



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2022

FRANCESCO BIONDO

Bioetica, sacralità della vita e virtù. Osservazioni critiche su un recente libro di M. La Torre

ABSTRACT - In this paper, some critical remarks on M. La Torre's book, *Bioetica in tempo di pandemia* are exposed. These remarks concerns:

1) the justification of paternalism according to La Torre's liberal account of bioethics. If paternalism is justified then it is open to debate in which sense his proposal can be labelled as "liberal";

2) what one earns with assuming that in order to solve conflicts of values we should prefer moral specificationism in front of Alexy's balancing between legal principles. We will show that in arguing for specificationism La Torre tries to avoid the phenomenon of tragic choice, without succeeding;

3) the lack of clarity in depicting the idea of "sacred life". This idea is in tension with the liberal vindication of the right to interrupt pregnancy.

KEYWORDS - bioethics - primacy of justice over the good - virtue ethics - paternalism

2/2022

FRANCESCO BIONDO*

**Bioetica, sacralità della vita e virtù. Osservazioni critiche
su un recente libro di M. La Torre****

SOMMARIO: *Premessa*. - 1. *La proposta di una bioetica umile, però accettabile, in tempi di scelte tragiche*. - 1.1. *La ricerca di una morale ordinaria ma universalizzabile*. - 1.2. *I livelli del ragionamento morale*. - 1.3. *Il coraggio nelle scelte tragiche*. - 1.4 *La cassetta degli attrezzi*. - 1.5. *Alla ricerca della sintesi tra etica deontologica e etica della virtù*. - 2. *Questioni aperte* - 2.1. *Il problema della topografia morale e il paternalismo*. - 2.2. *Cosa guadagniamo con lo specificazionismo?* - 2.3. *Liberalismo, sacralità della vita e aborto*.

Premessa

Discutere di bioetica durante la pandemia di covid 19 può sembrare un'attività paradossale, votata all'affermazione del carattere beffardo di qualunque ragionamento morale in tempi di feroci decisioni che, per ridurre al massimo il numero delle possibili vittime, condizionano la nostra vita quotidiana e ipotecano, per coloro che non hanno un reddito fisso, le prospettive per il futuro. La discussione morale è infatti, e a ragione, vista con sospetto. In cosa può essere rilevante il giudizio di un docente di filosofia morale, della politica o del diritto per affrontare una emergenza determinata da un virus che non conosce norme? Certo l'emergenza si affronta con misure giuridiche, e queste necessitano sempre di una giustificazione, che sappiamo essere comunque *anche* una giustificazione morale, non basata solo sulla minaccia della forza o sul conformismo. Nessun ordinamento democratico liberale può mantenersi nel tempo se coloro che applicano le norme lo fanno solo per timore della sanzione o per cieco conformismo, dovremmo mettere un controllore accanto ad ogni impiegato che sanziona ogni decisione o corregga ogni applicazione. Avremmo cioè paurosi deficit di efficienza da risolvere con una riduzione dei servizi o il ricorso a nuove forme di finanziamento attraverso tassazione diretta e indiretta che nel tempo ridurrebbe la ricchezza nazionale (situazione ben nota in Italia).

Visto però a) il livello estremamente tecnico delle questioni, b) lo scarso autocontrollo nell'uso di termini come "dittatura sanitaria", c) il carattere, comprensibilmente astratto, delle teorie morali e del diritto, il filosofo si trova di fronte ad un dilemma. Può tacere, perché ammette che

* Professore Associato di Filosofia del diritto presso l'Università di Palermo.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

la sua dottrina non prevede casi del genere, perché è una dottrina “ideale”, ma così dimostra che il suo sapere è inutile precisamente quando è necessario, nelle situazioni tragiche in cui non possiamo sfuggire ad una decisione. Oppure può entrare nell’agone, ma senza offrire soluzioni, perché quelle sono responsabilità dei politici, dei medici, dei tecnici. Il suo compito non è offrire soluzioni, ma solo criticarle sulla base di uno o più valori che ritiene propri della morale sociale che il filosofo sapientemente estrae dalle nostre pratiche. Così però si espone alla facile accusa di pensare di essere talmente acuto da sapere, lui, cosa è giusto fare e indicare a cittadini smarriti, politici pasticcioni, e giuristi cinici quale decisione sia quella da prendere.

Il saggio del prof. La Torre¹ cerca di evitare questi rischi, assumendo che la bioetica, soprattutto in tempi di emergenza sanitaria, deve assumere un tono di «umiltà dinanzi alla fragilità, e alla unicità e finitudine della condizione umana. Questa è esposta immediatamente all’erosione, al pericolo, alla dissoluzione e ci pone costantemente dinanzi all’esigenza di scelte fondamentali» (BTP, 9). E lo fa rifuggendo i rischi opposti del soggettivismo e del relativismo seguendo «un modo discorsivo, non egocentrico, di ragionare [...] senza cadere nello sterile soggettivismo e relativismo rispetto alla correttezza (e dunque verità pratica) dei giudizi morali» (Ivi). In questo contributo, dopo avere riassunto il percorso argomentativo del libro, cercheremo di esporre alcune considerazioni critiche determinate da questioni che sorgono da questa stimolante lettura. Le questioni sono:

1) in che termini il paternalismo è giustificabile nella bioetica proposta da La Torre? E se è giustificabile, allora in che modo la sua proposta può considerarsi umile o “liberale”?

2) Lo specificazionismo è una migliore strada rispetto al bilanciamento tra principi? O è solo un modo di evitare il fenomeno delle scelte tragiche?

3) In che senso la vita è sacra? Se è censurabile moralmente negare l’ingresso in terapia intensiva a una certa categoria di persone solo in base all’età (12-14), perché allora non considerare sacra *anche* la vita del nascituro? Forse dietro le forme di razionamento dell’accesso alle terapie intensive c’è un’intuizione scomoda che La Torre rifiuta: la vita non è ugualmente sacra per tutti o in tutte le circostanze, in casi ideali sì, ma in casi reali in cui abbiamo dei limiti all’azione dei pubblici poteri e soffriamo

¹ M. LA TORRE, *Bioetica in tempo di pandemia. Morale, diritto e libertà*, DeriveApprodi, Roma, 2022 (d’ora in poi BTP).

di scarsità di risorse, la vita non è sacra, ma “sacrificabile” in vista di un altro valore che tragicamente in quella situazione si impone. E tale valore non è “sacro” ma più banalmente è una richiesta di equità di trattamento.

1. La proposta di una bioetica umile, però accettabile, in tempi di scelte tragiche

Il libro si apre con una domanda terribile: chi facciamo entrare in terapia intensiva? La Torre quindi sceglie il percorso più impervio per chi come lui crede che ci siano delle soluzioni moralmente corrette ai conflitti tra valori. Ci sono delle scelte da fare a livello legale e amministrativo e su questa base governare le scelte del personale sanitario. La bioetica «ha il compito di porsi la domanda» (sulla legittimità di tali decisioni) «e dare una risposta» (15), e tale risposta non può essere frutto di una accettazione di un ordine normativo naturale, alla fine non è l'essere che determina il dover essere. Un virus è un fatto biologico, ma questo nulla ci dice su come valutarlo.

1.1. La ricerca di una morale ordinaria ma universalizzabile

La bioetica si pone la domanda sulla giustificazione delle tecniche di governo dei fenomeni naturali connessi alla vita delle persone. Ma è una riflessione tecnica, rivolta solo ai professionisti degli ambiti sanitari, che mira a valori che si impongono ai cittadini, come pazienti? Per La Torre no. Il medico, citando Weber, mira solo a mantenere in vita anche se il paziente implora di essere liberato dalla vita, non si domanda se valga la pena di vivere (23). E non è possibile neppure ridurre la bioetica ad una deontologia professionale, in questo caso la morale degli operatori sanitari si imporrebbe sulla morale dei cittadini, mentre invece è la promessa della bioetica quella di offrire criteri di accettabilità comune, sia per gli operatori sia per i cittadini. Ma vi è poi un'altra ragione: la bioetica è, come tutta la filosofia pratica, una disciplina riflessiva, ha per oggetto le stesse pratiche che indaga e valuta. Non si può osservare e valutare la pratica, in questo caso bioetica, senza prenderne parte, assumendo un atteggiamento distaccato, ultra esterno: «nella bioetica la filosofia si incista nei corpi vivi degli esseri umani e in essa è questione proprio della loro contingenza, della loro caducità e fragilità. La filosofia si nutre della

pratica della vita. [...] Seppure la decisione morale si prende nel *qui e ora*, anch'essa deve potersi proiettare, se va assunta come morale, nei termini di criteri che possano essere accettabili universalmente» (27. Corsivi nel testo).

Ma quale morale è davvero universalizzabile in ambito bioetico? Per rispondere La Torre riprende la polemica tra Devlin e Hart e individua due posizioni generali: una, quella di Devlin, considera che il diritto (in particolare quello penale) è una forma di tutela della moralità positiva che si impone anche contro le preferenze più intime del soggetto (la sessualità in particolare, ma non solo), l'altra, quella di Hart, che sostiene che il diritto non può imporre una morale positiva nell'ambito della sfera privata dei cittadini. La prima posizione viene chiamata "comunitarismo", la seconda "liberalismo" e la differenza viene chiarita magistralmente in questi termini: «mentre per il liberalismo giustizia significa soltanto la serie dei criteri che garantisce la convivenza umana, per il comunitarismo il diritto ha un valore, diciamo, perfezionista, è ciò che garantisce l'eccellenza della vita umana. Allora, secondo il comunitarista il diritto deve garantire l'eccellenza della vita umana, perfezionare questa mentre per il liberale il diritto deve limitarsi a garantire principi generali di convivenza. Qui la perfezione della vita umana è affare dei singoli soggetti»²(35).

Il diritto ha a che fare con la dimensione pubblica del valore, ciò che può essere definito la giustizia, mentre il buono concerne il modo in cui ciascun soggetto considera il suo progetto di vita come progetto personale, che non concerne le sue relazioni con gli altri: «ciò che è giusto concerne i criteri di una buona convivenza tra soggetti, attiene alle loro relazioni reciproche [...] la giustizia si dà in presenza di più soggetti. Il buono è una nozione esistenziale: è buono ciò che attiene alla vita dei singoli soggetti, ciò che per me è un buon progetto di vita. [...] Il giusto attiene alla *pubblicità* delle relazioni, mentre invece il buono attiene alla *privatezza* delle condotte umane» (corsivi nel testo) (37).

² Vedremo nel prosieguo del testo (116) come nel caso della salute tale differenza, tra ambito privato e ambito pubblico, si dissolve. La tutela della salute pubblica può esserci imposta, è un caso di paternalismo giustificato sulla base di un valore, la salute pubblica, non disponibile al soggetto. Inoltre, come vedremo, La Torre (133) sembra indicare come percorso obbligato della riflessione bioetica una rivalutazione del perfezionismo aristotelico, integrandolo con il rigorismo kantiano, soprattutto in vista di una etica "collettiva" della cura (151) che costituirebbe, possiamo dire, la cifra della "comunità liberale" che riconosce il valore "sacro" della vita (148). Ma in questo modo ci si può domandare cosa rimane della distinzione qui esposta.

1.2. *I livelli del ragionamento morale*

Come si sviluppa il ragionamento morale? Secondo La Torre su tre livelli: uno intuitivo, o emotivo, uno preriflessivo (o tradizionale, convenzionale) e infine uno riflessivo. Nel livello riflessivo, con grande chiarezza, l'autore evidenzia che non si tratta solo di una attività che mette da parte l'evidenza empirica, l'ambito in cui entrano in scena per le nostre decisioni le acquisizioni delle scienze, ma sottolinea l'insufficienza di qualunque evidenza empirica, se questa non è affiancata e qualificata come rilevante da un valore. Anche se possiamo fidarci delle acquisizioni della scienza, anche soltanto circa le nostre reazioni emotive, queste non sono sufficienti. C'è bisogno di un giudizio di valore e spesso in questo momento "valutativo" siamo soli. Rimaniamo con la nostra coscienza, la quale, per l'autore, non è riducibile a un ricettacolo di valori relativi alla nostra cultura (relativismo), di reazioni emotive indisponibili al nostro controllo (emotivismo), o un processo di razionalizzazione ex post di queste, come alla fine sembra affermare la teoria dell'errore. Siamo davvero preda di una gigantesca manovra in cui ci illudiamo di arrivare ad una ragione, mentre invece la inventiamo per vivere più tranquilli? Secondo La Torre no. «La teoria dell'errore non riesce a spiegare come sarebbe ancora possibile emettere un giudizio morale là dove si ritenesse che questo fosse sempre in errore o una mera finzione, una sorte di velo che nasconde la vergogna del nostro procedere in maniera irrazionale. Nel giudicare moralmente dovremmo essere sempre in mala fede» (46). Qui, ci azzardiamo, è nascosta una premessa, presente in diversi altri luoghi del libro e nell'ultima produzione dell'autore: che il livello metaetico è inseparabile da quello etico, non esiste un punto di vista esterno ai ragionamenti morali (ma vedi anche BTP, 119-121, 148). Nessuno accetterebbe di entrare in un ragionamento morale assumendo che comunque il massimo che si può ottenere non è altro che il disvelamento di una illusione o l'accettazione di una tradizione. Chi si imbarca in indagini metaetiche, e non in studi di psicologia morale o scienze cognitive, ritiene che sia possibile una valutazione morale, non basata su emozioni irragionevoli, su tradizioni intoccabili, su razionalizzazioni. Questo certamente avviene, e molto più spesso di quanto pensiamo. Eppure la circostanza stessa che alla fine un relativista, un sostenitore della teoria dell'errore e uno scettico metaetico scelgano una posizione

etica (la tolleranza, l'astensione del giudizio) è segno che alla fine quella verità, come accettabilità, che rifiutano devono comunque presupporla. Altrimenti dovrebbero semplicemente rimanere silenti: qualunque decisione su un problema pratico gli risulta moralmente indifferente. Oppure dovrebbero abbracciare senza esitazioni la fallacia naturalistica.

1.3. *Il coraggio nelle scelte tragiche*

Con il capitolo 5 il libro entra nel dibattito sul razionamento degli accessi alle terapie intensive.

Come decidere? La Torre assume una posizione chiara: non si può accettare nessun altro criterio che non sia quello dell'ordine di arrivo. Le alternative sono peggiori. Non si può discriminare facendo appello all'età, come se gli anziani non avessero contribuito con la loro vita e le loro imposte al funzionamento del servizio sanitario, o alla speranza di vita, così come richiesta dal celebre comunicato della SIAARTI che chiedeva protocolli basati esclusivamente sulla speranza di vita in caso di successo della terapia: «il ragionamento usato dai nostri anestesisti si potrebbe capovolgere nella maniera seguente: poiché i giovani sono più forti ed hanno maggiori capacità di sopravvivere, allora la cura medica dovrà innanzitutto essere offerta a coloro che hanno minori probabilità di sopravvivenza, cioè ai vecchi» (52). Il criterio che meglio rispetta il principio deontologico dell'uguale dignità è quello del *first come first served*. «Però» – aggiunge l'autore – «la questione rimane aperta. La morale è spesso controversa; stiamo parlando di decisioni difficilissime, nelle quali le intuizioni morali cozzano l'una contro l'altra. In tali casi una buona guida è quella fornita dai diritti umani, diritti universali, in buona misura positivizzati nei diritti fondamentali dell'ordine costituzionale» (52-53). Non sembra però che neppure il riferimento ai diritti umani risolva del tutto il problema³, perché bisogna arrivare a una decisione, e tale decisione è coraggiosa esattamente perché non è chiaro quale sia la

³ Ci si può domandare infatti se il riferimento ai diritti polarizza la discussione invece di facilitare un accordo sul da farsi. Sul punto rimandiamo a C. SUNSTEIN, *Come cambia la società*, Einaudi, Torino, 41 ss. Sull'insufficienza delle strategie argomentative basate sui diritti ci si permette di rimandare a F. BIONDO, *¿Qué viene antes? ¿El huevo o la gallina? Observaciones cónicas sobre pandemia y derechos*, in *Registros*, 4/2022, <https://www.registrosculturales.com/copia-de-relatos>.

decisione giusta⁴: «confesso che ho difficoltà di parlare di bioetica per l'immediata precipitazione pratica ch'essa può avere sulla vita di una persona. [...] Mi sembra una responsabilità eccessiva su cui io credo che il filosofo bioetico debba talvolta fare un passo indietro. Ecco perché dicevo che il ruolo della bioetica non può essere quello di sostituirsi a chi deve effettivamente prendere la decisione, cioè il soggetto coinvolto in quella situazione. Potrebbe essere il politico, ad esempio nel caso dello stato di emergenza sanitaria [...] Il coraggio, in alcune situazioni, ci è richiesto dalla decisione morale. La decisione morale, una volta presa, deve essere poi implementata e ciò, talvolta, ha delle conseguenze molto gravi sulla nostra esistenza. Lì bisogna essere capaci di essere coraggiosi. La paura non è mai una virtù, non è mai buona consigliera, e nella decisione morale può condurre a conseguenze molto negative, addirittura disastrose. Il mio proposito in queste lezioni è di soffermarmi sul quadro concettuale, sul *framework*, sulla struttura concettuale e procedurale che si assume durante una deliberazione e decisione morale. Ciò è tanto più importante nella bioetica, che è una concezione modesta, procedurale» (corsivo nel testo 54-55)⁵.

1.4. *La cassetta degli attrezzi*

Per determinare il framework appena citato La Torre propone una serie di concetti fondamentali (potremmo chiamarla la "cassetta degli attrezzi dello studioso di bioetica"), la cui presentazione accompagna il lettore dal cap. 6 al capitolo 10. Si tratta di sei serie di concetti:

- 1) I tre livelli del ragionamento giuridico (indicati nel cap. IV e precedentemente discussi),
- 2) Le tre prospettive di giudizio (distinte in certezza intuitiva, relativismo e assolutismo).

⁴ Qui ci si potrebbe domandare allora se davvero il criterio *first come first served* sia davvero migliore. Se lo è, moralmente, allora non c'è bisogno di delegare a un politico la decisione, come vedremo sostiene La Torre.

⁵ Probabilmente un medico anestesista considererebbe il favore di La Torre al criterio *first served* collettivamente come disastroso, in quanto concentrerebbe l'uso dei ventilatori a una coorte che ne avrebbe bisogno per più tempo, rispetto a una altra coorte che ne avrebbe bisogno per meno tempo, assumendo che l'età sia elemento rilevante per la durata del trattamento. Tuttavia, egoisticamente, l'anestesista potrebbe, esattamente per paura di conseguenze legali circa la sua decisione, seguire, anzi pretendere che si imponga per legge, il criterio più semplice che è quello cronologico esposto da La Torre.

- 3) Le difficoltà del ragionamento morale (a) limitata o impossibile verifica empirica del giudizio morale, b) pluralità di prospettive e interessi in gioco c) limiti di tempo per giungere ad una decisione)
- 4) Concetti fondamentali della bioetica (distinzione tra essere e dover essere, distinzione tra giudizi di obbligo e giudizi di valore, distinzione tra regole e principi).
- 5) Distinzione tra giusto e buono (come distinzione tra universalizzabile e non universalizzabile).
- 6) Giustificazione dell'intervento del diritto esclusivamente per questioni di giustizia e non per il bene della comunità o del singolo. Soffermiamoci su alcuni di questi punti.

Circa le prospettive del giudizio, La Torre ha una posizione molto ambiziosa. Si presenta come un assolutista morale, ma in un senso particolare: il fine di una teoria morale è quello di superare le prospettive intuitive, seppur certe, e criticare i valori delle nostre culture morali di appartenenza per arrivare a giudizi "assoluti", che forniscono dei limiti a ciò che è lecito fare e che non devono essere superati (64). Tuttavia tali limiti possono essere oggetto di scelta e si può legittimamente scegliere il male minore. E soprattutto «anche se un giudizio morale è assoluto per me, c'è bisogno di un'altra considerazione per imporlo ad altri» (65). Ogni valore è comunque relativo alla vita e alla storia di chi lo persegue, e anche se un valore è assoluto può non essere imposto universalmente⁶.

Sulle difficoltà che affronta il giudizio morale La Torre non si nasconde: ammette che la morale soffre di una inevitabile "deficienza cognitiva" alla quale supplisce il diritto con i suoi codici e le sue procedure: «la morale non ha codici, ogni volta i principi morali devono essere ricostituiti e ripercorsi per ogni decisione. [...] La decisione morale ci costringe ogni volta a ripercorrere nuovamente il codice morale che ci diamo, a rifondarlo, a ridarcelo» (72). Tale ricerca non avviene da un punto di vista esterno alla domanda cosa si deve fare, ma interno ad essa. Non vi è una prospettiva metaetica, esterna alla pratica morale, che possa trascendere le prospettive diverse di giudizio, tutte da tenere in considerazione in quanto posizioni che partecipano al "discorso" su ciò che è meglio fare: «quando io decido moralmente, delibero con gli altri e

⁶ Il professor La Torre fa l'esempio di chi salvare in un incendio, se la propria figlia o il dottor Fauci. È chiaro che astrattamente possiamo pretendere che si salvi Fauci, ma non possiamo pretendere che il padre non salvi la figlia. Risulta però poco chiaro allora in che termini il principio sia assoluto o definitivo. O meglio sembra che sia assoluto, ma non universalizzabile.

per gli altri oltre che per me stesso e con me stesso e quindi necessariamente devo ricorrere a una pluralità di prospettive» (76). E però il giudizio morale deve arrivare ad una decisione in condizioni di tempo limitato, analogamente alla decisione giuridica. Con una complicazione: le norme giuridiche valgono all'interno di un territorio e di un tempo determinato, le norme morali si assume che siano valide senza tempo (ad es. la schiavitù è sempre ingiusta). Ma se le norme morali sono senza tempo, le decisioni morali sulle singole azioni sono limitate dal tempo, come le decisioni giuridiche: «Non posso non decidere, non c'è il non liquet dinanzi a una questione di vita o di morte»⁷.

Indicando le tre serie di concetti fondamentali La Torre riprende il tema della distinzione in filosofia del diritto tra regole e principi, innovando la sua posizione che per molti anni aveva abbracciato l'idea di una distinzione qualitativa tra regole e principi. La distinzione ha come sfondo una distinzione precedente, più diffusa nella filosofia morale, tra giudizio di valore (x è buono, x è meritevole di tutela, x deve essere massimizzato) e giudizio di obbligo (devi fare x). Il primo è un giudizio che indica uno stato di cose che tendenzialmente si deve realizzare, il secondo è un giudizio che impone la realizzazione immediata di uno stato di cose. Per molto tempo, si è ritenuto, e tra questi La Torre stesso, che i principi fossero precetti di ottimizzazione, dei valori che dovessero essere bilanciati, sulla scia dell'insegnamento di Robert Alexy, o che fossero delle norme senza fattispecie, norme che non stabiliscono le condizioni per la loro applicazione. Ma, secondo La Torre, con il bilanciamento si finisce, anche inconsapevolmente, preda di una deriva economicista in cui tutti i valori potrebbero essere bilanciati senza limiti, si perderebbe il carattere assoluto della prescrizione morale. Non vi sarebbero principi prima del bilanciamento: «ciò metterebbe in crisi le dottrine morali deontologiche,

⁷ Che un giudizio morale sia valido senza tempo ma che ogni decisione morale avvenga sempre in un tempo e in una situazione concreta sono affermazioni a nostro avviso in tensione tra loro. Possiamo essere d'accordo che la schiavitù è sbagliata, ma davvero possiamo pensare che ciascun possessore di schiavi nell'antica Roma fosse moralmente colpevole? Avremmo considerato come moralmente corretta l'azione di un "liberatore di schiavi" che uccidesse i legali detentori di schiavi che mai hanno vissuto se non in una società schiavista? Ora, se vi è una difficoltà nel trascendere il proprio orizzonte, e se per questo è necessario "il discorso morale", allora bisogna accettare che (a meno che non assumiamo che tale discorso è "fuori dal tempo") non ha molto senso parlare di valori eterni, o di norme valide "fuori dal tempo". Sembra cioè che la ricerca della norma fuori dal tempo sia analoga alla ricerca del punto archimedeo o esterno alle pratiche morali che La Torre critica.

come quella kantiana, che ritengono che ci sia, nel ragionamento morale, quantomeno un cuore di normatività assoluta» (86). Per questa ragione La Torre ripensa la distinzione tra regole e principi, affermando, sulla scia di autori positivisti come Jori, Guastini, e prima ancora Raz, che la distinzione tra regole e principi è solo di grado e non di specie. I principi sarebbero norme generalissime, che poi vengono specificate nelle situazioni concrete: «noi prendiamo un principio, che è una regola molto generale, e in considerazione delle circostanze del caso che dobbiamo affrontare, interpretiamo quella regola e, introducendo nella regola generale i tratti del caso concreto, procediamo alla sua specificazione» (87)⁸.

Circa la distinzione tra questioni di giustizia e questioni di benessere, individuale o collettivo, La Torre chiarisce che nel primo caso la riflessione morale può essere definitiva, nel secondo no. «Mentre il filosofo politico deve entrare nel dettaglio e presentarci degli argomenti per certi versi anche definitivi rispetto alla giustizia dell'ordine politico, non può fare lo stesso per quanto riguarda il buono, che fondamentale è riservato alla considerazione, alla deliberazione e alla decisione dei singoli cittadini» (96). Mentre possiamo universalizzare il giudizio sul giusto ordine politico, non possiamo farlo nel caso delle concezioni del bene. Solo nel primo caso ad una violazione di una norma o di un valore possiamo accompagnare una reazione dell'ordinamento, nel secondo no in quanto non possiamo imporre una concezione del bene ai cittadini. Questa dipende dalla loro singola deliberazione.

Arriviamo così all'ultima serie di concetti. Qui La Torre riprende la teoria milliana del *harm principle*: una condotta è punibile solo se provoca un danno a terzi, se provoca un danno volontario a sé stessi non deve essere perseguita (anche se La Torre ammette che è giustificabile un divieto ad autodanneggiarsi in maniera grave ed irreversibile, 115). Inoltre l'oggettività morale non implica l'uso della sanzione giuridica per la violazione di un principio o di una norma, e aggiunge sul caso spinosissimo dell'aborto: «posso ritenere e giudicare che l'aborto sia un illecito morale, o non sia buono o giusto, e tuttavia astenermi dal voler

⁸ Risulta interessante notare le convergenze con la cosiddetta "teoria ermeneutica del diritto" che indica come le norme, sono sempre conoscibili solo a partire dai casi concreti ai quali vengono applicate. Purtroppo, però, questa importante tradizione di pensiero non sembra godere dell'interesse di La Torre, che infatti nel suo fortunato saggio sull'antipositivismo non ne fa neppure un cenno, mentre considera il Dworkin dal 1986 come autore di una "dottrina essenzialmente ermeneutica" (M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, Olschki, Firenze, 2020, 16).

imporre il suo divieto. E mi asterrò da ciò non per ragioni utilitaristiche, prudenziali, o di comodo, ma perché credo che l'aborto attenga all'ambito del buono, e che questo, seppure determinabile in maniera grosso modo cognitiva e con argomenti di elevata ragionevolezza, si collochi nondimeno in una dimensione nella quale la normatività si realizza e si specifica mediante il rimando all'autocertificazione e alla scelta libera del soggetto coinvolto, qui-nel caso dell'aborto-la donna incinta» (107-108). In questi casi, non possiamo pretendere l'intervento del diritto ma lasciare solo spazio all'argomentazione morale.

Ma allora gli interventi paternalisti sono sempre ingiustificati? No, al contrario una certa dose di paternalismo è sempre presente negli ordinamenti giuridici, ed è un caso di legittima interferenza nei nostri ambiti privati. Ma allora che differenza c'è tra la posizione di La Torre e quella di Devlin? Per chiarirlo La Torre fa un esempio molto divertente di norme vigenti in Svizzera fino al 1979 che punivano la fornicazione, norme che per essere applicate permettevano alla polizia di entrare nelle residenze degli studenti e controllare la temperatura dei loro letti (112). Questa norma non è paternalista, ma comunitarista; giustifica l'intervento del diritto in nome della morale dominante e quindi incorre nella fallacia naturalista. Nel paternalismo, invece, riletto anche alla luce dell'idea sempre milliana che può essere imposto un trattamento per evitare un pericolo di danno imminente e non consapevole per il soggetto, l'intervento del diritto è giustificato sulla base di ragioni normative (la salute del soggetto).

1.5. *Alla ricerca della sintesi tra etica deontologica e etica della virtù*

Gli ultimi due capitoli del libro sono dedicati a un rapido, ma utilissimo, riassunto delle teorie etiche disponibili al bioetico. Le dottrine presentate nel capitolo 12 sono sette: naturalismo, utilitarismo, intuizionismo, costruttivismo universalista, pluralismo eclettico, teoria della virtù. Non ci soffermiamo sui vantaggi e i limiti di ciascuna posizione, facciamo notare però uno dei principali meriti dell'opera. La Torre cerca, con il capitolo XIII, di unire il costruttivismo universalista, di matrice kantiana, con l'etica delle virtù e il perfezionismo aristotelico. Il fine è ambizioso: evitare che l'etica applicata, per risolvere il conflitto tra valori proprio del pluralismo eclettico, possa cadere preda di argomentazioni utilitariste, che umilierebbero la argomentazione morale

rendendo tutto bilanciabile o tutto riducibile a esercizi di matematica morale in cui non esiste un soggetto agente con un suo valore (distinguibile dal valore dell'azione), ma ciascun soggetto è fungibile con un altro⁹. Potrebbe sembrare un'assurdità cercare una sintesi tra l'etica deontologica e l'etica delle virtù. Eppure, segnala La Torre, in entrambi è presente la dimensione della lotta per l'eccellenza morale, lo sforzo di "raddrizzare il legno storto" (che è una famosa espressione kantiana, ma in realtà derivante da Aristotele): «la moralità ha a che vedere con una sorta di contrasto e resistenza che esercitiamo verso quello che noi naturalmente saremmo, naturalmente vorremmo, naturalmente faremmo» (133).

Con l'epilogo la connessione tra etica costruttivista deontologica e etica delle virtù si chiarisce. Alla prima corrisponde la fiducia che attraverso l'argomentazione morale si possano determinare dei punti fermi, per esempio che «la vita di un anziano è comunque piena di valore e dunque va tutelata» (148) e che tali punti fermi possono essere frutto anche delle nostre emozioni morali. Ma soprattutto che tra tali punti fermi rientra il carattere "sacro" della vita umana, se si danno alcune condizioni: la capacità di sofferenza, la capacità di autonomia, la razionalità e la capacità di riflettere. Nei casi in cui tali capacità non si manifestino compiutamente allora non avremo dei diritti pieni, ma a questi soggetti non possono neppure negarsi degli obblighi di protezione (149). Il diritto però non si può sempre applicare, non vi è un passaggio automatico tra illiceità morale e illiceità giuridica, e alle questioni di giustizia (è giusto imporre una concezione del benessere individuale?) si devono accompagnare anche considerazioni prudenziali (l'intervento deve essere necessario, adeguato e proporzionale). Tuttavia, non è inevitabile, per ridurre i problemi di motivazione morale, fare affidamento sul diritto. Piuttosto l'intervento giuridico rischia di sterilizzare le capacità del cittadino di deliberazione morale, cadendo nel legalismo, o peggio di deresponsabilizzare il cittadino stesso lasciando il governo della società allo Stato e ai suoi organi. Questo lo riconosce La Torre in conclusione: «una pratica morale non riesce a funzionare appropriatamente senza le

⁹ Il carattere di mera copia del risultato della clonazione, e quindi la sua fungibilità e l'annullamento della sua unicità, rende per La Torre inaccettabile tale pratica. Con la clonazione si produce un individuo che non è fine in se stesso, ma è una mera copia. Un essere umano quindi con una dignità inesistente (144) o almeno dipendente da una dignità originaria, come se il valore di un individuo dipendesse dal valore del suo creatore.

virtù corrispondenti. Ciò implica un processo di educazione al discorso morale e alla percezione delle evidenze normative. E qui entra in gioco la *comunità* che dovrebbe curare tale educazione. [...] Una trama di virtù può svilupparsi solo all'interno di una comunità che queste virtù nutra, consenta, favorisca, all'interno di un'idea di cittadino. Finiamo dunque, anche nella bioetica, per imbatterci nella figura del cittadino, del soggetto che si impegna nella comunità e coltiva la solidarietà e la *cura dell'altro*» (151).

2. Questioni aperte

Difficilmente si può rimanere insensibili alla argomentazione sviluppata nel libro. Il riferimento finale a una sintesi tramite l'etica delle virtù tra Aristotele e Kant è per chi scrive una conferma di diversi scritti aventi per oggetto una interpretazione perfezionista di Rawls: l'idea che una società che prende sul serio il liberalismo, sia nella versione della giustizia come equità sia nella versione del liberalismo politico, non può evitare di prendere in considerazione il ruolo che le virtù civiche hanno nel mantenimento di giuste istituzioni¹⁰. Questo ruolo, però, fa sorgere alcuni problemi per la cassetta degli attrezzi del bioeticista. Cosa rimane infatti della tesi della separabilità tra giusto e bene? È il singolo individuo sovrano delle questioni circa il suo benessere? E che succede se una serie di scelte sbagliate circa il proprio benessere costituiscono delle conseguenze dannose sul benessere altrui? La sanzione negativa, il castigo, la pena, è l'unica possibile reazione rispetto a scelte individuali che possono costituire una minaccia per la salute pubblica?

Ci possiamo poi domandare, sempre seguendo la premessa metodologica di non separare le questioni metaetiche dalle questioni etiche, quali ragioni abbiamo per abbandonare la distinzione regole e principi e abbracciare lo specificazionismo. Se è perché attraverso il ragionamento morale possiamo evitare o risolvere i casi tragici e allo stesso tempo riconoscere norme assolute, non bilanciabili che garantiscano la dignità di ogni individuo, allora per La Torre rimane l'onere di chiarire in che maniera ciò avvenga: criteri personali come il coraggio o istituzionali come la procedura non garantiscono la soluzione dei casi tragici.

¹⁰ Ci permettiamo di rimandare a F. BIONDO, *Las virtudes cívicas y la cuestión de la estabilidad. Hacia un perfeccionismo liberal?*, in *Derechos y libertades*, 25/2011, 179-201.

Infine rimane, a nostro avviso, un problema con la nozione di “sacralità”. È il carattere sacro della vita una nozione che non ammette gradazione? Se x è sacro, è non “sacrificabile”? Cercheremo di mostrare un problema di coerenza con la posizione di La Torre circa l’aborto, e un modo per risolverla.

2.1. *Il problema della topografia morale e il paternalismo*

La proposta di La Torre è sicuramente coraggiosa, ma riteniamo che soffra di una indecisione di fondo. Mentre nella cassetta degli attrezzi stabilisce una separazione tra ambito pubblico e ambito privato, indicando nella autocertificazione della volontà individuale il criterio che il pubblico potere non può superare poi afferma: a) che l’autocertificazione può essere difettosa (per problemi di debolezza del volere per esempio), b) che la comunità nel suo complesso abbia l’obbligo di avere cura dei suoi membri, cioè della loro vita considerata come “sacra”. Ora, riteniamo che tali argomenti siano accettabili anche da coloro, come Devlin, hanno ritenuto giustificato il supporto della sanzione giuridica per dissuadere condotte come il consumo di sostanze psicotrope che a lungo andare indeboliscono l’organismo (o anche il ricorso a prostitute per ottenere servizi sessuali). È vero, come fa notare La Torre, che gli argomenti di Devlin sono condotti in base al riconoscimento del valore di una morale positiva, però questo non implica che alcuni di questi valori possano essere riconosciuti anche in base ad una morale critica. La Torre naturalmente replica che l’uso della sanzione giuridica è costoso, soprattutto in termini morali non solo di efficacia. Citando Kelsen, afferma: «l’obbedienza è dolorosa, e lo è tanto più l’essere sottoposti a una sanzione o a una pena» (150). Eppure abbiamo visto che La Torre accetta il paternalismo in casi di danni gravi alla persona non deliberati ¹¹. Così però la differenza tra la giustificazione del paternalismo offerta da Devlin e quella offerta da La Torre si riduce alla fonte della giustificazione: nel primo caso una pretesa della comunità a difendersi da azioni individuali dannose (si direbbe una pretesa

¹¹ Possiamo dire che La Torre segue quella interpretazione del principio del danno offerta da Raz in cui si afferma che il danno da considerare può anche essere il danno subito dall’agente. Sul punto rimandiamo a F. BIONDO, *Two Types of Liberal Perfectionism*, in *Ratio Juris*, 18/2005, 519-535.

collettiva a mantenere un ambiente morale sano¹²), nel secondo caso il diritto di ciascuno a difendersi dalla possibilità di fare scelte dannose per se stessi, e per gli altri. Differenza rilevante, non c'è dubbio, ma a nostro avviso pericolosa per l'argomentazione. Il comunitarista alla Devlin potrebbe sostenere che entrambi (lui e La Torre) su molti casi, es. la diffusione di materiale pornografico, di vendita di alcoolici, di ricorso a prostitute, sarebbero d'accordo sull'illiceità morale. Al massimo il passaggio alla illiceità giuridica è solo una questione di conseguenze, di costi, ma non di principi normativi. Se il danno di cui la comunità deve tenere conto, e per il quale è richiesta la cura, può riguardare anche il solo soggetto, allora, sosterebbe Devlin, il ricorso alla coercizione sarebbe opportuno anche per il liberale. A nostro modesto avviso ci sarebbe una via di uscita (e speriamo che sia una via di uscita condivisibile dal professor La Torre).

In primo luogo la differenza tra ambito privato e ambito pubblico non è solo procedurale (il primo non è soggetto a criteri di universalizzabilità il secondo sì), o solo semantica in un certo senso (il primo ha riferimento il bene individuale o collettivo, il secondo la giustizia delle istituzioni), ma piuttosto è "funzionale". È la funzione dei due ambiti che giustifica l'intervento o il non intervento delle istituzioni giuridiche, ed è sulla base di tali funzioni che poi riusciamo, più o meno, a considerare giustificato l'intervento giuridico e a valutarne i costi e i benefici. È chiaro che istituzioni come la famiglia o i club o le confessioni religiose non possono funzionare se non tramite l'autoorganizzazione dei suoi membri, ai quali si lasciano spazi di autonomia entro certi limiti, limiti che diventano contestabili quando certe funzioni di tali istituzioni entrano in contrasto con altre funzioni. Banalmente lasciamo che siano i genitori a decidere sull'educazione dei figli (assumendo che siano mossi da naturale bontà), ma non pensiamo che siano gli unici a decidere, tali decisioni sono limitate da interventi da parte di altre istituzioni, come la scuola, la sanità, ecc. Il caso della obiezione di coscienza a certi insegnamenti a scuola, o il rifiuto di vaccinare i figli sono casi eclatanti al riguardo¹³. Se riteniamo che esista, e sia giustificata, una separazione tra giusto e bene, allora non abbiamo argomenti contro coloro che alla

¹² Sul punto rimandiamo a G. ZANETTI, *Felicità, amicizia, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Carocci, Roma, 1996.

¹³ Ci permettiamo di rimandare a F. BIONDO, *Subjetivismo ético y objeción de conciencia*, in *Derechos y libertades*, 39/2018, 205-229; e ID., *Il lato oscuro dei movimenti di resistenza alle vaccinazioni obbligatorie*, in *Ragion Pratica*, 1/2019, 169-183.

richiesta di vaccinazione contrappongono un no, sulla base della circostanza che è “una questione privata” o è una “decisione i cui costi non sono pagati dallo Stato, dalla comunità, ma dalle famiglie”. La Torre concludendo il volume sembra puntare ad una sintesi tra etica delle virtù e deontologia, ma questa sintesi non partirebbe dalla separazione tra sfera pubblica e privata, o tra pretese universalizzabili e non universalizzabili, ma piuttosto dalla domanda quali funzioni, quali fini, quali sensi hanno le pratiche sociali e le istituzioni alle quali non possiamo non partecipare. In sintesi, il perfezionismo aristotelico implica una ridefinizione della topografia morale. La separazione tra ambito pubblico e privato deve essere ridiscussa.

In secondo luogo, La Torre si occupa del caso centrale del rapporto tra diritto e morale, quello dell'imposizione di uno stile di vita tramite minaccia di sanzione penale. È tuttavia noto che sin dallo scritto di Bobbio *Dalla struttura alla funzione*¹⁴ l'intervento di governo della società da parte dello Stato è molto più pervasivo e si serve non solo di sanzioni negative ma soprattutto di autorizzazioni e sanzioni positive. Negli ultimi anni la teoria del diritto poi ha visto la diffusione di studi sul *Nudge* (la “spinta gentile”), in altre parole sulle forme di incentivazione di certi comportamenti che implicano non una sanzione negativa, ma piuttosto una riorganizzazione dell'architettura delle scelte. Alla fine, ci si potrebbe domandare, il governo della società tramite incentivi è moralmente indifferente al governo tramite sanzioni? Pensiamo di no, ma sempre di intervento in ambiti privati di azione si tratta. In questo caso, riteniamo che le nostre intuizioni e il diffondersi di teorie e analisi politologiche e sociologiche sempre più raffinate ci portino a modificare la questione distinguendo tra differenti ipotesi di giustificazione dell'intervento giuridico in materia bioetica prendendo due variabili: il mezzo, se sanzione negativa, sanzione positiva o il *nudge*, e il fine, se benessere collettivo o individuale.

Ci sembra chiaro che La Torre approverebbe una forma di perfezionismo (con sanzione positiva o *nudge*) che abbia per fine il benessere individuale, mentre rifiuterebbe il paternalismo con sanzione negativa al fine di tutelare il benessere collettivo. Cosa fare però per un caso di paternalismo con sanzione negativa con finalità di tutela del benessere individuale? Qui La Torre non è chiaro, perché se accetta l'idea

¹⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano, 1977.

2/2022

che ciascun soggetto autocertifica il suo benessere, allora non si capisce perché la comunità sia responsabile della sua cura.

Pensiamo a due casi: il consumo eccessivo di sostanze psicotrope dannose e il vaccino contro il covid. Nel primo caso sappiamo che il fumo fa male. Ma d'altronde chi fuma paga forti imposte che finiscono nell'erario statale. Quindi possiamo dire che chi fuma internalizza il costo del rischio, pagando un premio allo Stato che in cambio gli promette accesso alle cure. Ben diverso è però il caso del vaccino. Dobbiamo fare entrare qualcuno non vaccinato in terapia intensiva, o peggio qualcuno che ha falsificato il green pass? Se accettiamo il criterio del *first come first served* sì, ma molti potrebbero domandarsi se questo sia equo. La Torre sosterebbe che se vi è un diritto alla cura allora vi è un dovere di obbedire alle leggi e ai regolamenti che il servizio sanitario nazionale impone. E che questa è una questione di giustizia, è un elemento del fair play. E per questo accetta come moralmente lecito imporre il green pass o l'obbligo di vaccinazione. Ma è fair chiedere ai cittadini di correre rischi, minimi, di sviluppare malattie? Non potremmo pensare che sia più equo lasciare che i cittadini autocertifichino la loro volontà di non sottoporsi al vaccino e poi eventualmente di non accedere alle cure?

Se parlassimo di *fairness* sì, sarebbe possibile, ma se parliamo di dovere di cura di ciascun cittadino no, soprattutto poi se consideriamo sacra la sua vita (e di questo parleremo in seguito) e consideriamo i rischi di mutazione che ogni virus ha (più il virus circola, più muta, ma se muta allora maggiore è il rischio che sfugga ai vaccini). Il principio che il cittadino debba essere soggetto a dei limiti circa la propria autocertificazione sul proprio benessere riteniamo sia determinato non dalla distinzione semantica o procedurale tra giustizia e bene, ma dalla distinzione funzionale tra sfera pubblica e sfera privata. Se tuteliamo tramite il diritto il valore della cura, o il valore della sanità pubblica, alla fine non è il solo individuo a potere autocertificare cosa sia la "sua" salute. Le esigenze di benessere collettivo, la c.d. salute pubblica, impatta sulla disponibilità circa il nostro benessere individuale. Naturalmente se affermassimo che la salute pubblica non è una questione di giustizia, allora la sanità diventerebbe davvero una questione individuale, chi ha la possibilità si cura (gli altri negli istituti religiosi o alla mercè della pietà dei familiari), e quindi una forma di diritto che si acquista e al quale si può anche rinunciare. Ma se riteniamo che alla salute pubblica non possiamo rinunciare, allora non c'è un diritto individuale alla salute, ma un dovere

di tutela della salute pubblica. Il benessere collettivo primeggia sull'autonomia individuale a rifiutare certi trattamenti sanitari.

2.2. Cosa guadagniamo con lo specificazionismo?

Abbiamo visto come La Torre inserisce nella cassetta degli attrezzi del bioeticista la differenza tra regole e principi, depotenziando però tale distinzione classica della filosofia del diritto. Perché? Riteniamo che sia necessario citare un articolo di La Torre in cui si avverte del pericolo di rendere tutto "bilanciabile", come a suo giudizio fa Alexy, cioè di applicare i principi in modo da giustificare qualunque soluzione o di giustificare ex post il bilanciamento tramite argomentazioni ad hoc.

L'accusa è esposta in maniera seguente:

«A very important line of criticism concerns the idea that fundamental rights can be balanced against collective goods (meant as non-distributive entities).

The question here is that by so doing we are confronted with a strong re-introduction of consequentialist and utilitarian considerations in the assessment of rights. In particular, in a perspective of this kind no rights could resist an utilitarian reasoning. Rights will no longer be "trumps" (to use Dworkin's expression) against policies, and there will be no "absolute" rights whatever.

Torture would thus be eventually correctly justified (grundrechtlich). Such a conclusion might suffice – I believe – to make Alexy's theory unpalatable to any staunch liberal»¹⁵.

In BTP La Torre afferma, come abbiamo visto, che i principi non siano precetti di ottimizzazione, ma siano norme generalissime che poi si specificano nelle situazioni concrete. Ora, questa specificazione avviene

¹⁵ M. LA TORRE, *Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights*, in A.J. MENENDEZ, E.O. ERIKSEN, (eds.) *Arguing about fundamental rights*, Springer, Amsterdam, 2006, 62. La Torre riprende le critiche di Habermas a Alexy, alle quali lo stesso Alexy nello stesso libro aveva risposto. R. ALEXY, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, in *ivi*, 28). Altre critiche di La Torre a Alexy si trovano in M. LA TORRE, *Law between optimality and normativity*, di prossima pubblicazione in *Constitutional commentaries*. Su Alexy e la formula del bilanciamento rimandiamo a L. DI CARLO, *Profili critici della teoria dell'argomentazione giuridica di R. Alexy*, in M. LA TORRE, P. TINCANI, (a cura di) *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, Giappichelli, Torino, 2018, 111-134.

sempre nel rispetto di diritti assoluti? Lasciamo da parte il problema della tortura¹⁶, sul quale il professor La Torre ha scritto pagine ormai classiche, e soffermiamoci sulla possibilità che i pubblici poteri impongano un trattamento sanitario contro la volontà del destinatario. Se qualcosa nella nostra cultura sembra “assoluto” è il rispetto dell’integrità fisica, e per questo si ritiene che vi è un diritto ad essere informati e a rifiutare i trattamenti sanitari. Ma, così come ormai è noto, anche la Convenzione di Oviedo sancisce che per ragioni sanitarie possono essere imposti dei trattamenti tramite la legge. Nella recente sentenza *Vavricka* la Corte Edu ha stabilito che politiche di vaccinazione obbligatorie rientrano nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato membro, esattamente perché il valore di solidarietà riduce l’ambito di applicazione dell’art. 8¹⁷. Ora, per La Torre, che sicuramente sarà d’accordo con la ratio della decisione della Corte potremmo parlare di un caso di specificazionismo di successo. Ma possiamo evitare l’accusa di avere in realtà abbandonato il carattere “sacro” del corpo come limite di intervento pubblico, un diritto quindi assoluto? A nostro avviso è possibile, ma dovremmo chiarire in che senso un corpo sia “sacro” (e la sua tutela “assoluta”). A tal proposito La Torre potrebbe dire, ancora, che il nostro corpo non è un “assoluto”, ci sono casi tragici in cui ciascuno di noi deve assumere un rischio in virtù della tutela della sanità pubblica, un dovere cioè di “cura degli altri”. E allora si potrebbe replicare, non è la volontà individuale, l’autonomia a fare la differenza, ma il benessere collettivo, visto come sanità pubblica, a primeggiare, almeno in questi casi. E questo dovere della comunità di prendersi cura dei suoi elementi più deboli sembra altrettanto assoluto (e infatti come vedremo La Torre parla di “sacralità della vita”).

Eppure, una delle funzioni dei diritti assoluti è esattamente quella di essere dei limiti anche all’emergenza, e quindi all’emergenza sanitaria. E

¹⁶ Che la tortura è sempre illegale è fuori di dubbio. Ma è invece oggetto di discussione quali sanzioni possano essere comminate, per esempio, ad un privato, o quali conseguenze giuridiche possa avere non la tortura ma la minaccia di tortura nel caso in cui è in gioco la vita di un sequestrato, da questo punto di vista la discussione è aperta e quindi il carattere assoluto, o bilanciabile di per sé non è risolutivo circa la valutazione del singolo atto e il suo trattamento sanzionatorio. Vd. per esempio in ultimo M. ATIENZA, *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2022, 89 n9.

¹⁷ Sulla sentenza ci permettiamo di rimandare a F. BIONDO, *Obiezione di coscienza ai vaccini, solidarietà e margine di apprezzamento. A proposito della sentenza Vavříčka c. Repubblica ceca* (Nota a Corte eur. diritti dell’uomo 8 aprile 2021, *Vavříčka*), in *Foro Italiano*, 7-8/2021, 357-362.

allora si potrebbe pensare che il termine “assoluto” possa andare anche contro la proposta di La Torre, a meno che non si voglia riconoscere che:

1) Il dovere di cura a carico della comunità, e dei pubblici poteri, non è assoluto; chi non vuole vaccinarsi perché irrazionalmente non vuole correre rischi lo può fare (e poi però muore senza cure, altrimenti eserciterebbe il free riding);

2) Entrambi i diritti sono assoluti, ma bisogna arrivare ad una decisione in cui si riduca il rischio di epidemia, così come richiede la specificazione tra i diritti che, riteniamo La Torre accetterebbe, come l'imposizione di un obbligo vaccinale o il green pass.

La Torre a tal proposito, abbiamo visto, fa riferimento alla virtù del coraggio. E ritiene che la sua proposta bioetica sia “procedurale” e che il procedimento di specificazione sia un procedimento logico¹⁸. Ma ancora, se la specificazione è un procedimento logico, allora perché c'è bisogno di coraggio nel prendere una decisione? Basta, magari proceduralmente, dare inizio al procedimento *logico* della specificazione e si arriverà alla soluzione.

Ci sembra quindi che o ci sono diritti assoluti, e allora è sempre possibile una scelta tragica in cui non possiamo violare un diritto assoluto anche a costo di arrivare a conseguenze disastrose, oppure la specificazione del principio che evita tali conseguenze rende il principio non più assoluto, ma lo contempera con altre esigenze in quella particolare situazione di estremo pericolo. Ma non è questo il caso del bilanciamento? E per tale opera non c'è forse bisogno di coraggio? Per esempio di ammettere che le proprie idee sul bene e sul male, sul limite e sul valore devono fare i conti con una biologia implacabile e con soggetti irragionevoli ed egoisti. Soggetti che si rifiutano di correre anche il minimo rischio in certi casi, mentre ne corrono ben volentieri altri molto più alti¹⁹, e mascherano tale irrazionalità con la tutela di un diritto come

¹⁸ “Quando trattiamo casi specifici, invece di bilanciare, in presenza di regole molto generali (cioè di principi), noi utilizziamo lo strumento logico della *specificazione*” (87 in corsivo).

¹⁹ R. CESARI, *Nella testa dei no vax*, in <https://www.lavoce.info/archives/91575/nella-testa-dei-no-vax/> consultato il 20 luglio 2022. Sull'imposizione legittima di rischi vd. J. OBERDIEK, *Imposing Risk: A Normative Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

l'integrità personale o scomodano particolari interpretazioni del principio di precauzione²⁰.

2.3. Liberalismo, sacralità della vita e aborto

L'ultima questione aperta riguarda uno dei punti fermi del framework: la sacralità della vita. L'idea che ci siano dei valori sacri, non è nuova nella enorme produzione del professor La Torre. Nella introduzione alla traduzione castigliana del libro di H. Kelsen, *Religione secolare* (scritta insieme alla Prof.ssa Garcia Pascual), il professore si arrischia a considerare certi valori morali aventi una validità, una cogenza potremmo dire, trascendente le volontà e gli interessi individuali. In qualche modo dei valori analoghi a quelli propri dell'esperienza religiosa, e in questo segue l'ultimo Dworkin di *Religione senza dio*²¹.

Qui nel libro il professore però si addentra in un campo certamente minato. Parlare di bioetica significa parlare di aborto, e scomodare il

²⁰ Un esempio, a nostro avviso, di uso strategico di argomentazioni giuridiche può essere la criticatissima ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana 01272/2021. La corte "dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale: a) dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44/2021 (convertito in l. n. 76/2021), nella parte in cui prevede, da un lato l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall'altro lato, per effetto dell'inadempimento all'obbligo vaccinale, la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione, sotto il profilo che il numero di eventi avversi, la inadeguatezza della farmacovigilanza passiva e attiva, il mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel triage pre-vaccinale e comunque la mancanza nella fase di triage di approfonditi accertamenti e persino di test di positività/negatività al Covid [che] non consentono di ritenere soddisfatta, allo stadio attuale di sviluppo dei vaccini antiCovid e delle evidenze scientifiche, la condizione, posta dalla Corte costituzionale, di legittimità di un vaccino obbligatorio solo se, tra l'altro, si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili";

b) dell'art.1 della l. 217/2019, nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4, del d.l. n. 44/2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 della Costituzione". Il testo della Ordinanza si trova in <https://www.nuoveautonomie.it/ordinanza-sul-ricorso-numero-di-registro-generale-272-del-2021/>

²¹ M. LA TORRE, C. GARCÍA PASCUAL, *Prólogo: Hans Kelsen, Eric Voegelin y la legitimidad de la modernidad*, in H. KELSEN, *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como «nuevas religiones»*, Trotta, Madrid, 2015.

concetto di vita “sacra” implica prendere posizione su tale questione. A nostro avviso l’introduzione della categoria del sacro produce molti più problemi di quanto ne risolva. Ci sembra chiaro il fine dell’introduzione del termine nell’economia dell’argomentazione. La vita è sacra perché assume lo stesso valore in qualunque essere umano, basta che sia senziente e abbia la capacità di valutare tale sensazione (149). E tale sensazione avviene per gradi, possiamo avere sensazioni di dolore senza che una delle capacità «si possa manifestare più o meno compiutamente» (ivi). Quindi l’accesso alle terapie intensive deve sempre essere garantito, perché tali soggetti hanno ancora una vita sacra perché riescono a manifestarla, anche se sono vecchi. Ma questa manifestazione fa pensare che non sia la vita biologica ad essere sacra, ma una vita a certe condizioni qualificate da norme o valori oggettivi, e sappiamo che La Torre rifiuta il naturalismo etico²². Ma allora che cosa è sacro? La vita, o i valori che si accompagnano a una forma di vita compiutamente umana? E se tali valori sono oggetto di una gradazione, per cui si manifestano in diverso grado, allora la sacralità ne risente?

Si potrebbe replicare che questo non implica alcunché circa la legittimità dell’intervento giuridico. Il professor La Torre aggiunge infatti che l’intervento dello Stato è coercitivo e, come abbiamo visto, è regolato da criteri di proporzionalità. Ma allora, se il diritto è sempre regolato secondo una logica di proporzionalità dell’intervento, perché scomodare il carattere sacro della vita? Se la vita è sacra bisogna tutelarla con ogni mezzo, e però La Torre sarebbe in disaccordo (e noi con lui), in quanto non possiamo imporre con il mezzo del diritto una gravidanza. Ma non possiamo imporlo perché la vita è sacra? Sembra un controsenso. E ancora, nel caso in cui la gravidanza possa essere portata a compimento senza particolari problemi, magari con un servizio pubblico pagato dall’erario che la gestante rifiuta, allora il divieto di interruzione della gravidanza sarebbe legittimo?

Forse, azzardiamo una ipotesi, non è la sacralità della vita a fare la differenza circa la legittimità di legislazioni che permettono l’interruzione di gravidanza. Anzi la sacralità della vita può essere un argomento divisivo, che scatena i peggiori istinti di colpevolizzazione della donna, o un argomento ad hoc.

²² Ci si potrebbe domandare se il carattere sacro della vita rende moralmente inaccettabile il suicidio, anche in condizioni di estrema sofferenza psichica. Alla fine si potrebbe sostenere che il depresso non sia malato, ma semplicemente non abbia sviluppato la virtù del coraggio o non voglia riconoscere il carattere sacro, cioè indisponibile, della sua vita.

Forse è possibile una strada alternativa, che prende a prestito le notazioni di C. Sunstein sui *incomplete theorized agreement*²³ unitamente alle evidenze empiriche circa l'equità di trattamento e le applica all'esempio, citato anche da La Torre (70), presentato da J. J. Thomson del violinista. Accetteremmo di essere condannati a vivere per nove mesi collegati ad un essere (un violinista che delizia la società) dal quale vogliamo separarci? Questa circostanza non implica che siamo considerati un mezzo per un fine sociale? E questo perché un gruppo di persone che mai possono trovarsi in questa situazione ha deciso che dobbiamo farlo, persone che non pagano nessun costo per la loro decisione. È chiara la differenza tra le due argomentazioni, quella che difende La Torre, e la seconda. Nella prima si assume che la vita sia sacra, ma solo quella dei capaci di intendere e di volere (assumiamo che sia questa la posizione di La Torre), mentre nella seconda non si parla di sacralità, ma solo di equità: perché io donna fertile devo essere soggetta ad un costo, mentre i membri dell'altro sesso o le donne non più fertili no? La prima ci sembra essere affetta da un sospetto: quello di essere una soluzione ad hoc, che afferma la sacralità della vita solo di una categoria di soggetti, i soggetti capaci di intendere e di volere, lasciando ai margini soggetti vulnerabili e dipendenti. La seconda soluzione invece è un *incomplete theorized agreement*, in quanto non si discute su un valore superiore, la sacralità della vita della persona capace di intendere e volere, ma sulla distribuzione dei costi, un livello possiamo dire "intermedio" sul quale possiamo intenderci²⁴. E come dimostra empiricamente la applicazione del gioco dell'ultimatum²⁵, nelle nostre società di mercato, vi è una generale accettazione che certe offerte vengono rifiutate, esattamente perché il valore della propria persona spinge a rifiutare offerte "inique". Contrariamente a quanto la teoria

²³ C. SUNSTEIN, *Legal reasoning and political conflicts*, Oxford University Press, New York, 2000.

²⁴ Si potrebbe dire che La Torre offre, forse inconsapevolmente, una *grand theory* inserendo l'argomento della sacralità all'interno della sua dottrina bioetica liberale.

²⁵ Il gioco dell'ultimatum consiste nel dare ad un soggetto (a) una somma (ipotizziamo 100 dollari), questi deve offrirne una parte a un secondo soggetto (b). Se il soggetto rifiuta l'offerta nessuno guadagna nulla, se il soggetto accetta l'offerta allora la transazione si conclude. Secondo il modello di *homo oeconomicus*, il soggetto (b) accetterebbe qualunque offerta maggiore di 0 (quindi anche 1) e il soggetto (a) dovrebbe offrire una somma più possibile bassa (quindi possibilmente solo 99). Tuttavia, gli esperimenti di laboratorio ripetuti in diverse località hanno mostrato che nei fatti la offerta tendeva a limitarsi entro una differenza tra il 40 e il 60%. Sul gioco dell'ultimatum c'è una enorme letteratura, rinviamo solo in ultimo a M. DI CARO, L. MARRAZZA, *Mente e Morale*, Luiss University press, Roma, 2016; O. DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale*, Mulino, Bologna, 2022.

dell'*homo oeconomicus* assume, nel caso in cui ci venga offerta una somma che si allontana sostanzialmente dalla metà, i soggetti intervistati preferiscono castigare l'interlocutore e non accettare l'offerta, piuttosto che accettare una somma piccola ed essere umiliati. Forse una dottrina "umile" della bioetica dovrebbe limitarsi a denunciare la iniquità di una legislazione che vieti l'aborto o che lo renda estremamente oneroso, piuttosto che mettere in campo argomenti liberali che inseriscono anche il tema della "sacralità della vita", se si tratta della sacralità solo di alcuni soggetti moralmente rilevanti. Si tratta di argomenti che poi rischiano di indebolire la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata o tra questioni di giustizia e questioni del bene.