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Mohr, Tübingen 2004

[25] Günter FRANKENBERG, COVID-19 und der juristische Umgang mit Ungewissheit, in VerfBlog, 2020/4/25, https://verfassungsblog.de/covid-19-und-der-juristische-umgang-mit-ungewissheit/

[26] Alexander SOMEK, Die neue Normalität, in VerfBlog, 2020/5/06, https://verfassungsblog.de/die-neue-normalitaet/

[27] Frederick SCHAUER, Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, Clarendon, Oxford 1991 (trad. it. Le regole del gioco, il Mulino, Bologna 2000)