

iustitia



2/20

Anno LXXIII
aprile - giugno 2020

NUOVA SERIE

S O M M A R I O

Editoriali

L'esempio di Giorgio La Pira in tempi così fragili.....1

Cesare Borgia

Sentenze algoritmiche e principi del diritto. Per un rinnovamento nella continuità.....3

Andrea Giordano

Focus

Secolarismo e diritto penale. La deriva del diritto penale nell'età post-secolare.....8

Vincenzo Vitale

Ragionare col secolo senza adularlo. La lezione di Antonio Rosmini30

Mario Cioffi

Saggi

Salute umana, consenso e tutela della dignità: riflessioni sul fine vita fra diritto e religione52

Mauro Fortunato Magnelli

Brevi considerazioni a margine della Sentenza n. 242/2019. La “*Leale collaborazione istituzionale tra i poteri*” ha ultimato la sua parabola.....76

Maria Elena Ruggiano

Recensioni

Giorgio Feliciani, Papato, episcopati e società civili – Nuove pagine di diritto canonico ed ecclesiastico, a cura di Michele Madonna, Venezia, Marcianum Press 202084

Roberto Carlo Delconte

Dimensioni del diritto, a cura di Alberto Andronico, Tommaso Greco e Fabio Macioce, Giappichelli 2019.....86

Matteo Pompei

Editoriali

L'esempio di Giorgio La Pira in tempi così fragili

Di Cesare Borgia

In un'epoca di appiattimento degli ideali, tristemente connotata da quotidiano qualunque e individualismo nonché da pensiero debole, l'esempio di Giorgio La Pira può, ad avviso di chi scrive, essere “un faro nella notte”.

La Pira, politico e accademico italiano che – stando alle parole pronunciate da Papa Paolo VI all'udienza generale del 3 novembre 1976 – ha compiuto tanto bene rimanendo fedele sempre alla ricchezza dell'ispirazione cristiana.

Giorgio La Pira portava regolarmente a Roma i giovani legati ai Villaggi della Gioventù ai quali dedicava il suo impegno formativo alla luce dell'insegnamento e della storia della Chiesa, perché la sua *in primis* era una vita interamente dedicata allo studio e alla preghiera.

Una carriera brillante lo portò a diventare docente di Diritto Romano all'Università di Firenze e deputato all'Assemblea Costituente nella lista della Democrazia Cristiana, tra i maggiori artefici dell'impostazione e stesura della Costituzione della Repubblica Italiana. In particolare svolge un'opera apprezzata nella redazione dei Principi Fondamentali. L'attuale Articolo 2 della Costituzione viene modellato attorno alla sua proposta iniziale.

Articolo 2 della Costituzione Italiana che recita: « La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale ».

Fu anche tre volte sindaco di Firenze.

Tutto questo sempre unendo: studio e preghiera, amore per la giustizia, la solidarietà, la pace e il dialogo, la promozione della dignità umana e della civiltà cristiana.

Il suo motto in politica era: “ *Vedere, discernere e agire* ”.

Per lui politica e bene comune erano inscindibili: era richiesto l’impegno di tutti ma impegno esigente.

Per La Pira i giovani devono essere ferrati e formati, non c’è spazio per il dilettantismo.

Giorgio La Pira era soprattutto un uomo di fede, al servizio del mondo. Fondamentale è il suo impegno per la pace: la sua teoria è che la guerra deve lasciare il posto alla diplomazia internazionale. In piena *escalation* nucleare, invitato a parlare in giro per il mondo, sostiene che gli Stati non devono costruire missili, ma astronavi; finanziare progetti di sviluppo per eliminare la povertà, e non piani militari. A Firenze organizza i “Convegni internazionali sulla pace”, e poi i “Colloqui mediterranei” per mettere in dialogo cristiani, ebrei e musulmani.

La pace tra Francia e Algeria nasce nei corridoi di Palazzo Vecchio a Firenze.

Nel 1959, a Mosca, davanti al Soviet Supremo parla di pace nel nome di Gesù.

Nel 1965, nell’ennesimo viaggio impossibile, stavolta in Vietnam, è l’unico uomo politico che Ho Chi Minh accetta di incontrare, in un disperato tentativo di mediazione con gli Stati Uniti, destinato a fallire.

Tra le tante definizioni che sono state attribuite a La Pira, una del presidente della Fondazione La Pira, Mario Primicerio, è particolarmente significativa ed è: “*il commesso viaggiatore della speranza*” , perché ovunque andasse nel mondo portava la speranza, la “*speranza che i cristiani interpretano come una realtà, cioè che il piano della provvidenza va verso la luce e mai verso le tenebre*”.

Papa Francesco lo ha ricordato incontrando duecento tra membri della Fondazione Giorgio La Pira e partecipanti al quinto convegno nazionale delle associazioni e dei gruppi intitolati all’uomo politico e che il Pontefice ha dichiarato venerabile.

In quella occasione il Papa esordisce auspicando che l’incontro, dal titolo “ *Spes contra Spem*” , sperare contro ogni speranza, parole di San Paolo che La Pira trasformò in un motto, possa contribuire a far crescere in Italia “*l’impegno per lo sviluppo integrale delle persone*” .

Sentenze algoritmiche e principi del diritto. Per un rinnovamento nella continuità

Di Andrea Giordano

1. Algoritmi e processo. Istanze di rinnovamento. 2. Istanze di continuità. 3. Per un rinnovamento nella continuità.

1. L'esigenza di conoscere i corollari delle condotte è connaturale all'uomo; e la certezza delle regole è tacita condizione della loro accettabilità¹.

Che una giustizia 'certa' sia una giustizia 'giusta' è il rilievo sotteso al recente, e crescente, impiego delle tecniche di giustizia predittiva, che consentono di prevedere la sentenza 'probabile' attraverso il medio di algoritmi².

Se lo scopo è, dunque, la predizione degli esiti delle controversie, e la *ratio* la certezza delle decisioni e lo stesso affidamento, la fede laica degli utenti del sistema 'giustizia', i mezzi sono gli algoritmi, operazioni logiche che, a partire da dati in ingresso, forniscono dati in uscita attraverso una sequenza finita di passaggi³.

¹ ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006. Per la giurisprudenza, v., ad es., Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858: "Il riconoscimento dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge - oggi scolpito nell'art. 3 Cost. - è uno dei principi fondamentali di un sistema democratico e traduce l'esigenza primaria di assicurare parità di trattamento ai cittadini in situazioni eguali. Tale obiettivo può raggiungersi unicamente in presenza di un diritto connotato da un sufficiente grado di certezza e richiede da un lato che le norme giuridiche siano scritte in modo inequivoco e dall'altro che le stesse siano interpretate in modo uniforme e senza oscillazioni".

² Per riferimenti bibliografici: CARLEO A. (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; EAD. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017; GIORDANO, *Giustizia predittiva e overruling*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2019; FERRAGINA - LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017; O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017; VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2017; CORMEN - LEISERSON - RIVEST - STEIN, *Introduction to Algorithms*, Cambridge, 2010.

³ CORMEN - LEISERSON - RIVEST - STEIN, *Introduction to Algorithms*, Cambridge, 2010; FERRAGINA - LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, 10, secondo cui "un Algoritmo soddisfa le seguenti proprietà: (1) è utilizzabile su diversi input generando i corrispondenti output; (2) ogni passo ammette un'interpretazione univoca ed è eseguibile in un tempo finito; (3) la sua esecuzione si ferma qualunque sia l'input".

Che gli algoritmi possano essere applicati all'ambito del processo, contrapponendo la matematica razionalità al soggettivismo della decisione⁴, lo dimostrano i recenti esempi europei, tra cui emerge la piattaforma francese "*Predictice.com*", che consente la determinazione dell'esito della lite in forza delle tecniche del *machine learning*, e finanche interni (si pensi alla sezione "*Giurisprudenza Predittiva*" sul sito della Corte di Appello di Venezia o il progetto "*Prevedibilità delle decisioni*" avviato dalla Corte di Appello di Bari).

Lo dimostrano, del resto, insieme alle – esplicite od implicite – applicazioni di modelli matematici da parte della giurisprudenza⁵, le affinità ontologiche tra algoritmi e processo, sequenze logiche tese all'approdo a risultati in forza di passaggi obbligati e inestricabilmente connessi.

2. In antitesi rispetto alla predizione delle liti in forza di sequenze algoritmiche sembrano, tuttavia, porsi gli stessi canoni che presiedono al corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

Se è, infatti, vero che la prevedibilità è un valore, radicato nello stesso ordinamento positivo⁶, indisponibile è il principio di indipendenza interna ed esterna della funzione giudiziaria, di cui all'art. 101, c. 2, Cost.⁷.

Insieme all'indipendenza, rileva il trasparente esercizio della funzione giurisdizionale, garantito dalla controllabilità *in facto* e *in iure* dei suoi prodotti, attraverso lo specchio della motivazione e gli strumenti di censura delle decisioni.

Eppure, ad onta del formale schermo di neutralità che lo caratterizza, l'algoritmo sottende scelte e assunzioni contingenti, che presiedono alla raccolta e selezione dei dati alla base della sequenza. A seconda dei dati che si immettono, muta il risultato; e la sistematizzazione dei dati può dare luogo a deviazioni da quel principio di uguaglianza che alimenta la certezza⁸ (cosa avvenuta in relazione al *software* inglese *Hart*, le cui decisioni venivano assunte attribuendo un particolare peso specifico al

⁴ IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 8.

⁵ V., ad es., Cons. St., sez. III, 22 giugno 2017, n. 3333 sul criterio probabilistico delle interdittive antimafia o Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2018, n. 6862 sulle valutazioni probabilistiche funzionali all'affermazione della responsabilità del professionista.

⁶ V. l'art. 65 r.d. n. 12/1941, nonché gli artt. 374 c.p.c. e 99, c. 3, c.p.a.. In argomento: CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 119-122.

⁷ CARRATTA, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1105.

⁸ O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017.

codice di avviamento postale dei condannati, con l'effetto di discriminare gli abitanti in zone degradate).

Ai rischi di discriminazione si aggiungono quelli, pure connaturali agli algoritmi, di 'oscurità' e non controllabilità.

L'intelligenza artificiale può finanche superare quella umana di cui è figlia, tanto che finanche il programmatore può avere difficoltà a ripercorrere l'*iter* seguito dalla macchina⁹.

3. Le infinite potenzialità degli algoritmi, che promuovono l'efficienza del sistema 'giustizia' e – più latamente – della macchina amministrativa, si scontrano con le difficoltà connesse alle possibili derive delle intelligenze artificiali.

A un punto di sintesi è approdata la giurisprudenza amministrativa, che, con riferimento ai procedimenti amministrativi, ha fissato alcuni paletti invalicabili.

Pur premettendo che “*non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti*”¹⁰ e che, non solo l'esclusione dell'intervento del funzionario persona fisica rispetta i principi dell'attività amministrativa, ma serve anche a rafforzarne l'imparzialità¹¹, il Consiglio di Stato ha sottolineato che le procedure robotizzate, da una parte, non possano comportare elusioni del dettato positivo e, dall'altra, non possano mai sostituirsi all'attività cognitiva e di giudizio¹².

Perché ciò sia possibile, l'algoritmo deve essere, anzitutto, conoscibile *ex ante* in tutti i suoi aspetti, da chiunque ne abbia interesse, oltre a dover essere suscettibile *ex post* di un sindacato giurisdizionale pieno¹³.

⁹ PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-MA, 2015.

¹⁰ Cons. St., sez, VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

¹¹ Cons. St., sez, VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

¹² Cons. St., sez, VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

¹³ Cons. St., sez, VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

Come, poi, il medesimo Consiglio di Stato ha precisato in una ulteriore, recente, sentenza¹⁴, tre principi devono sempre essere massimamente garantiti: il principio di conoscibilità, destinato a coniugarsi con quello di comprensibilità, *“per cui ognuno ha diritto a conoscere l’esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata”*¹⁵; il principio di non esclusività della decisione algoritmica, che impone che, nel processo decisionale, esista sempre un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica; il principio di non discriminazione algoritmica (*“secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell’interessato e che impedisca tra l’altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche”*¹⁶).

L’orizzonte può essere esteso al processo, che, con il procedimento, condivide struttura e funzione¹⁷.

Come la decisione pubblica robotizzata, così la sentenza algoritmica si deve basare su modelli matematici rigorosamente conoscibili e comprensibili (si pensi all’impiego – avallato da recente dottrina¹⁸ – dei criteri di interpretazione della legge di cui all’art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale), controllabili in forza della motivazione e sindacabili con i mezzi di impugnazione.

L’effettività dei controlli impone la non esclusività del sistema algoritmico, non solo in primo grado – ove gli algoritmi non possono comunque obliterare valutazioni di opportunità, equità o bilanciamento di contrapposti interessi che postulano un giudice persona fisica –, ma anche e soprattutto nei gradi successivi, non potendosi prospettare Corti di appello o giudici di legittimità robotizzati.

¹⁴ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

¹⁵ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

¹⁷ FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 110 ss.; ID., voce *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1075 ss..

¹⁸ VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2017.

Il canone di indipendenza deve essere, poi, preservato, sia in forza della richiamata non esclusività del sistema algoritmico, sia della idoneità dello stesso a garantire esiti compatibili con il principio di uguaglianza; ciò in forza di una selezione dei dati a monte il più possibile improntata a criteri oggettivi, vagliabili in forza della parte motiva delle pronunce e sindacabili in sede di impugnazione.

Se l'algoritmo aspira a sostituire il giudicante, deve essere, tanto quanto quest'ultimo, indipendente o neutrale e deve, tanto quanto quest'ultimo, erogare *output* 'controllabili'.

Terzietà, imparzialità ed indipendenza non necessariamente escludono la robotizzazione; 'giusto' processo e sequenze algoritmiche non appartengono ad universi incompatibili. Processo e robotica sono, invero, conciliabili ove i modelli impiegati siano conoscibili, comprensibili e, per l'effetto, 'controllabili'. Perché il processo, come il diritto, non è mai mera tecnica; bensì, tecnica di umanizzazione della tecnica¹⁹. È tecnica esercitata nell'interesse di uomini che, in quanto tali, sentono il bisogno, anzi hanno il diritto, di essere giudicati dai propri simili.

¹⁹ SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, 61 e 143; DE BERTOLIS, *Elementi di antropologia giuridica*, Napoli, 2010, 59.

Focus

Secolarismo e diritto penale. La deriva del diritto penale nell'età post-secolare

Di Vincenzo Vitale

1. Prima di sviluppare il tema che mi è stato assegnato sul diritto penale nell'età secolare, appare necessario muovere da alcune premesse prodromiche allo scopo di delineare in modo rapido la cornice culturale e teoretica all'interno della quale inscrivere ed interpretare le proposte di lettura che avizzerò.

Chiedendo perciò venia per queste necessarie messe a punto preliminari, ne assicuro la rapidità.

2. Si dice età "secolare", ma forse dovrebbe dirsi, con maggior correttezza dovuta all'adesione al dato storico e sociologico, età "post-secolare".

Infatti, è frutto di un'osservazione anche sommaria notare come ormai da diversi anni la temperie culturale sembri aver definitivamente superato i confini all'interno dei quali tradizionalmente veniva individuato il processo di secolarizzazione nelle più accreditate lezioni sul tema.

Quella tradizione non poteva ignorare come, pur mancando alla lingua latina un termine aggettivale come quello normalmente oggi adoperato – appunto, *secolare* – essa ben conosceva e utilizzava invece il correlato sostantivo, *secolo* – ancorché nel senso generico e tuttavia pregnante di tempo della storia, di contesto specifico legato a circostanze date e come tali identificabili e circoscritte - almeno a partire da Cicerone, il quale, nelle *Filippiche*, formulate contro Marco Antonio, si preoccupa di chiarire, con un'immagine non priva di risonanze poetiche, che Servio Sulpicio disprezzava "l'insolenza del tempo" (*saeculi insolentiam*)²⁰.

E tuttavia appare chiaro come in questa sede non sia per nulla possibile soffermarsi ad esaminare le varie teorizzazioni che nel corso degli ultimi secoli – quelli successivi alla pace di Vestfalia del 1648, la quale, come è noto, inaugurò la valenza semanticamente giuridica della secolarizzazione – hanno pensato in vario modo il fenomeno qui considerato.

²⁰ "Mirifice enim Servius maiorum continentiam diligebat, huius saeculi insolentiam vituperabat", IX, 13.

Mi limito perciò a ricordare come probabilmente sia a partire da Kant che la secolarizzazione ha assunto la sua fisionomia teorica poi tramandata nel pensiero dei secoli successivi.

Intendo alludere qui non tanto e non solo al notissimo scritto che si pone lo scopo di rispondere alla domanda circa la reale consistenza dell'illuminismo, ove il filosofo di Königsberg annota parole ormai celebri: “ Ho posto il punto principale dell'illuminismo, l'illuminismo dell'uscita dell'uomo dalla minorità di cui ha colpa egli stesso, soprattutto in *cose di religione...*”²¹.

Ma a far comprendere fino in fondo come il principio della secolarizzazione vada individuato nel superamento della fede storicamente intesa – propria della religione rivelata – a favore della fede basata soltanto sulla ragione, è un altro testo di Kant, parimenti celebre : “ ...la fede storica (basata sulla rivelazione, come esperienza), ha validità particolare, cioè solo per coloro ai quali è giunta la storia su cui essa si appoggia;...La fede storica allora può bastare, sì, per la fede di chiesa (di cui si possono avere molte forme); ma solo la fede religiosa pura, interamente fondata sulla ragione, può essere riconosciuta come necessaria e, per conseguenza, come la sola che caratterizzi la chiesa *vera*”²².

Come si vede, Kant ci permette di affermare che la secolarizzazione consiste nella liberazione della ragione umana dall'ipoteca della religione storicamente determinata e perciò nella fondazione della fede universale di quella che il filosofo chiama la *vera* chiesa, cioè l'umanità nel suo complesso.

Questo, dunque, lo statuto che potrei definire *benefico* della secolarizzazione, utilizzando uno schema concettuale di Hermann Lubbe²³ , in quanto essa conferisce valore al mondo in quanto tale, proprio perché è in linea di principio *profano*, vale a dire *fuori dal recinto sacro del tempio*, secondo l'etimo del termine: fuori sì, ma comunque davanti allo stesso.

Se il principio della secolarizzazione – sia pure declinato in varie forme e concettualizzazioni – assegna infatti al mondo un valore intrinseco, non per questo costruisce fra sacro e profano un muro invalicabile, ma, al contrario, propizia la necessità di un continuo e salutare confronto.

La riprova di quanto affermato si ha proprio sul versante religioso, che qui intendo brevemente richiamare esclusivamente per il pregnante significato filosofico che possiede, ben al di qua di quello strettamente teologico.

²¹ *Risposta alla domanda: cos'è l'illuminismo*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di Filippo Gonnelli, Bari-Roma, Laterza, 1995, pag. 50. Come è noto, Kant intendeva rispondere alla domanda posta dal pastore Johann Friederich Zollner e che aveva suscitato un ampio dibattito all'interno della stessa corrente di pensiero illuministico.

²² *La religione nei limiti della sola ragione*, Bari- Roma, Laterza, 2004, pagg. 124-125.

²³ Cfr. *La secolarizzazione. Storia e analisi di un concetto*, tr. It. Il Mulino, Bologna, 1970.

Da un lato, è quasi obbligatorio citare il notissimo passo evangelico “Rendete a Cesare ciò che è di Cesare e a Dio ciò che è di Dio”²⁴. Ma amo molto ricordare anche un altro passo, forse meno conosciuto, di sicuro meno frequentato e certo molto significativo da questo punto di vista, in cui Gesù, per arginare il tentativo di irretirlo in questioni giuridiche puramente mondane, lapidariamente risponde : “ E perché non giudicate da voi stessi ciò che è giusto ? “²⁵

In questi casi, e in diversi altri che qui ovviamente si omettono, è addirittura la seconda persona della Trinità a raccomandare con particolare perentorietà e forza che i problemi del mondo vanno risolti attraverso gli strumenti messi a disposizione dell’uomo dal mondo medesimo.

Insomma, filosoficamente, è l’elemento divino per definizione che valorizza quello mondano come dotato di un suo senso specifico che all’uomo spetta individuare e interpretare in tutto il compendio delle sue implicazioni.

Da questo punto di vista, il momento senza dubbio più alto in cui pare dispiegarsi il principio della secolarizzazione così intesa – cioè quale imprescindibile dialettica sacro/profano - è quello della *incarnazione del Logos*, ancora una volta considerata in chiave strettamente filosofica: e ciò fonda, detto per inciso, il cristianesimo come fatto storico e non come mera espressione di carattere spirituale.

Due aspetti complementari credo vadano qui evidenziati.

Per un verso, va infatti notato che se il mondo in quanto tale non fosse da prendere *sul serio*, perché dotato di un valore intrinseco che si tratta di cogliere e far fruttare, l’*incarnazione* non avrebbe senso alcuno, in quanto sarebbe stata destinata ad incidere su una realtà alla quale soltanto essa medesima avrebbe potuto attribuire un ruolo.

In un mondo del tutto *insensato*, l’*incarnazione* si sarebbe limitata a sovrapporre a quel mondo il proprio *sensu totalizzante*: il mondo ne sarebbe rimasto oscurato, perfino paralizzato, perché la incommensurabile libertà divina avrebbe come schiacciato quella umana.

Per altro verso, va rilevato che ad incarnarsi è il *Logos* (si pensi all’*incipit* del Vangelo di Giovanni) e non un’altra persona fra quelle divine. Non credo sia un caso se l’inserzione del divino nell’umano sia opera di quella *dimensione discorsiva* che di questo è una sorta di cifra costitutiva. Come dire, insomma, che l’*incarnazione*, sollecitando, fra l’altro, l’attivazione di quella capacità razionale propriamente umana, destinata ad essere utilizzata per comprendere ed interpretare il mondo, col mondo entra in una sintonia tanto misteriosa quanto efficiente²⁶.

²⁴ Matteo, 22, 15-22.

²⁵ Luca, 12, 54-59.

²⁶ Come scrive P. Martinelli, *Dio nel cuore del cristiano: il mistero di una presenza che cresce*, in “Communio”, 2003, n. 187, “ L’incarnazione”, pag. 19: “ L’annuncio ebraico-cristiano di un Dio che vuole prendere dimora presso gli uomini, senza che l’uomo cessi di essere creatura finita e senza che Dio venga “irretito” nel processo del mondo, è il messaggio più sconvolgente udito nella storia dell’umanità”. Cfr. anche G. O’Collins, *L’incarnazione*, trad. it. , Brescia, Queriniana, 2004.

Illuminanti, in proposito, le parole di Ratzinger : “ E’ un evento immane quello per cui Dio si fa davvero uomo. Quello per cui Dio non veste i panni di un uomo, non recita solo un ruolo per un certo periodo della storia umana ma si fa davvero tale – e crea, con le sue braccia divaricate inchiodate alla croce, uno spazio aperto in cui noi possiamo entrare”²⁷.

Teologicamente, è infatti la *chenosis* a permettere e garantire la secolarizzazione: “l’incarnazione costituisce il modello supremo di qualsiasi secolarizzazione”²⁸.

La conclusione di questo discorso preliminare è dunque abbastanza chiara: la secolarizzazione, lungi dal porsi, da un lato, come ostacolo effettivo e fastidioso nei confronti di una visione religiosa del mondo o, dall’altro, dal depauperare l’uomo delle sue capacità razionali, costituisce un nuovo ed impensabile “spazio aperto”, un fecondo elemento di confronto costitutivo del cristianesimo e che sollecita e propizia - del mondo umano - la valorizzazione e la messa in opera delle sue migliori e più efficienti capacità (razionali, fabbrili, sociali) : nell’ambito della secolarizzazione, il mondo ha *sensu*, ma anche il sacro ha *sensu*. Debbono dialettizzarsi.

3. Detto questo, bisogna però aggiungere che non si può dimenticare o sottovalutare la lezione di Friedrich Gogarten²⁹ e di tutti coloro che, con lui e dopo di lui, hanno sottolineato come – storicamente – la secolarizzazione, quale fenomeno culturale, sia degenerata nella sua sterile controfigura, il *secolarismo*.

Qui basti ricordare – per intenderne la portata storica e filosofica – le sagaci considerazioni svolte in modo assai efficace da due eminenti studiosi che sono stati – non a caso – a lungo e con grande prestigio Presidenti della nostra Unione: Francesco D’Agostino e Giuseppe Dalla Torre.

Il primo rileva come il secolarismo sia costituito dalla “pretesa di costruire una filosofia *intenzionalmente* indifferente alla dimensione del religioso (quindi dominata dal principio: *etsi Deus non daretur*)”³⁰.

²⁷ J. Ratzinger, *Dio e il mondo. Essere cristiani nel nuovo millennio*, In colloquio con Peter Seewald, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2001, pag. 197.

²⁸ Così B. Mondin, *L’eresia del nostro secolo*, Torino, Borla, 1971, pag. 31.

²⁹ Di cui cfr. *Destino e speranza dell’epoca moderna: la secolarizzazione come problema teologico*, tr. It., Brescia, Morcelliana, 1972.

³⁰ *Ius quia iustum. Lezioni di filosofia del diritto e della religione*, Torino, Giappichelli, 2012, pag. 1.

Il secondo aggiunge che “se il diritto di libertà religiosa è (...) prodotto della secolarizzazione, la sua eclisse è frutto del secolarismo”³¹.

Come dire insomma che mentre nell’ambito della *secolarizzazione* il mondo è dotato di un *sensu* oggettivo che l’uomo è chiamato a scoprire ed interpretare – ma sempre all’interno della dialettica con il *sensu* del sacro – invece nell’ambito del *secolarismo*, ogni riferimento al sacro scompare senza residui.

Nell’ottica del *secolarismo*, il mondo ha un *sensu* e non c’è altro *sensu* se non quello del mondo: ciò che è fuori del mondo è per definizione *insensato*.

Inoltre, come era fatale accadesse, lo spazio lasciato vuoto dal sacro – espulso in modo radicale – è stato presto occupato, per una sorta di *horror vacui* di taglio culturale, da diverse mitologie che si costituiscono in forma parareligiosa.

A notarlo è stato, fra gli altri, in modo molto persuasivo, George Steiner, il quale ha individuato almeno tre forme di *mitologia sostitutiva* della religione che il *secolarismo* ha propiziato: il marxismo, la psicoanalisi, l’antropologia culturale³².

Esse costituiscono, per Steiner, tre forme di religione laica che, prendendo il posto del cristianesimo e dimostrando “l’inadeguatezza dell’illuminismo e della ragione laica”³³, hanno proposto – quasi scimmiettandolo - culti, riti, fedi, aspetti tutti sui quali evito accuratamente di soffermarmi.

Tuttavia, oggi mi pare si possa affermare con una buona dose di credibilità come già da alcuni anni il clima culturale sia in buona parte mutato, aprendo la strada ad una fase storica nuova e diversa, che appunto può forse essere definita *post-secolare*³⁴.

Non si tratta qui di dar seguito ad una sorta di moda lessical-concettuale, quella che individua nel *post-qualcosa* (*post-moderno, post-illuminista, post-metafisico, ecc.*) i tratti caratteristici di un nuovo segmento storico e culturale al quale assegnare i contorni opportunamente deformati di quello che lo abbia preceduto.

³¹ *Libertà religiosa e secolarismo*, in AA. VV. , *Diritto e secolarizzazione. Studi in onore di Francesco D’Agostino*, Torino, Giappichelli, pag. 261.

³² *La nostalgia dell’assoluto*, trad. it. , Milano, Anabasi, 1995.

³³ Op. cit., pag. 66.

³⁴ Invece, secondo J. Casanova, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2000, sarebbe in atto una “deprivatizzazione” della religione, la quale a partire dagli anni ottanta avrebbe riconquistato notevoli spazi nella sfera pubblica. Secondo il sociologo americano, lo attesterebbero quattro fenomeni assai significativi: la rivoluzione islamica in Iran, il movimento di *Solidarnosc* in Polonia, il ruolo del cattolicesimo nella rivoluzione sandinista, il prepotente risveglio del fondamentalismo protestante negli Stati Uniti. Non pare tuttavia che, dopo due decenni, possa dirsi che le cose siano andate esattamente così.

Si tratta invece di prendere atto di come in effetti sia possibile ravvisare, se non una frattura, quanto meno una linea di discontinuità con il modello della precedente fase storica – *il secolarismo* - da un punto di vista fondamentale.

Infatti, mentre il *secolarismo* – per restare fedeli alla lettura di Steiner – esibiva comunque un surrogato dell'istanza religiosa, coagulandolo intorno ad un elemento unitario ed immediatamente riconoscibile – rispettivamente, l'*ideologia* (il marxismo), la *psiche* (la psicoanalisi), la *cultura* (l'antropologia culturale) – invece *l'età post-secolare*³⁵ si mostra priva di qualunque elemento unificatore, acefala, policentrica, priva di qualunque *sensu* unitario e perciò levatrice di forme di potere tanto inafferrabile quanto pericoloso.

Non si tratta di una differenza di poco conto o da sottovalutare.

Si pensi per esempio alla tecnologia e alle pervasive e tentacolari colonizzazioni da essa e tramite essa poste in opera. Dalle articolazioni biologiche della ricerca, alla mutazione genetica, alle utilizzazioni informatiche a quelle militari, è tutto un ventaglio tendenzialmente infinito che conduce, attraverso adeguati condizionamenti della sfera politica, alla *tecnocrazia*.

Oppure si pensi all'ecologia, che esibendo oggi i suoi celebranti, i suoi riti, i suoi interdetti, insomma un vero armamentario sociale post-religioso, conduce al completo predominio dell'ambiente, fideisticamente inteso, sulle istanze proprie dell'uomo: l'uomo per l'ambiente e non l'ambiente per l'uomo, in virtù di una compiuta e temibile *ecocrazia*.

O, ancora, al globalismo economico di stampo neoliberista che, negando ogni differenza sociale o semplicemente personale, investe selvaggiamente il mondo umano, asservendolo al dominio assoluto di impenetrabili fondi di investimento e di accumulo capitalistico, anonimi ed irraggiungibili, che conducono ad una autentica e mondialista *plutocrazia*.

Sono tutte espressioni anonime e ambivalenti, per mezzo delle quali la tecnica, l'ambiente, il denaro, in modo spesso antitetico e, appunto, policentrico giungono a forme di dominio planetario difficilmente controllabili.

Ecco dunque lo specifico dell'*età post-secolare*: non più l'espulsione del sacro, surrogato da mitologie sostitutive – come il *secolarismo* ancora permetteva – bensì la sua definitiva soppressione senza alcuna surrogazione.

Il sacro – per usare una terminologia calcistica – sia pure espulso, non si trova più a bordo campo, in attesa di rientrare in gioco dopo esser stato surrogato. Qui è stato del tutto soppresso e non è sostituito da nulla. Oggi a prevalere è soltanto il dominio, il puro potere dell'uomo sull'uomo.

³⁵ Il tema viene illustrato, con numerosi ed argomentati riferimenti alle riflessioni di pensatori quali Cox, Weber, Habermas, Lowith, Blumenberg, Lubbe, Taylor, i quali tutti lo hanno pensato da prospettive diverse e complementari, da P. Costa, *La città post-secolare. Il nuovo dibattito sulla secolarizzazione*, Brescia, Queriniana, 2019.

Tragicamente – e in modo simmetrico alla scomparsa del sacro – il *sensu* del mondo svanisce, evapora.

4. Si giunge così finalmente al diritto penale, il quale non può che risentire pesantemente – come altre numerose forme culturali - del contesto contemporaneo *post-secolare* in cui viene chiamato ad operare.

Ci si dimentichi in proposito quello che tutti o quasi abbiamo studiato sui libri dei giuristi che oggi definiamo classici: per citarne solo alcuni, Carnelutti, Carrara, ma neppure Antolisei o Mantovani e, oso aggiungere, neanche Coppi o Ronco. Si ripongano pure nel cassetto i principi generali della scienza del diritto penale come consacrati dalla dottrina o da decenni di accurata giurisprudenza della Corte Costituzionale o della Corte di Cassazione.

Da molti e fondamentali versanti il diritto penale appare oggi gravemente deformato nei suoi stessi principi costitutivi, al punto da renderlo quasi irriconoscibile.

Non intendo certo indulgere al catastrofismo penalistico, in forza del quale la condizione del diritto penale – come lo abbiamo conosciuto e frequentato fino ad oggi – sarebbe divenuta impossibile ³⁶ ; neppure intendo seguire il percorso, peraltro suggestivo e recentemente delineato, sulle tracce del simbolismo penale ³⁷, che ne mette in luce una serie di funzioni oggi assunte – pedagogica, morale, socializzante ecc. – estranee al suo autentico statuto.

Mi limito invece ad alcune osservazioni critiche che purtroppo sono destinate ad evidenziare come, in coerenza all'ecclissi del *sensu* propria dell'età *post-secolare*, il diritto penale di oggi presenti diversi tratti *insensati*.

Vediamone alcuni.

A) Il primo aspetto che pongo all'attenzione riguarda una vicenda molto nota e risalente almeno di alcuni decenni: alludo alla legislazione che, allo scopo di promuovere un efficiente funzionalismo investigativo e repressivo, prevede benefici di vario genere per i criminali che, fornendo utili informazioni agli inquirenti, vadano a rivestire il ruolo di collaboratori di giustizia.

Qui, il prezzo che il diritto penale deve pagare, per piegarsi a divenire docile strumento nelle mani di un legislatore poco avvezzo a pensarne fino in fondo la consistenza ontologica, è duplice e alto in entrambi i casi.

Da un lato, infatti, il diritto penale viene a disporre, in modo diretto, della *colpa* del collaboratore e, indirettamente, della sua *libertà*, facendo di entrambe le dimensioni un elemento di un calcolo mirato fra costi e benefici sociali nell'ottica di un inedito mercantilismo giuridico.

³⁶ *Unmöglich*, viene infatti definito il diritto penale da *Institut für Kriminalwissenschaften*, AA.VV., Frankfurt a. M., *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Mein, Berlin, Paris, New York, Wien, 1995.

³⁷ S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

E' appena il caso di notare come la colpa e la libertà non siano a disposizione di nessuno, neppure del loro portatore, trattandosi di dimensioni fondative del diritto, il quale, appunto, non sarebbe neppure pensabile a prescindere dall'una o dall'altra ³⁸.

Eppure, oggi va registrata l'indomabile disinvoltura usando la quale il legislatore riduce o, in certi casi, annulla la colpa e perciò anche la pena, in cambio di informazioni utili alle indagini.

Dall'altro lato, va stigmatizzato l'effetto deteriore che si produce quale esito nefando di questo modo di legiferare: una volta ridotte colpe e libertà – dimensioni che attengono all'essere dell'uomo - ad oggetti del mondo, cose in mezzo ad altre cose – simili a tutti gli altri che lo affollano e del tutto inserite in quella *utilizzabilità intramondana* tanto criticata da Heidegger ³⁹– nulla può più sottrarsi alla logica del patto mercantile: *si dispone dell'indisponibile*.

Non dico nulla di nuovo infatti rammentando come alcuni si siano chiesti in cosa si differenzi il fenomeno sopra brevemente descritto da quello che viene comunemente inteso dalle cronache recenti quale “patto Stato-mafia” e che invece viene stigmatizzato come esecrabile moralmente e punibile penalmente.

Forse perché, invece che nelle chiuse stanze dei pubblici ministeri, il patto sarebbe stato concluso in altre sedi non da tutti conosciute ? O perché, invece che i magistrati, sarebbe stato direttamente il Ministro di Grazia e Giustizia allora in carica – il compianto ed illustre giurista Giovanni Conso, cosa peraltro mai dimostrata – a darvi corso? Che forse ci sia un monopolio dei patteggiamenti con la criminalità ?

Mi fermo qui.

Aggiungo soltanto che in questa prospettiva – lo si sappia o no - il diritto penale perde se stesso, perché, intraprende una deriva pericolosa, divenendo altro da se, divenendo cioè compiutamente *diritto premiale*.

E' un esempio di ciò che si potrebbe definire – per la pretesa di disporre di tutto, anche dell'indisponibile - *diritto penale dell'onnipotenza* : una nuova *cratocrazia*.

B) Il secondo aspetto riguarda la congerie di norme e di pronunce anche della Cassazione in tema di *misure di prevenzione*.

³⁸ Poiché sul punto la letteratura è sterminata, mi limito a citare il mio saggio, datato ma ancora credo leggibile, *Pentimento e diritto. La nostalgia del perdono*, in “Riv. Int. di fil. del dir. “, 1985, 4. pagg. 565-578.

³⁹ *Essere e tempo*, tr. It., Milano, Mondadori, 2006, par. 14.

Come è noto, si tratta di misure patrimoniali o personali che varie leggi, poi trasfuse nel codice antimafia, hanno previsto come autentiche sanzioni *ante delictum* (a differenza delle *misure di sicurezza*, previste invece *post delictum*).

Che siano sanzioni a tutti gli effetti non si può dubitare, dal momento che – pur se amministrative - sono connotate da sicura afflittività o perché limitative della libertà personale o perché incidono su beni patrimoniali anche di rilevante valore attraverso il sequestro e la successiva confisca: prova della loro qualità è il fatto che il più delle volte esse sono, alquanto ipocritamente, giurisdizionalizzate.

Tuttavia, si tratta di sanzioni senza illecito, alle quali il sistema penalistico italiano ricorre, unico e solo fra tutti i paesi occidentali, quelli in cui ci si fregia di aver realizzato lo Stato di diritto.

Il diritto penale commina dunque sanzioni limitandosi a richiedere venga formulato un *giudizio di pericolosità* sulla base di fatti del tutto generici, la valutazione sui quali a volte sconfinava nella pura arbitrarietà o, peggio, in forme di pseudo-ragionamento, tanto oscure quanto pericolose, in quanto a mio avviso incomprensibili.

Si consideri per esempio una recente sentenza della Cassazione, la quale afferma che “...il giudice della prevenzione deve individuare il momento iniziale della suddetta pericolosità...sulla base non della constatazione di condotte genericamente indicative della propensione al delitto, ma *dell’apprrezzamento di condotte delittuose corrispondenti al tipo criminologico della norma che si intende applicare, individuando il momento in cui le stesse abbiano raggiunto consistenza e abitudine tali da consentire, già all’epoca, l’applicazione della misura di prevenzione*”⁴⁰.

Confesso che dopo aver letto, riletto e meditato, non son riuscito a comprendere senza incertezze cosa intenda la Cassazione parlando di “condotte delittuose corrispondenti al tipo criminologico della norma che si intende applicare”: infatti, trattandosi di un giudizio di pericolosità che viene formulato prima che si commettano delitti, non vi sarebbe spazio per apprezzare condotte già delittuose, corrispondenti o no ad alcun tipo criminologico.

Resta poi oscuro cosa si voglia significare per “tipo criminologico” (si fa forse criminologia pura in Cassazione ?) e per “norma che si intende applicare”. Quale norma ? Non debbono forse applicarsi qui le norme dettate in tema di misure di prevenzione ? O ce ne sono altre di applicazione incerta o solo possibile ? E, in caso affermativo, quali ? Quelle forse di una inesistente criptoimputazione ?

Quanto sopra soltanto allo scopo di far comprendere l’elevatissimo grado di incertezza e di perplessità logica e giuridica che accompagna l’orizzonte di un temibilissimo *giudizio di pericolosità*, ove il *sospetto* spodesta la *prova* e dove - come è stato precisato – “il giudice dispone di sconfinati poteri officiosi...non di rado, sebbene le prove debbano essere assunte in udienza, nel contraddittorio delle parti, esse entrano nel fascicolo, senza avviso ai

⁴⁰ Cass., sez. I, 19/4/2018, n. 43826.

difensori: materiali documentali della più disparata natura ed origine vengono acquisiti a seguito del deposito in cancelleria da parte di organi pronti a contrastare, con elementi dell'ultima ora, le difese del proposto o a correggere il tiro con note informative ove spunta spesso la formula “è stato accertato che”, non raramente senza alcun sostegno dimostrativo: il verbale è redatto in forma riassuntiva...”⁴¹.

In alcuni casi poi si attinge e forse si supera la soglia del comico, come quando, la Cassazione, nel confermare una decisione della Corte territoriale, giunge al punto di predicare una sorta di pericolosità “ad intermittenza”: il soggetto in esame sarebbe stato “pericoloso” dal 1989 al 1994, per poi cessare di esserlo; ma per poi tornare ad esser giudicato “pericoloso” dal 2010 al 2012⁴².

Ovviamente, dal 1994 al 2010, costui non può esser valutato tale: e verrebbe quasi voglia di chiedere – per amor di precisione – quale giorno ed a che ora esatta di quel giorno questa pericolosità sia cessata, se non altro allo scopo di poter prendere insieme un caffè al bar, senza tema di essere accusati di frequentazione di individui “sospetti”.

Come si vede subito, siamo in presenza di una – questa sì pericolosa – assenza di pensiero, dal momento che solo un pensiero errabondo o latitante può predicare una grottesca *pericolosità intermittente* come attributo avventizio del soggetto – quasi si tratti di un soprabito che prima si indossa e poi si appende alla gruccia – e non come corredo specifico della personalità, impossibile da dismettere o da riassumere a piacer proprio o altrui.

A tacere poi di quando la pendenza del processo di prevenzione viene considerata indice di colpevolezza a carico dell'imputato di un certo reato e – reciprocamente – la pendenza del processo penale viene valutata come prova di pericolosità: un diabolico circolo vizioso in forza del quale processo penale e processo di prevenzione si alimentano a vicenda, ma che seppellisce definitivamente ogni aspettativa di giustizia appena abbozzata.

L'assurdità di tali impostazioni, per nulla rare, testimonia esaurientemente come il sistema intero della prevenzione in Italia poggi su una impalcatura logica e giuridica del tutto *priva di senso*, espressione di una conoscenza falsa e addirittura inutile.

Siamo in realtà in presenza di un *diritto penale della falsa onniscienza*, in quanto, credendo di sapere tutto, non sa e non comprende nulla: una pericolosa *pseudo-panta-epistemocrazia*.

C) Da un terzo versante, non posso non ricordare la recente vicenda della *prescrizione*, della quale molti mostrano di non sospettare neppure lontanamente l'autentico statuto giuridico.

⁴¹ A. De Lia, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in “Archivio penale”, 2017, n.1, pag. 20.

⁴² Cass., sez. II, 1/3/2018, n. 30974.

E' noto che un recente provvedimento, che dovrebbe aver vigore dal prossimo gennaio, blocca il decorso della prescrizione dei reati dopo la sentenza di primo grado, senza peraltro neppure distinguere fra decisione di condanna e di assoluzione.

Si inaugura in tal modo una nuova sovranità del legislatore esercitata addirittura sul decorso del tempo, il quale – secondo i normali ma oggi negletti principi del diritto, che ancora si preoccupavano delle esigenze della giustizia – può essere sospeso (per riprendere da dove era stato fermato), interrotto (per riprendere da capo), ma non bloccato (per non decorrere mai più in eterno) .

Si dimentica tuttavia che il tempo – ancora una volta – non è nella disponibilità di nessuno, neppure del legislatore, e che perciò ipotizzare una trasformazione della dimensione temporale nel verso della completa stasi *ad infinitum* equivale a porsi addirittura *oltre il sacro*, la celebrazione del quale conosce certo il *tempo liturgico*, ma come tempo che si affianca a quello ordinario, senza in alcun modo violarlo: anzi, valorizzandolo.

Inoltre, la prescrizione si pone in sintonia con la presunzione di non colpevolezza, di cui costituisce una sorta di sintesi finale, nel senso che il diritto riconosce che se entro un determinato tempo - commisurato alla gravità del reato contestato - la pubblica accusa non è riuscita ad ottenere una decisione di condanna, allora a prevalere è il *favor libertatis* : l'imputato – per ragioni di giustizia - non potrà più essere perseguito.

Sicché depotenziare o addirittura privare di effetto giuridico la prescrizione equivale a ledere in modo irreversibile la presunzione di non colpevolezza, a prescindere dalla circostanza, di sapore kafkiano, di un essere umano che, dopo la sentenza di primo grado, potrà rivestire la qualifica di imputato in servizio permanente effettivo anche – in linea di principio – per tutto il resto della propria vita.

Il processo penale in questo modo non sarà più di durata eccessiva: sarà eterno.

Siamo così in presenza di un *diritto penale del dominio sul tempo e sulla giustizia* : una ingiustificabile *iper-cronocrazia* .

D) Altri ha invece rilevato come ormai di tipicità della fattispecie incriminatrice sia sempre più difficile parlare, in quanto all'oggettività della condotta punibile – qualsiasi essa sia – si viene lentamente a sostituire la modalità della *percezione* attraverso la quale quel comportamento viene ad incidere sul soggetto destinatario.

Come ha notato Filippo Sgubbi, “la condotta dell'agente può essere oggettivamente neutra, ma se viene percepita come lesiva dall'interlocutore diventa reato”⁴³.

Fra gli esempi forniti da Sgubbi, assai significativi, mi limito a richiamarne tre.

⁴³ *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi.* , Bologna, Il Mulino, 2019, pag. 47.

Le molestie sessuali. Siano esse verbali o non verbali, qualora indesiderate dal destinatario, innescano immediatamente la tipicità del fatto punibile, che scaturisce unicamente dal gradimento o dal non gradimento della condotta tenuta.

Da questo punto di vista, anche una non del tutto accorta scelta di parole, indipendentemente dal riferimento sessuale, può essere percepita dal destinatario come lesiva. Per esempio - come ha notato Holmes - oggi, in America chiedere ad un asiatico “Sei un americano?” può bene essere visto come un interrogativo illecito e violento, in quanto esso implicherebbe che l’interrogato non è un americano⁴⁴.

La c.d. “mafia silente”. Secondo la recente giurisprudenza infatti “...la esteriorizzazione della forza di intimidazione ha valenza costitutiva del reato e può manifestarsi anche attraverso la percezione del prestigio criminale del sodalizio, cioè anche dal compimento di atti che, pur di per se non violenti e non di minaccia, richiamino e, al tempo stesso, siano espressione della capacità attuale del gruppo di intimidire “⁴⁵ .

Ne viene che il reato sarà commesso oppure no a seconda dell’attitudine soggettiva del destinatario della eventuale intimidazione a percepirla o meno: insomma, un *esprit fort* probabilmente non percepirà una intimidazione implicita, mentre al contrario, un soggetto facilmente impressionabile, immaginando anche in atti in se neutri la presenza di una intimidazione, darà vita al reato.

La mancanza di rispetto. Questa non viene più considerata semplice maleducazione. Infatti, se tale mancanza venga consumata verso un soggetto che faccia parte di minoranze o di gruppi considerati discriminati, allora potrà pure esser considerata penalmente illecita, riconducendola alla fattispecie di cui all’art. 604 bis, comma 1, lett. a) c.p.. la quale prevede e punisce “gli atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”.

In tutti i casi sopra menzionati, la consumazione del reato dipende non più dalla realizzazione di una condotta – commissiva o omissiva – già configurata nella fattispecie incriminatrice, ma, di volta in volta e perciò occasionalmente, dalla *percezione* che della *identica condotta* abbia il destinatario.

Il reato si consuma non perché qualcuno di fatto assuma il comportamento descritto dalla norma, ma in forza della circostanza che altri soggetti ritengano – o non ritengano – di esserne stati lesi.

Come scrive incisivamente Sgubbi, “...in questa congerie intricata, capricciosa, impenetrabile, imperscrutabile, e indeterminata di incriminazioni, nonché di fronte a un’alluvione di notizie di reato, la selezione dei fatti illeciti – non più effettuata in astratto dalla legge – è compiuta in concreto dalla prassi delle Procure, con la scelta di quali *notitiae criminis* promuovere e quali tralasciare. La libertà perde il suo primato e tende a diventare eccezione a fronte del vasto e indefinito campo della illiceità”⁴⁶.

⁴⁴ *The Closing of liberal mind*, The Heritage Foundation, New York, 2016.

⁴⁵ Ufficio indagini preliminari – Bari, 22/5/2019. In identico senso, Cass., sez. fer., 3/9/2018, n. 56596; Cass., sez. II, 4/4/2017, n. 24851.

⁴⁶ Op. cit., pag. 49.

Siamo così di fronte a un *diritto penale della mera percezione soggettiva*: una pericolosissima *aistesicrazia*.

E) L'attenzione dovuta alla vittima del reato è poi sfociata insensibilmente ma progressivamente nell'assegnazione alla stessa di un ruolo preminente e sottratto ad ogni limitazione giuridicamente significativa, specialmente se essa appartenga ad una classe minoritaria o, per definizione, più debole.

Da un lato, si costruiscono così precetti modellati specificamente sulla fisionomia della vittima (si pensi al *femminicidio*: a quando il *gheronticidio* ? E il *fratricidio* ? E che dire, specificando ancora, di un possibile *migranticidio* ?), mentre, dall'altro lato, si fa convergere la responsabilità finale – a prescindere dalle prove – sul soggetto patrimonialmente più dotato, in modo da assicurare alla vittima il massimo del risarcimento possibile.

Inoltre, si intensificano i casi di responsabilità penale per *contatto sociale*, nozione alquanto indeterminata e sprovvista di sicuri referenti concettuali e perfino lessicali sul piano delle disposizioni incriminatrici⁴⁷.

Si alimenta insomma una sorta di *protagonismo delle vittime*, capace di condizionare la formulazione dei precetti, il cui contenuto – anche lessicale – viene predisposto in funzione delle aspettative e degli interessi delle stesse ⁴⁸ .

Si dimentica, così operando, che le oggettive ed equidistanti ragioni di giustizia vengono a dissolversi nelle soggettive e squilibrate ragioni di parte, a tutto danno, peraltro, di un soggetto imputato che dovrebbe godere della presunzione di non colpevolezza, che tuttavia a volte rimane del tutto ignorata se non rovesciata.

Quando infatti chiunque appartenente ad una classe per definizione più debole – una donna (si pensi al movimento *me too*) o un migrante – accusi un determinato soggetto di illeciti consumati venti o trent'anni prima, spetterà a questi – in piena *inversione dell'onere della prova* - addurre prove della propria innocenza, senza le quali verrà dichiarata la sua responsabilità sempre in sede sociale, se il reato non risulti prescritto anche in sede penale (e si capisce qui il ruolo giuridico insostituibile della prescrizione).

Sgubbi aggiunge poi una inquietante notazione in relazione alle categorie individuate sociologicamente dei *puri* e degli *impuri* ⁴⁹.

I *puri* appartengono a tre categorie: *puri da illegalità* (occupanti abusivi di immobili, gli immigrati clandestini, i nuclei antagonisti) ai quali nulla può essere addebitato e che anzi si vedono riconoscere diritti nuovi scaturenti dalla loro posizione illegale (per es. il diritto all'allacciamento delle utenze, mentre nessuno si sogna di elevare un'accusa

⁴⁷ Cass., sez. IV, 15/2/2018, n. 24068.

⁴⁸ Cfr. D. Fondaroli, *Diritto penale, vittimizzazione e protagonismo della vittima*, in “Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza”, 2014, pag. 74.

⁴⁹ Op. cit., pagg. 65-69.

di favoreggiamento a carico dell'ente allacciante); *puri da debolezza sociale* (coloro che ricoprono posizioni socialmente marginali, come gli immigrati che gestiscono rivendite al dettaglio), ai quali mai sarà opposto un accertamento fiscale o saranno effettuate verifiche sulla regolarità dell'ambiente di lavoro o delle contribuzioni previdenziali per i dipendenti; in questa categoria rientrano pure gli omosessuali e gli islamici, considerati in linea di principio "buoni", di contro all'uomo occidentale, per definizione, "malvagio"; *puri per creazione normativa* (gli stranieri benestanti o i grandi investitori), che raggiungono lucrose intese con il Fisco: costoro, dopo il lavacro rituale, rivestono la candida veste della verginità sociale e divengono praticamente intoccabili.

Impuri sono invece coloro che abbiano la sorte di occupare ruoli decisionali di vario genere (presidi, sindaci, presidenti di enti, amministratori delegati ecc.), in quanto – macchiati da questa colpa originaria – saranno sempre ritenuti accusabili di un danno che sarà sempre e per definizione *annunciato* e perciò evitabile sol che costoro avessero usato la necessaria diligenza.

Si ricordi come alcuni anni fa, la Procura de L'Aquila pensò bene di accusare diversi scienziati della Commissione Grandi Rischi della protezione civile per non aver previsto con il necessario anticipo il terremoto che veniva considerato appunto – non si sa perché – *annunciato*: condannati in primo grado a sei anni di reclusione, tutti assolti poi in appello e in Cassazione (tranne uno ma per un reato diverso).

Qualcuno – anche a causa dello sbigottimento della comunità scientifica internazionale - parlò di un inedito e grottesco processo alla scienza, colpevole di non saper ancora fare ciò che dovrebbe fare.

Nei casi accennati, siamo dunque in presenza di un *diritto penale pregiudizialmente sbilanciato a favore delle vittime*: una incredibile *adicumenocrazia*.

F) In altri casi, la legge o la giurisprudenza impongono obblighi palesemente contrari ai principi dello Stato di diritto, generando vere ed inaccettabili nuove servitù.

Propongo solo un esempio.

Se l'operatore economico che abbia subito minacce e intimidazioni non le abbia denunciate, sarà escluso dalle procedure della gara d'appalto ⁵⁰.

Qui il coraggio viene preteso quale onere giuridico ai confini dell'obbligo, non assolvendo il quale ne verrà una sanzione di carattere economico-giuridico, a volte molto penalizzante.

Siamo in presenza di un *diritto penale impositore di oneri illegittimi* per violazione degli artt. 2 e 41 della Costituzione: un'inammissibile *deontocrazia*.

⁵⁰ D. legisl. N. 50 del 2016, art. 80, comma 5, let. L.

G) Per finire, poche parole per evidenziare come la funzione di *supplenza* del giudice penale ormai abbia superato ogni limite immaginabile.

Il tema, già notissimo, non richiede qui se non una rapida menzione relativa alle attuali vicende di cronaca.

Il caso ILVA è emblematico. La magistratura di Taranto ha assunto il ruolo di vero gestore della crisi dell'acciaieria, spodestando di fatto tutte le autorità amministrative che invece ne avrebbero piena ed esclusiva competenza. Negli ultimi giorni, è poi intervenuta la Procura di Milano: facile immaginare un sovrapporsi di competenze fra Procure, il che certo non facilita la soluzione del problema.

Questo è probabilmente uno dei motivi più reali che induce l'Arcelor a migrare altrove. E ciò nonostante la Corte Costituzionale con una sentenza da qualche anno emessa, proprio su sollecitazione dei giudici tarantini, abbia stigmatizzato, in termini molto chiari, la inaccettabilità di una tale forma di invadenza istituzionale ⁵¹.

Siamo in presenza di un uso distorto dei poteri del giudice, quelli di un *diritto penale del governo dei giudici*: una inaccettabile *diacrinocrazia*.

4. Registrata così la pericolosa deriva di cui il diritto penale è ormai inconsapevole preda, occorre chiedersi quale possa essere una praticabile via d'uscita, capace di ricondurlo nel perimetro della sua consistenza ontologica.

Lo dico subito senza perifrasi. La via da battere mi sembra essere quella di recuperare il diritto penale a quella dimensione della *grazia* che da tempo sembra esser stata del tutto dimenticata.

So bene che affermando questa necessità, non faccio che ripercorrere una via molto conosciuta ed abituale nell'ambito della cultura giuridica e politica cattolica, la quale ha sempre saputo – traendone un venerando insegnamento ormai tralatizio – che la *grazia*, come insegna S. Tommaso, rappresenta la perfezione, la completa pienezza della giustizia ⁵², senza per nulla menomarne le istanze (si pensi alla notissima parabola evangelica del lavoratore dell'ultima ora che percepisce la stessa mercede di coloro che lavorano dall'alba: la *miserecordia* verso di lui usata, nulla toglie, in termini di giustizia, agli altri ed alle loro legittime spettanze) .

So bene perciò di non dire nulla di nuovo in proposito e tuttavia mi pare addirittura necessario ribadirlo, sia perché l'epoca contemporanea sembra essere divenuta culturalmente sorda rispetto alla tradizione sopra menzionata, sia perché la prassi , in tale direzione, a volte supera la teoria.

⁵¹ Corte Cost., sent. 2013, n. 85.

⁵² “*Ex quo patet quod misericordia non tollit iustitiam, sed est quedam iustitiae pleniutudo. Unde dicitur quod misericordia superexaltat iudicium*” : *Summa*, q. 21, 3.

Da questo secondo versante, si pensi a quando, nel 1999, l'allora Ministro Diliberto pensò bene di eliminare dalla denominazione ufficiale del Ministero ogni riferimento alla *grazia*, lasciando, per così dire, “orfana” la giustizia⁵³.

Come se appunto la presenza della *grazia* – secondo l'opinione di alcuni - potesse in qualche oscuro modo menomare l'integrità della giustizia⁵⁴.

Dal punto di vista teorico, invece, anche se molti possono essere considerati i padri della posizione qui criticata (si pensi, per tutti, ad Hobbes), prendo qui in esame soltanto le perentorie e radicali conclusioni cui giunge Nietzsche, perché mi sembrano esemplari.

Secondo il filosofo prussiano, infatti, la *grazia* altro non sarebbe che l'autosoppressione della giustizia, in quanto – egli osserva – con il lievitare della potenza e della ricchezza di una comunità, il diritto penale va sempre più mitigandosi : “ via via che è divenuto più ricco, il ‘creditore’ si è fatto sempre più umano: alla fine l'entità dei danni che egli può sopportare senza soffrirne è persino la *misura* della sua ricchezza”⁵⁵.

Il parallelismo con il “creditore” non è una forma metaforica. Poco prima infatti Nietzsche, nell'introdurre le riflessioni sulla pena e sul diritto penale, fa espresso riferimento al “diritto delle obbligazioni” quale “focolare d'origine” dei concetti morali di colpa, di coscienza, di dovere⁵⁶.

Ma proprio qui si palesa un errore di prospettiva. Il filosofo, peraltro spesso manipolato e conosciuto solo attraverso imprecise “vulgate”– sia pure allo scopo di stigmatizzarne la inaccettabilità – erra nel costruire questa parallelismo, in quanto mette sullo stesso piano beni disponibili, oggetti del mondo e quindi di obbligazioni giuridiche, e beni indisponibili, che non possono mai e in nessun caso venir annoverati fra gli oggetti del mondo e delle obbligazioni, quali la colpa, la coscienza, il dovere.

Senza ovviamente pensare in modo esplicito alle riflessioni di Nietzsche sul punto, è Heidegger a notare come non si debba cadere in quell'errore, occorrendo invece tenere ben distinti il piano dell'”avere dei debiti” (*Schuldenhaben*) da quello dell'”essere in debito” (*Schuldigsein*)⁵⁷.

Come dire insomma che la dimensione della colpa va iscritta nel perimetro strettamente personale, che non può confondersi in alcun modo con il debito scaturente da una obbligazione: la stessa cosa dice Vittorio Mathieu –

⁵³ Infatti, dal 1999 la denominazione ufficiale del Ministero è quella di “Ministero della giustizia”: il riferimento alla grazia è stato espulso radicalmente.

⁵⁴ Cfr. M. Maddalena, *Meno grazia, più giustizia*, Roma, Donzelli, 1997 .

⁵⁵ *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, trad. it., Milano, Adelphi, 1984, pagg. 61-62. Corsivo non mio.

⁵⁶ Op. cit., pag. 53.

⁵⁷ *Essere e tempo* cit., par. 58.

benchè in altro modo – quando rileva che “la legge penale non è fatta per difendere lo Stato, ma viceversa”⁵⁸, proprio per segnalare come il diritto penale concerna *l’assoluto della libertà e della colpa*, al quale anche lo Stato deve cedere il passo.

E dunque l’assunto nietzscheano di un diritto penale che si autosopprime attraverso la *grazia* va rifiutato, perché infondato: il diritto penale – al pari della *grazia* – riguarda l’essere dell’uomo e non l’avere .

Detto questo, allora, che ruolo potrà mai svolgere la *grazia* nel diritto penale ?

6. Non essendo pensabile una trattazione completa sul punto, mi limito ad alcune osservazioni di carattere preliminare, senza alcuna pretesa di esaustività, non senza chiarire che qui per *grazia* intendo in modo ampio e generale :

A) ogni tipo di gratuità, vale a dire

- il *non-dovuto* (dare o fare ciò che non si è tenuti a dare o a fare);

- l’*oltre-dovuto* (dare o fare più di ciò che si è tenuti a dare o a fare) ;

- il *non-ancora-dovuto* (dare o fare prima ciò che si dovrebbe dare o fare dopo).

B) Una gratuità che sia *inattesa* in quanto largamente imprevedibile .

C) Una gratuità alla quale in alcun modo si possa vantare diritto.

D) Una gratuità che sia oggetto soltanto di *speranza*.

Se queste accennate sono le caratteristiche generali della *grazia*, bisogna aggiungere due osservazioni sulle dinamiche che le sono proprie:

- la *grazia* – come lo Spirito – va dove vuole;

⁵⁸ *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, Rusconi, 1978, pagg. 139 e segg.

- la *grazia* – come lo spirito – si manifesta nelle forme che preferisce;
- la *grazia* – come lo Spirito – orienta l’esistenza umana.

Tutte le determinazioni che precedono non sono ovviamente nuove o sconosciute, essendo tutte rinvenibili nel perimetro concettuale della *Summa* e in essa disseminate.

In questa prospettiva, il primo aspetto da rilevare è che la nostra esistenza quotidiana si trova costantemente intrisa dalla *grazia* che opera senza essere quasi mai riconosciuta: a partire dalla nascita al pulsare costante della vita dentro ciascuno di noi, alla bellezza della natura in cui siamo immersi, agli affetti più cari che ci circondano e che vengono profusi – per usare una efficace espressione di Jean Starobinski (che tuttavia sottolinea l’ambivalenza del dono) – “ a piene mani”⁵⁹.

Di tutto ciò, nulla ci è dovuto; eppure ci viene elargito come puro dono, a profusione.

Non solo. La *grazia*, probabilmente proprio per questa sua diffusività, opera nell’esistenza come inevitabile e salutare orientamento dell’azione umana in ogni sua articolazione.

Lo mostra con impareggiabile maestria, un testo leggendario di Heinrich von Kleist, definito da Thomas Mann “una gemma di estetica filosofica”⁶⁰, noto come “Sul teatro delle marionette”⁶¹.

Kleist, in questo raffinatissimo apologo di sapore metafisico, ci fa vedere come mentre la *grazia* si fa presente “dove i due estremi dell’anello del mondo si ricongiungono” (*wo die beiden Enden der ringformigen Welt in einander griffen*)⁶² – vale a dire negli animali e perfino nelle cose, da un lato, e in Dio, dall’altro lato – al contrario, l’uomo è costretto a faticare per tutta la sua esistenza per ritrovarla, senza riuscirci mai in modo completo e definitivo: ma da essa viene orientato nel suo cammino.

Nulla più ricolmo di grazia, e perciò perfetto – ci dice von Kleist - di una marionetta o di un orso – che sono ciò che devono essere. Nulla di meno ricolmo di grazia, e perciò di meno perfetto, di un essere umano – che non sarà mai come deve essere.

Solo l’uomo, infatti, abita l’intervallo del “già e non ancora”. Solo l’uomo cerca di ricomporre questa frattura fra essere e dover-essere, che lacera la sua esistenza. E forse l’uso che della libertà ciascuno sappia fare può anche leggersi come il dipanarsi nella storia di questo tentativo. E ciò l’uomo fa in molti modi⁶³: uno di questi è la via

⁵⁹ *A piene mani. Dono fastoso e dono perverso*, trad. it., Torino, Einaudi, 1995. Il titolo qui riportato è della traduzione italiana dell’originale francese che più semplicemente suona: *Largesse* .

⁶⁰ In un saggio dal titolo *Kleist e i suoi racconti*, che ho reperito in rete presso il sito www.germanistica.net, pag. 112.

⁶¹ Che cito in trad. it. con testo a fronte da una edizione di Milano, La Vita Felice, 2011.

⁶² Op. cit., pag. 64-65.

⁶³ Per esempio, attraverso le innumerevoli espressioni artistiche o filosofiche.

offerta dal diritto penale, il quale, a suo modo, viene orientato dalla *grazia* nel tentativo di essere se stesso, nel tentativo, mai interamente soddisfatto, di pervenire alla giustizia.

7. Va innanzitutto notato come nell'ambito del diritto penale, la *grazia* assuma propriamente la veste della *misericordia*, cioè di quella virtù teologale attraverso la quale dispiegarsi.

Pare che il diritto penale sia interamente intriso di misericordia in ogni sua parte⁶⁴.

Propongo soltanto alcuni esempi che mi sembrano significativi.

A) Si pensi alla *commisurazione della pena* che avviene sempre fra un minimo ed un massimo edittale. La previsione di un tale ventaglio, a volte anche abbastanza ampio, non risponde soltanto all'esigenza di commisurare la pena, con la lente di ingrandimento dell'entomologo, alla gravità del fatto commesso e alla personalità del colpevole, come pretendono le ragioni di stretta giustizia.

E' noto infatti come l'individuazione della "pena base" sulla quale poi edificare gli eventuali aumenti o le possibili diminuzioni, in forza del gioco delle aggravanti o delle attenuanti, sia rimessa in larga misura ad una discrezionalità non altrimenti argomentabile se non a partire da una sensibilità del giudice che opera tutta su di un piano che non è quello della stretta giustizia.

Per quanto si rifletta e ci si sforzi, non si potrà in alcun modo intendere utilizzando quale criterio di razionalità il giudice prenda le mosse da quel punto archimedeo – definito appunto "pena base" – per irrogare poi concretamente la pena proporzionata al fatto di reato.

Il giudice si trova qui in uno spazio aperto e rischioso, ove navigare a vista senza punti di riferimento esterni ed oggettivi. L'unico punto di riferimento è invece interno, depositato nel fondo della coscienza giudicante, difficile da reperire ed esigente, ma è proprio quella coscienza il luogo elettivo in cui appare ed opera la *grazia* nelle forme della *misericordia*.

Sicché, suona ipocrita affermare – come a volte accade - che non si può concedere al condannato la sospensione condizionale della pena inflitta, perché dopo il calcolo concreto della stessa vengono superati i limiti che la legge impone di rispettare: l'ipocrisia sta appunto nella piena consapevolezza della coscienza giudicante che la concessione di quella sospensione non dipende tanto dal risultato del calcolo – cioè dal punto di arrivo – ma piuttosto dalla individuazione della "pena base" – cioè dal punto di partenza. E nell'individuare tale punto di partenza, la coscienza giudicante gode di una discrezionalità insindacabile perfino in Cassazione. E ciò probabilmente perché una tale forma di libertà di giudizio rappresenta uno dei luoghi elettivi per una possibile epifania della *grazia*.

⁶⁴ Questa in fondo la lezione di L. Eusebi, *Misericordia: "superamento" del diritto o "dimensione" della giustizia?*, in *Diritto e Misericordia*, Atti della giornata di studio dell'UGCI, Jus quia Justum, 2017, pag. 34 ss..

Una coscienza intrisa di *misericordia* saprà invece evitare tale ipocrisia, concorrendo in tal modo a realizzare quel tanto di giustizia dagli uomini esperibile.

B) *Le attenuanti generiche.* Confesso che dopo la lettura di moltissime sentenze sul tema, non ritengo di esser certissimo nella individuazione della loro effettiva consistenza ontologica: in realtà, credo nessuno lo possa affermare con adeguata cognizione di causa.

Ma è proprio questa difficoltà – quella di non sapere con assoluta certezza cosa in effetti esse siano - a costituire il miglior esempio di come altro non possa dirsi se non che esse mostrano un ulteriore luogo elettivo di epifania della *grazia* nella forma della *misericordia*.

Il giudice penale gode qui di una delicata e notevolissima discrezionalità destinata a dispensare la *grazia* attraverso questo istituto dai contorni costitutivamente indeterminati, perché coincidono con quelli stessi della *misericordia*.

Ciò non impedisce tuttavia alla Cassazione di escludere che le attenuanti generiche possano negarsi sulla semplice presunzione di non meritevolezza delle stesse.

Deve essere cassata la decisione dei giudici di appello che, a fronte della specifica, dettagliata e motivata richiesta di concessione delle attenuanti generiche ed in mancanza di una norma che ne vieti l'applicazione nella specie (fattispecie anteriore all'introduzione dell'art. 62 bis c.p.), danno per scontata o presunta la non meritevolezza delle attenuanti generiche, non esaminando le circostanze che possono essere rilevanti a tal fine e specialmente gli specifici elementi e ragioni indicate con l'atto di appello⁶⁵.

C) Il coacervo di norme che stabiliscono benefici per i detenuti condannati e in genere sono finalizzate a consentire soluzioni alternative alla detenzione intramuraria.

Si tratta in ogni caso di misure mitigatrici che si muovono a partire dall'ottica della compassione e della *misericordia*.

⁶⁵ Cassazione penale sez. III 27 gennaio 2015 n. 7914

D) Il progressivo affermarsi teorico delle ragioni della *restorative justice*, vale a dire di quella particolare visione del diritto penale che, superando il formalismo della pena, cerca di ricostituire il tessuto sociale infranto dall'illecito, propiziando forme di collaborazione e di riconciliazione fra le parti ⁶⁶, autore del reato e soggetto leso.

Sulla stessa linea si pongono probabilmente le sentenze c.d. “pedagogiche”, sulle quali però non mi soffermo per motivi di brevità.

Parimenti per brevità, taccio di altre epifanie della grazia nell'ambito del diritto penale: si pensi ai principi del *favor libertatis*, del *favor rei* ecc.

8. Tuttavia, la dimensione di sicuro più importante è altra.

Alludo alla formazione della coscienza giudicante, la quale – allo scopo di rendere giustizia – va sempre orientata nel verso della *misericordia*.

Certo, non si tratta di una dimensione strettamente afferente al diritto penale, ma alla amministrazione che il giudice faccia della giustizia che esso dovrebbe poter assicurare e perciò mette conto comunque di parlarne brevemente.

A nulla varrebbe infatti un diritto penale ricondotto alle sue ragioni profonde dalla *grazia*, se non amministrato da un giudice dalla coscienza orientata alla *misericordia*: da questo punto di vista, appare perciò fondamentale il problema della formazione della coscienza – umana e professionale - del giudice.

In particolare, egli, nel giudicare, deve farsi carico sia dell'evangelico *nolite iudicare*, sia degli errori che pervadono potenzialmente ogni umano giudizio.

Per superare queste difficoltà, non resta che giudicare nella consapevolezza che il giudizio umano è sempre parziale, limitato, fallibile, imperfetto, ribaltabile, tutte dimensioni di cui la coscienza giudicante deve sempre essere avvertita e che sempre dovrebbero essere poste – e purtroppo non sono - come pietre miliari nel suo processo di formazione⁶⁷.

⁶⁶ Sul tema diffusamente U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, pag. 202 ss. e copiosa bibliografia ivi citata. Ma anche L. Hogan, *Giustizia riparativa: i vincoli della misericordia*, in *Concilium*, 2017, n. 4, pag. 106 e ss..

⁶⁷ A questo scopo potrà servire anche una adeguata formazione letteraria del giurista: mi permetto rinviare al mio *Diritto e letteratura. La giustizia narrata*, Milano, Sugarco, 2012.

Anche perché la coscienza giudicante deve sempre rammentare che ciò che essa ignora è sempre di più ed oltre ciò che conosce. Come ha limpidamente annotato Maria Zambrano, “L’amore è ciò che scopre la realtà e l’inanità delle cose, ciò che scopre il non-essere e il niente...E chiunque porta in se un filamento di questo amore scopre ogni giorno il vuoto delle e nelle cose, perché ogni cosa e ogni essere che conosciamo aspira oltre ciò che realmente è”⁶⁸.

Proprio in questo senso forse, la riflessione che più ha meditato sulla *grazia* insiste ancora e sempre a riproporla quale via privilegiata per perfezionare la giustizia⁶⁹, impedendole di perdere se stessa, abbandonata lungo una via che – da sola – non è in grado di mantenere⁷⁰.

Per fuoriuscire dalle secche dell’età post-secolare, il diritto penale deve dunque ri-orientarsi nel verso della *grazia*, riconquistando il proprio statuto ontologico di un diritto *munito di potere*, ma non *fondato sul potere*⁷¹.

Soltanto così potrà riconquistare il suo *senso*. Quello che gli consente di conoscere il mondo - secondo il profondo monito di S. Agostino - attraverso la forma più raffinata di conoscenza, quella della carità: “*non intratur in veritatem, nisi per caritatem*”⁷².

⁶⁸ *Due frammenti sull’amore*, trad. it., Milano, Mimesis, 2011, pag. 19.

⁶⁹ Cfr. M. Aliotta, *Grazia*, Assisi, Cittadella Editrice, 2018 e G. Canobbio, *La misericordia*, Cinisello Balsamo, Ed. San Paolo, 2018. Da una prospettiva neotestamentaria e comparatistica, S. Coakley, *Giustificazione e misericordia*, in AA.VV., *L’evangelo della grazia*, Atti dell’VIII Convegno ecumenico internazionale di spiritualità della Riforma, Bose, 26-28 maggio 2017, Edizioni Qiqajon, pag. 121 e ss.. Un classico insuperato nella investigazione del rapporto fra giustizia e misericordia rimane J. Pieper, *La giustizia*, trad. it., Brescia, Morcelliana, 2000.

⁷⁰ D’altra parte, la giustizia, in quanto virtù cardinale e non teologale, rischia, se assolutizzata, di perdersi, divenendo altro da se e perfino il suo contrario (*summum ius, summum iniuria*): per impedirlo essa viene “salvata” dalla grazia: ho brevemente commentato questo aspetto in *Per grazia o per giustizia ? Piccola riflessione filosofica*, Catania, C.U.E.L.C., 2012.

⁷¹ Sempre valida in tal senso la lezione di S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè, 1981.

⁷² *Contra Faustum Manichaeum libri triginta tres*, XXXII, 18.

Ragionare col secolo senza adularlo. La lezione di Antonio Rosmini

Di Mario Cioffi

Nella *Filosofia del diritto*, introducendo la trattazione della *società teocratica* e del diritto che ad essa presiede, Rosmini denuncia l'abuso di quegli scrittori, anche cristiani, che avendo in odio il termine teocrazia, ne avevano travisato il concetto, servendosi delle cose divine per volgere a loro profitto le cose umane.

Il concetto di *secolarismo* aveva avuto un antesignano nel Cousin, il quale, secondo il Roveretano, aveva dissimulato il problema vero della relazione tra il ragionamento filosofico e la fede per spostare l'attenzione su quella da lui chiamata *scuola teocratica* e aveva coniato l'espressione *secolarizzazione del pensiero*, definita da Rosmini "parola di partito, insensata, e indegna di un filosofo"⁷³. Il capo della scuola eclettica francese riconosceva che la teocrazia era la culla legittima delle nascenti società, ma non le accompagna nel progresso del loro necessario sviluppo, che riteneva dovuto alla natura delle cose. Questo assunto del Cousin è per l'Abate una "proposizione manifestamente falsa e contraddittoria"⁷⁴ se per teocrazia intende un'autorità divina.

Rosmini pensa che per prima cosa occorre risolvere la questione dei rapporti tra ragione e fede, "i due elementi indivisibili dei popoli civili"⁷⁵: la fede non tarpa la ragione, e questa non sopravanza i postulati della fede. Razionalismo e fideismo sono i due capitali errori della cultura moderna, che si annidano l'uno nel giudizio, l'altro nel sentimento. Il primo aveva assolutizzato la ragione sotto la spinta dell'Illuminismo che faceva a meno di Dio, il secondo faceva a meno della ragione, ed entrambi gli errori, assolutizzando ciò che è finito, rompono l'unità organica dell'uomo. Per Rosmini la fede resta sempre indipendente dalla filosofia e bastevole a se stessa e a tutti gli uomini, "ma non è per questo ostile alla filosofia"⁷⁶, la quale "non si stabilisce sopra alcuna autorità, neppur divina, non che umana; poiché la filosofia è ragionamento, non altro che ragionamento"⁷⁷.

⁷³ A. ROSMINI, *Introduzione alla filosofia*, a cura di P.P. Ottonello, Città Nuova, Roma 1979, p. 81.

⁷⁴ Ivi, p. 82.

⁷⁵ Ivi, p. 82.

⁷⁶ Ivi, pp. 82-83.

⁷⁷ Ivi, p. 91.

Reagendo ai tentativi di fare a meno della fede o della ragione, il filosofo roveretano smaschera sia i sofismi della ragion critica che, chiusa nell'ideologismo, riduce l'uomo a funzione di struttura, sia quelli del fideismo che, sfociando nel pragmatismo, riduce il sapere a mera convenzione. Il secolo dei lumi aveva confinato la religione nella sfera della superstizione ed assolutizzato il finito, cosa che è l'essenza dell'idolatria. L'uomo, che con la sua superbia pretende di eliminare definitivamente Dio ed usurparne il posto, tende alla propria divinizzazione, ma limitato com'è per costituzione ontologica, non può mai raggiungere un'impossibile autosufficienza. L'antropolatria è la più funesta delle idolatrie, e la scienza che pretende di pronunciarsi sull'essenza delle cose è empietà, come lo è il tentativo dell'uomo di rendersi grande e felice senza Dio, salvo poi ricorrere di nuovo alla divinità attraverso varie surrogazioni. La storia dell'empietà dimostra che la natura umana, privata dell'elemento divino, si scopre depotenziata. Da qui la serrata polemica di Rosmini contro le "empie" teorie del Constant e dei sansimoniani⁷⁸.

1. Nell'introduzione alla *Filosofia del diritto*, opera volta a restituire al diritto individuale e sociale la dignità di scienza fondata sulla giustizia, Rosmini la definisce "la dottrina delle prime ragioni in opera di giustizia giuridica: e giuridica dico quella giustizia che si giace nei diritti"⁷⁹. Per lui era ormai giunto il tempo in cui la società, stanca e disillusa del lungo oblio dei principi fondamentali, chiedeva ai legislatori di riportare in luce i valori di ogni tempo. L'Abate era profondamente convinto che l'anelito alla verità e alla giustizia, anche se poteva andare smarrito lungo la storia, non poteva essere sradicato del tutto, perché il cuore umano cerca incessantemente ciò che è bene e ne ha nostalgia ogni qualvolta la società cerca di offuscarlo.

"Vi sono dei secoli di principi: in questi il pensare è sano, virile, ma poco sviluppato. Succedono dei secoli di conseguenze e di principi insieme: in questi il pensare è ancora sano, perché i principi non sono ancora obliati, è ancor virile e più svolto. Sono i secoli del maggior fiore delle nazioni. Vengono dei secoli di mere conseguenze: i principi già sono divenuti un vecchiume (...). In questi secoli il pensiero languente perdesi agevolmente nel sofisma e nella frivolezza, si fa connivente ai sensi: Sono i secoli lassi, leggeri, effeminati, corrotti, nei quali le nazioni precipitano, l'umanità dà di se stessa un triste spettacolo. E pure in fine ella è più inorgogliata che mai di se stessa, sdegna l'idiotaggine delle età precedenti, sdegna e spezza i vincoli coi padri suoi. Di vanto in vanto, di abisso in abisso, finisce col trovarsi già divenuta a se stessa intollerabile. Apre gli occhi, si mira e ne raccapriccia. A quell'ora, se il cielo l'aiuta, cui ella forsanco invoca umiliata, torna brancolando indietro a ricercare gli elementi perduti del sapere; ritrae l'attenzione sua di nuovo ai primi principi, di cui meglio sente l'immensa importanza, l'indeclinabile necessità, e li ritrova ogni dì più belli, più nuovi e freschi (...). Indi un secondo rivolgimento di tempi incomincia all'umanità, simile al primo, ma colle spire più ampie"⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. A. ROSMINI, *Storia dell'empietà*, Sodalitas, Domodossola-Milano, 1957.

⁷⁹ *Filosofia del diritto*, p. 13.

⁸⁰ Ivi, pp. 3-4.

Il pensiero moderno aveva preso le distanze dalla tradizionale visione cristiana della realtà. La fiducia assoluta che l'umanesimo ateo riponeva nella scienza aveva generato l'idea di un progresso inarrestabile dell'umanità, il contrasto tra scienza e fede era diventato radicale, e il distacco dalla religione si era trasformato in secolarismo. Persuaso che gli uomini devono essere condotti col ragionamento più che con l'autorità, Rosmini evita i condizionamenti storici e quelli dell'opinione corrente, rifugge da lusinghe e sollecitazioni anche a costo di perdere il favore dei lettori fino ad incorrere in sospetti, pregiudizi e condanne, e si affranca dall'utilitarismo sensista e dalla retorica sofisticata del razionalismo e del soggettivismo. Egli accosta in modo critico la cultura secolarizzata del tempo, ne individua risorse e limiti, senza censure preventive e sempre attento ai contenuti e alle esigenze metodiche della modernità. Volendo aggiornare il pensiero cattolico rimasto fermo a San Tommaso, il prete roveretano assorbe il meglio della cultura moderna e a sua volta offre soluzioni rigorosamente logiche tratte dall'orizzonte epistemico della fede. Sottraendosi al fascino dei lumi che avevano oscurato quelli della religione e muovendo dall'*idea dell'essere* come fonte oggettiva del conoscere, della verità e dell'etica, egli realizza un'originale sintesi del pensiero cristiano, vera e propria enciclopedia fondata sull'unitarietà delle scienze e sul superamento della frammentarietà del sapere, segnando un nuovo punto di partenza anche per la metafisica e la teologia⁸¹.

Dopo aver accennato ai fini che si era proposto, e cioè combattere gli errori, ridurre la verità a sistema, e dare una filosofia che potesse essere solida base delle scienze e della quale potesse valersi la teologia⁸², il filosofo trentino indica i metodi da lui seguiti per conseguire questi fini, metodi che sono i suoi noti principi della *libertà del filosofare* e della *conciliazione delle sentenze*⁸³. Nell'ampia difesa del libero filosofare, l'Abate combatte l'errore di coloro che credono che esso sia impedito a coloro che professano la religione cattolica, e si dichiara favorevole alla conciliazione delle sentenze, "possibile e desiderabilissima fra i sistemi veri"⁸⁴.

Solo il ritorno all'oggettività poteva recuperare la fiducia nell'uomo nella propria capacità di raggiungere la verità, una verità oggettiva per essenza, inalterabile da parte del soggetto conoscente, una verità che "lungi dall'imporre per se stessa una servitù agli uomini, è l'unica causa della loro libertà, della qual libertà essi non rimangono privi se non allora che la ricusano, col ricusarne la causa"⁸⁵. Rosmini dà anche prova di onestà intellettuale, come attestano queste parole: "Sono persuaso che per gli ingegni forti e che non vacillano nella fede riesca a vantaggio incredibile la lettura delle opere di Kant, Fichte, Schelling ed Hegel; innalzano veramente lo spirito, ma facilmente ancora lo insuperbiscono"⁸⁶.

⁸¹ Per l'insieme della filosofia rosminiana rinvio al mio *Rosmini filosofo di frontiera*, Città di Vita, Firenze 2001.

⁸² Cfr. *Introduzione alla filosofia*, p. 15 ss.

⁸³ Cfr. Ivi, pp. 44-108.

⁸⁴ Ivi, p. 103.

⁸⁵ Ivi, p. 58.

⁸⁶ A. ROSMINI, *Epistolario Completo*, Pane, Casale M. 1877-1894, vol. VII, p. 55.

2. Per il filosofo roveretano la cultura ha ragione di bene solo “quando è diretta ad accrescere nell’uomo la morale perfezione”⁸⁷. Egli sa che, quando cielo e terra si separano, lo spirito si trasforma in ideologia e la scienza in mera astrazione, ma “l’uomo, nell’avvicinarsi alla scienza, non si volge ad astratte speculazioni, né se n’appaga ove altri glielo presenti (...). L’uomo è realtà, e vuol accrescere la realtà propria, e non può accrescerla colle pure astrazioni”⁸⁸.

Rosmini denuncia l’operato delle scienze che volevano ridurre l’uomo alla fisicità e al senso, e reagisce a questa lacerazione dell’umano attraverso l’impiego nel campo sociale della nozione di persona, che la Scolastica aveva relegato al piano metafisico. Dotata del *lume della ragione* che la costituisce intelligente, la persona è fine mai riducibile a mezzo: “I fisiologi ed i psicologi si sono bipartito l’uomo senza pietà; e ognuno credette d’averlo tutto: i primi l’hanno sovente fatto un brutto; i secondi un angelo. Noi vogliamo riunire quest’uomo così miseramente ammezzato”⁸⁹.

La riscoperta e valorizzazione della persona, assieme alla prospettiva antropologica del diritto, sono i maggior titoli di originalità della *Filosofia del diritto*. L’Autore combatte sia l’idea sensistica di misurare l’uomo *iuxta principia naturae* che lo riduce all’individuo, sia l’idea che lo assume *iuxta principia subiecti* riducendolo alla dimensione storica e mondana. Per Rosmini niente può stare sopra la persona che, creata libera, è così eccellente che “non può sottomettersi a nulla, fuorché alla verità”⁹⁰.

Per rimediare ai guasti del sensismo e soggettivismo, e a quelli dello scetticismo teoretico e dell’a-moralismo pratico che avevano generato la secolarizzazione dei valori, occorre una riforma della filosofia e un rinnovamento delle scienze, non di semplice facciata, ma da attuarsi con quel “buon coraggio che libera la filosofia da inutili restrizioni ed ingiusti vincoli, e nasce nella mente di chi prende a filosofare mosso dall’*amore della verità*”⁹¹. Dalla riforma della filosofia l’Abate fa dipendere la restaurazione di tutte le altre scienze, specie delle morali, che assieme al diritto e alla politica avevano maggiormente sofferto la devastazione del pensiero operata dal sensismo, dottrina pervasa dall’errore di anteporre l’utilità alla giustizia, e malattia dell’anima che disgrega e annienta ogni coscienza.

Contrariamente ai dettati del naturalismo, Rosmini non si limita all’analisi dell’esperienza umana, ma punta alla sua piena e totale comprensione, impegnandosi per una filosofia contraddistinta dai caratteri dell’unità e totalità⁹².

⁸⁷ A. ROSMINI, *Compendio di etica*, a cura di M. Manganelli, Città Nuova, Roma 1998, p. 128.

⁸⁸ A. ROSMINI, *Teosofia*, a cura di S.F. Tadini, Bompiani, Milano 2011, p. 270.

⁸⁹ A. ROSMINI, *Psicologia*, Tip. Miglio, Novara 1846, I, p. 21.

⁹⁰ *Filosofia del diritto*, p. 392.

⁹¹ *Introduzione alla filosofia*, p. 49.

⁹² Cfr. Ivi, p. 201.

"Dalla sovversione anzi dall'annientamento della Filosofia operato nel secolo scorso dagli autori del sensismo (...) derivò quella corruzione profonda della Morale, del Diritto, della Politica, della Medicina, e di tutte le altre scienze, della quale noi siamo testimoni e vittime (...). Da quell'ora sembra essersi in molti quasi perduto nelle cose morali il senso comune; le passioni e l'ignobile calcolo degli interessi materiali sono divenuti l'unico consigliere, l'unico maestro delle menti: e queste aperte a tutte le prevenzioni (...), intolleranti di ogni legge, frenetiche dei propri diritti, immemori dei propri doveri (...), sembrano aver perduto ogni coscienza della virtù e della verità (...). Il sensismo e il soggettivismo, che non è, propriamente parlando, una filosofia, non può avere una morale, perocchè niuna morale deriva dall'umano soggetto, il quale è bensì colui che viene obbligato dal dovere, ma non è e non può essere colui che obbliga. Coll'avere i sofisti trasformato l'obbligato nell'obbligante, scambiando il passivo con l'attivo, fecero fare un capitolombolo alla Morale. Acciocchè questa disciplina si raddrizzi, è d'uopo dimostrare che vi è un oggetto degno di riverenza ed amore (...): questo oggetto è l'essere PER SÉ OGGETTO, che non può mai non essere oggetto. Per la stessa ragione il sensismo e il soggettivismo rovesciò la scienza del Diritto sul quale si reggono non meno le relazioni dell'umana convivenza, che quella delle umane società. Poiché il Diritto nella sua parte materiale è una facoltà soggettiva che ha per fine l'utilità di chi la possiede e l'esercita: all'opposto della morale, che tutta si racchiude nel riconoscimento volontario e riverenziale dell'oggetto, senza che le conseguenze eudemonologiche formino o accrescano l'inflessibilità dell'obbligazione, assoluta come la verità. E quella facoltà soggettiva, che è come la materia del diritto, rimane, anche rimossa a morale; ma colla rimozione di questa, che è come la forma del diritto medesimo, la facoltà soggettiva, che è la materia del diritto, essa perde incontanente la dignità e l'essere formale del diritto. La quale dignità morale (...) le viene dal di fuori, cioè dalla morale, che la consacra proteggendola coll'imporre a tutti gli altri uomini l'obbligazione di lasciarla intatta e libera ai suoi atti. Laonde ristabilita la morale, fermatane immobilmente la base, è con questo stesso salvato anche il diritto, e la doppia eccellenza delle azioni umane, cioè l'etica e la giuridica"⁹³.

L'oggettività dell'essere permette di uscire dal circolo della soggettività generata dalla filosofia della sensazione. Sensismo e soggettivismo avevano fatto sì che la mente non può più riconoscere l'esistenza né di doveri né di diritti, influenzando negativamente tutta la sfera sociale. Volendo rigenerare la realtà frammentata e disorientata del tempo, l'Abate punta ad unire uomini e società intorno a principi comuni, che individua nel riconoscimento dell'essere, che è moralità e giustizia, nel primato e centralità della persona, e nella distinzione e correlazione tra ciò che è sostanziale e ciò che è accidentale. Profondamente convinto della rilevanza del fattore religioso anche in politica, Rosmini pensava fosse "assurda e mala cosa" considerare le dottrine politiche astratte da quelle giuridiche:

⁹³ *Introduzione alla filosofia*, pp. 29-32, *passim*.

“Se col sensismo e col soggettivismo la mente, coerente a se medesima, non può riconoscere l’esistenza né di doveri né di diritti; coll’annullamento poi di questi, ella non può più concepire alcun’altra politica che quella che si consuma in frodi e violenze, e che come il principe ideale del Machiavelli, è biforme, cioè mezza volpe e mezzo leone, quella che ha per suo necessario effetto procacciare l’odio a tutti i governi, quell’odio universale che li rende tutti impossibili, e che purtroppo vediamo diffuso in Europa a guisa di un diluvio, in cui affogano i governanti, con esso tutte le forme governative. Solo quando sia restituita la *morale* (e con questo dico la religione, che è la vita della morale) e colla morale il *diritto* (non una larva ingannevole di diritto), allora è possibile una scienza politica, custode della giustizia, tutrice della libertà di tutti, promotrice di ogni bene, autrice della concordia dei cittadini, fortissima madre della pace”⁹⁴.

3. Per come è costituita, la persona deve uscire dal buio dei sensi per elevarsi alla luce e al bene dell’intelletto. Nella persona divenuta morale Rosmini pone il principio del diritto, che trova la sua giustificazione nella libertà morale che “nasce nell’opposizione dell’oggetto al soggetto”⁹⁵ e lo precede e fonda nella verità della persona umana. Ed è nella libertà morale, incardinata nella legge oggettiva, che “il diritto comincia ad apparirci”⁹⁶. La persona è soggetto ed oggetto, senso e ragione, e attraverso l’energia morale che erompe dalla lotta tra l’istinto e la legge, gli uomini si affacciano al mondo del diritto, nella cui unità organica, sintetica, si compone lo scontro tra ciò che anela a rimuovere l’istinto e la necessità che sommerge la natura umana⁹⁷. La libertà, che è essenzialmente giustizia, è la sussistenza stessa del diritto, e tutto ciò che viene positivamente posto come giuridico può essere riconosciuto come diritto solo in rapporto alla persona e alla sua libertà.

Il diritto nasce nell’istante in cui diventa fonte di obbligazione per le altre persone, che sono tenute a riconoscerlo: non può esserci diritto senza che esista chi deve rispettarlo. In quanto “potenza di affermare tutto l’essere”⁹⁸, sentire il giusto e l’ingiusto, volontà intelligente e libera, principio di azione ed entità in cui si realizza la perfezione dell’essere, la persona umana è per Rosmini “il diritto sussistente, quindi anche l’essenza del diritto”⁹⁹. La persona, quale sostanza concreta di giustizia e libertà e misura dell’ordine sociale, è la *sussistenza* del diritto, dunque “la *realtà* di fatto del diritto”¹⁰⁰. Nella persona, dotata di intelligenza e volontà libera, si trova la sede di ogni diritto,

⁹⁴ Ivi, p. 32.

⁹⁵ Ivi, p. 106.

⁹⁶ *Filosofia del diritto*, p. 107.

⁹⁷ Rinvio ai miei *Persona e diritto in Rosmini*, Edizioni Rosminiane, Stresa 2005 e *Il diritto come giustizia e amore nella filosofia di Rosmini*, Edizioni Rosminiane, Stresa 2012. Ambedue i volumi fanno parte della collana “Biblioteca di studi rosminiani” pubblicata sotto gli auspici del Centro Internazionale di Studi Rosminiani di Stresa.

⁹⁸ *Filosofia del diritto*, p. 66.

⁹⁹ Ivi, p. 191.

¹⁰⁰ Ivi, p. 44, n. 1.

ed essendo essa per sua natura libertà sostanziale e diritto sostanzialmente costituito, ne viene che anche la libertà si identifica nel diritto.

Il diritto è “una facoltà di operare ciò che piace, protetta dalla legge morale, che ne ingiunge ad altri il rispetto”¹⁰¹. Esso nasce dal dovere morale che impone di non far male a persona. Esiste un diritto “ogni qualvolta esiste una persona atta almeno a patire, nel qual caso esiste nelle altre persone il dovere morale di non cagionarle dolore”¹⁰². Poiché il diritto discende dalla legge morale, non può esservi un diritto all’immoralità: “un mero capriccio non può mai essere l’oggetto di alcun diritto”¹⁰³.

Dall’essere viene la lezione del non nuocere, dal dovere morale ed estensivamente giuridico nasce l’inviolabilità della persona. Come derivazione della legge morale oggettiva, il diritto conserva sempre tutta la sua autorevolezza, anche e soprattutto quando viene violato, come afferma Rosmini in un celebre passo degno di stare accanto a quello di Aristotele sulla giustizia:

“Quando la forza bruta opprime l’uomo che ha per sé il diritto, allora questi eccita un interesse straordinario di sé negli altri uomini: il suo diritto pare che brilli da quel momento di uno splendore insolito: esso trionfa, perché si sottrae all’azione della violenza come un’entità immortale, inaccessibile a tutta la potenza materiale che non giunge pur a toccarlo, rimanendosi tutti i suoi sforzi esclusi da quella sfera alta e spirituale in cui abita il diritto”¹⁰⁴.

La negazione del diritto mette in luce la genesi e il carattere ideale: se staccato dall’etica e non più retto dalla necessità morale, il diritto si riduce a mera forza e perde la sua dignità di entità fondata sulla giustizia. Il dovere morale, prescrivendogli limiti, rende onesto il diritto in via negativa, e allo stesso tempo lo rende inviolabile, operando positivamente con l’obbligo di rispettarlo entro quei limiti. Il diritto è la persona, e attentare alla persona o violarla equivale a violare il diritto e la legge morale, che continua a splendere sull’uomo che la nega.

Per sua stessa essenza, il diritto è personale o non è, e non può mai essere contro la persona. Ledere la persona è ledere una sussistenza, e il dolore per la violenza subita dà luogo a ciò che Rosmini definisce *risentimento giuridico*, che è un effetto dell’idea di giustizia strutturalmente presente nella coscienza e che manifesta la violazione del diritto¹⁰⁵. La persona è un essere razionale e morale, il cui atto morale la impegna sinteticamente nella sua

¹⁰¹ Ivi, p. 107.

¹⁰² Ivi, p. 190.

¹⁰³ Ivi, p. 114.

¹⁰⁴ Ivi, pp. 103-104.

¹⁰⁵ Cfr. Ivi, p. 331.

intelligenza e volontà, ed è proprio alla luce dell'attività morale che i principi del diritto e della giustizia si ergono a valori universali e necessari.

Per sua natura, il diritto prescinde da ogni formazione storica ed è cosa diversa dalla forza, come testimonia anche il senso comune. La sua forza morale "è al tutto indipendente dallo spazio, dal tempo, e da quanto avvi di esterna e materiale potenza"¹⁰⁶. Pur se il suo esercizio implica la forza, il Roveretano non include la coazione nella definizione del diritto, in quanto l'uso della forza è per lui soltanto un accidente che si manifesta nell'esercizio del diritto: "Quella sola forza coattiva è inerente al diritto, che si ritrova di fatto nell'attività del soggetto del diritto; ma non gliene è essenzialmente inerente alcun'altra. Quindi non è punto necessario a costituire un diritto che esso abbia annessa una forza bastevole a difenderlo, come irragionevolmente taluni sostennero. Costoro sacrificano il diritto dei deboli"¹⁰⁷.

Egli ha idee molto chiare sui diritti dei fanciulli e degli anziani, dei minorati fisici e psichici, e dell'uomo appena venuto alla luce, che sono tutti persone e come tali inviolabili. Ad ogni uomo competono dei diritti in virtù della sua dignità personale: "Non v'ha né pazzo, né imbecille, né ubriaco, né bambino che sia privo dell'atto essenziale dell'intelligenza. Tali infelici non cessano di essere uomini"¹⁰⁸. Come afferma decisamente Rosmini, "i diritti connaturali nell'uomo non si possono impugnare"¹⁰⁹.

Contro il male che aggredisce l'individuo, il diritto è l'unica difesa nel mondo storico, il solo che induce a non violare l'intangibilità della vita umana in ogni sua forma. L'idea della persona come diritto vivente protetto dalla legge morale evita la sua riduzione alla mera dimensione naturalistica. Se all'uomo viene sottratta la persona, egli resta chiuso nelle angustie del soggettivismo che lo lega alla natura. Se si perde il valore della persona, è possibile ogni nefandezza contro l'uomo, che può essere salvato solo se riportato alla dimensione ontologica di persona: "Salvata la persona è salvato l'uomo, perita la persona è perito l'uomo"¹¹⁰.

4. Ciò che rende inviolabile il diritto è il dovere morale, ed estensivamente giuridico, che impone di non far male a persona: "Il diritto - afferma Rosmini - è diritto perché è inviolabile: non sarebbe diritto se nelle altre persone non esistesse prima il dovere di lasciare intatta quella porzione di potere, o sia di attività, che poi si chiama diritto"¹¹¹. Il diritto è essenzialmente etico in quanto dipende da un preesistente dovere, appreso dall'uomo nell'atto del conoscere, allorché vede l'*oggetto*, ossia l'*essere ideale* intuito. Il dovere giuridico spiega dunque il diritto che, in

¹⁰⁶ Ivi, p. 620.

¹⁰⁷ Ivi, p. 113.

¹⁰⁸ Ivi, p. 188.

¹⁰⁹ Ivi, p. 190.

¹¹⁰ A. ROSMINI, *L'introduzione del Vangelo secondo Giovanni commentata*, a cura di S.F. Tadini, Città Nuova, Roma 2009, p. 243.

¹¹¹ *Filosofia del diritto*, p. 128.

quanto espressione della morale, nasce dalla protezione che la essa accorda al bene utile di cui può fruire la persona. L'uomo ha il dovere di non nuocere al suo simile nel bene che questi possiede, e colui che ha questo bene protetto dalla legge morale ha un diritto, che deve essere riconosciuto e rispettato da tutti. La persona dunque è ed ha il diritto, il che vuol dire che in essa diritto oggettivo e diritto soggettivo coincidono, sono la stessa cosa.

Il diritto è la potenza morale per la quale l'uomo può fare tutto ciò che non gli è proibito dalla legge morale, e conseguentemente non si potrebbe mai formare e restringersi entro la sfera della realtà sensibile, perché gli si para innanzi, come necessità morale, la legge obbiettiva della verità evidente ed essenziale dell'essere. Nessuno può dissentire da questa legge senza sentirsi ingiusto e colpevole, e l'uomo sente di venire da essa sempre incondizionatamente obbligato, senza necessità di coazione fisica.

Diritto e morale hanno la stessa fonte, che è là “dove si trova la volontà e la legge”¹¹², e tuttavia sono autonomi l'uno dall'altra, distinti ma non separati. Per l'abate roveretano solo la distinzione dei due elementi, che preserva la loro specificità senza separarli, assicura all'individuo la garanzia pubblica della propria libertà, mentre la loro identificazione apre la strada allo Stato etico e totalitario. Il bilanciamento tra la sfera morale e la dimensione dell'utile esclude la necessità del fendente del Thomasius, strenuo sostenitore della separazione tra diritto e morale¹¹³. Il diritto non può mai prescindere dalla morale, che è “l'inconcusso fondamento di tutta la scienza del diritto”¹¹⁴, ma non può essere ridotto alla sola morale. Nella radice eudemonologica, che è la materia del diritto, sta dunque il tratto della sua distinzione dall'etica.

Il diritto non può essere confuso con la carità e la beneficenza, che sono doveri estranei alla sfera giuridica. Chi possiede un bene non può, secondo diritto, essere obbligato a farne elemosina, che tuttavia è moralmente doverosa. Il ricco che non fa l'elemosina – osserva Rosmini - compie un atto che non è moralmente lecito, ma ciò non autorizza il povero a spogliarlo dei suoi averi. Il povero non ha un diritto alla beneficenza, che resta un obbligo morale. Le opere di beneficenza, che relativamente agli uomini non sono obbligatorie, in relazione a Dio diventano tali ed esprimono la perfetta giustizia¹¹⁵. Avendo intuito che lo Stato assistenziale tende al totalitarismo, Rosmini si dichiara contrario alla beneficenza pubblica, necessariamente svolta con mezzi e procedure burocratiche, la quale “può riuscire, anzi che di vantaggio, di grave danno non solo alla nazione, ma alla stessa classe indigente che si pretende beneficiare”, anche perché “dissecca le fonti della beneficenza privata”¹¹⁶. Ed allora “il maggior beneficio che può farsi all'uomo non è dargli il bene, ma fare che di questo bene egli sia autore”¹¹⁷.

¹¹² Ivi, p. 104

¹¹³ Cfr. Ivi, p. 30.

¹¹⁴ Ivi, p. 87.

¹¹⁵ Cfr. Ivi, p. 413, nota 1, nonché p. 450.

¹¹⁶ A. ROSMINI, *La costituente del regno dell'Alta Italia*, in ID, *Scritti politici*, a cura di U. Muratore, Edizioni Rosminiane, Stresa 2010², p. 302..

¹¹⁷ A. ROSMINI, *Teodicea*, a cura di U. Muratore, Città Nuova, Roma 1977, p. 242.

Il Roveretano critica il giusnaturalismo moderno anche per le sue teorie egualitarie eccessivamente astratte. Egli è d'accordo sull'idea che il diritto debba essere rispettato per se stesso e non in relazione alla persona alla quale esso appartiene, e dunque relativamente al diritto tutte le persone si devono considerare uguali, a prescindere dalle condizioni personali, e in questo senso è vero che tutti gli uomini sono uguali, però "non è già che siano tali realmente, ma questa è un'astrazione che si fa colla mente (...). L'errore è consistito nel proclamare come assoluta questa eguaglianza delle persone e non come relativa ai diritti: nel prendere quest'astrazione per una realtà, che è il carattere da noi assegnato a tutti i sofismi moderni"¹¹⁸.

Fondato sulla natura relazionale dell'uomo, il diritto pone precisi confini atti a proteggere la persona da indebite invasioni, dando origine anche un salutare antagonismo. Nota realisticamente Rosmini:

«Il diritto in una persona, l'obbligazione corrispondente di rispettarlo nell'altre, pone una certa maniera di divisione fra persona e persona; l'una si oppone all'altra, come l'attivo s'opponesse al passivo; l'una possiede esclusivamente un diritto, l'altra è astretta di rispettarlo anche malgrado della pena che gliene può venire, anche a costo di qualsiasi privazione o sacrificio che far dovesse: il comando della *legge giuridica* è inflessibile, e, se si può dir così, immisericoorde. Tale inflessibilità del diritto rende spesso grave agli uomini questa relazione: ella si presenta alla immaginazione loro non che come una separazione fra essi e i loro simili, ma come una vera cotale ostilità. E tuttavia ella è giusta; anzi è ciò in cui consiste la giustizia presa in senso stretto. Chi ha il diritto può esigere che gli altri glielo rispettino: chi possiede un bene può esigere che gli altri glielo lascino godere in pace: con ciò egli vuole, è vero, la propria *utilità*, ma un'utilità giusta; ben potrebbe per generosità donare altrui ciò che possiede, ma non ne ha obbligazione, o certo gli altri non ne hanno diritto»¹¹⁹.

Come "parola della ragione morale"¹²⁰, il diritto sta nel dovere giuridico che impone di non far male a nessuno, quello stesso dovere che, applicato alla proprietà naturale, la fa assurgere alla condizione di diritto. Anche se di natura essenzialmente etica, il diritto è un'entità non esclusivamente etica, ma etica ed economica insieme, dove morale ed utilità coesistono come coesistono nella persona, che è la realizzazione sostanziale del diritto. Scrive Rosmini:

"Noi siamo partiti da un punto luminoso, cioè dal dovere morale evidente che 'la persona umana non deve essere offesa, danneggiata, afflitta' Stabilito un principio così semplice, abbiamo esaminata la persona umana, e trovato il fatto che (...) 'la persona umana ha congiunto a sé alcune cose per natura, ed altre per un atto suo proprio,

¹¹⁸ A. ROSMINI, *Politica prima*, a cura di M. d'Addio, Città Nuova, Roma 2003, p. 751.

¹¹⁹ *Filosofia del diritto*, p. 723.

¹²⁰ *Filosofia del diritto*, p. 469.

atto fisico-morale, le quali non possono venire contro suo volere da lei staccate, senza dolore'. Applicato quel principio etico a questo fatto psicologico, è venuta dirittissima la conseguenza, che 'niuno deve staccare dalla persona umana ciò ch'ella ha lecitamente attaccato a se stessa'; il che è quanto dire in altre parole che "ciascuno deve rispettare l'altrui proprietà"; giacchè abbiamo definito la proprietà: 'ciò che è unito con nesso fisico morale alla persona umana' ”¹²¹.

5. Nel brano appena riportato si possono cogliere le caratteristiche formulazioni incentrate sul binomio persona-proprietà, che sta alla base del *personalismo* rosminiano. Per l'Abate la proprietà è "un sentimento (un amore) che lega le cose alla persona"¹²². Se, come essenza del diritto, la persona è il principio supremo dei diritti (*principium essendi*), la proprietà è il principio della derivazione di tutti i diritti particolari (*principium cognoscendi*) che sono l'attuazione dell'umanità, principio che egli oppone al corrispondente principio kantiano della *possibile coesistenza*¹²³. Nata dalla sintesi tra persona e natura umana, la proprietà è <<il principio unificatore della divisa e sparsa esperienza giuridica>>¹²⁴.

Alla proprietà afferiscono diritti personali inviolabili ed indisponibili, che lo Stato non può ledere senza trasformarsi in uno Stato assoluto. I diritti non possono essere ridotti alla legge positiva senza aprire la strada alla loro usurpazione, dal momento che i diritti dei cittadini sono trascendenti perché incardinati nell'essere che è nella persona. Il dispregio della legge morale, che impone di conoscere intellettivamente l'essere nel suo ordine e riconoscerlo con la volontà, riduce l'uomo a mezzo. Una scienza del diritto che confonde fini e mezzi può sfociare solo nel relativismo etico e nel positivismo giuridico.

Poiché il diritto è la persona, la società e lo Stato non possono creare i diritti, ma solo regolarne la modalità rendendola obbligatoria per i consociati, lasciando intatto il valore dei diritti. Rosmini definisce con precisione il concetto della modalità dei diritti: "Tutto ciò che si può fare d'un diritto o intorno a un diritto, senza scemare punto il bene che esso contiene (...) ma o rimanendo il bene contenuto nel diritto uguale, o venendo accresciuto, chiamasi da noi modalità del diritto"¹²⁵. Entrando in società, gli uomini non rinunciano ai propri diritti, ma solo alla loro regolazione, consentendo che se ne faccia carico una sola mente, individuale o collettiva che sia. La stessa società civile, una delle tante società nate dalla facoltà di astrarre, è stata istituita al solo scopo di regolare la modalità dei

¹²¹ Ivi, p. 276.

¹²² Ivi, p. 1166.

¹²³ <<Rispetta l'altrui proprietà>> è la formula del principio della derivazione dei diritti particolari, un principio *semplice e universale* che Rosmini oppone a quello kantiano della *possibilità della coesistenza di più persone*, da lui accusato di scarsa universalità e troppa astrazione (Cfr. *Filosofia del diritto*, pp. 160 ss.).

¹²⁴ M. BARILLARI, *Introduzione critica a A. ROSMINI, Il principio del diritto*, Paravia, Torino 1924, pp. L-LI.

¹²⁵ *Filosofia del diritto*, p. 1491.

diritti: essa “è un puro mezzo, un complesso di mezzi, e non un fine”¹²⁶, e non deve estendere la sua azione fuori del regolamento più equo e più utile della modalità dei diritti. Solo se si limita alla tutela dei diritti, la società civile mostra che il suo scopo è il bene comune fondato sulla giustizia, concetto introdotto dal cristianesimo che ha sempre combattuto il principio del bene pubblico o dell’utilità che prevaleva nelle società pagane¹²⁷.

Il primo progresso della società civile sta nel restringersi alla regolazione dei diritti, che è il fine stesso della società capace di eliminare ogni dispotismo. Il secondo progresso consiste nell’estendere il governo civile a tutta la sfera della modalità in funzione del crescere dei bisogni sociali, sfera “che si presenta angusta alle società primitive, immensa alle società già pervenute a grande perfezione”¹²⁸. Per Rosmini tutte le ingiustizie della società e del governo si riducono al trapassamento della linea della modalità per entrare nei diritti delle persone, e solo se questo confine non viene superato si ha la pienezza della libertà civile. La limitazione del potere è il problema principale della politica, e la determinazione precisa della modalità dei diritti è il solo rimedio radicale al dispotismo.

La teoria del regolamento della modalità dei diritti come funzione propria della società e dello Stato, inedita prima di Rosmini e trascurata da quasi tutti gli studiosi, presenta una visione moderna e aggiornata del potere e delle istituzioni sociali¹²⁹. La legge fondamentale del governo civile consiste nel “non disporre menomamente del valore di alcun diritto, limitandosi a regolare la modalità di essi per guisa che tutti possano coesistere, svolgersi liberamente, prosperare”¹³⁰, ma il Roveretano è realisticamente consapevole che distinguere il diritto dalla sua modalità è operazione che richiede “molto sviluppo della facoltà d’astrarre”¹³¹.

6. La cultura illuministica era mossa da una sincera fede nell’avvenire e da un grande slancio verso il progresso, ma era inficiata da una visione astratta e antistorica della realtà. Il romanticismo aveva poi recuperato il passato e la tradizione, dando vita ad un movimento di pensiero che auspicava una più ampia libertà dopo l’esperienza del dispotismo napoleonico e della Restaurazione. Alla fiducia assoluta nella ragione era subentrato infine lo scetticismo, per il quale la ragione individuale, non credendo più a nulla, si autosvalutava e si automutilava, e la libertà era degenerata in arbitrio.

La cultura del Settecento aveva assolutizzato anche la dogmatica giuridica, riducendola a mera astrazione e scienza dei mezzi a scapito dei fini. La natura era considerata una realtà governata da leggi matematiche, fisiche e

¹²⁶ A. ROSMINI, *Filosofia della politica*, a cura di S. Cotta, Rusconi, Milano 1985, p. 647.

¹²⁷ Cfr. *Filosofia del diritto*, p. 1223.

¹²⁸ Ivi, p. 1432.

¹²⁹ Si veda la fondamentale ed ormai classica opera di F. MERCADANTE, *Il regolamento della modalità dei diritti. Contenuto e limiti della funzione sociale secondo Rosmini*, Giuffrè, Milano 1981.

¹³⁰ *Introduzione alla filosofia*, p. 34.

¹³¹ *Filosofia del diritto*, p. 1451.

chimiche (la *res extensa* di Cartesio). Iniziava così il processo di secolarizzazione della legge naturale, che veniva fatta consistere nell'obbedire a se stessi, come pensavano Rousseau e Kant. Di fronte a queste aberrazioni del pensiero, Rosmini assume la finalità di combattere la falsa idea dell'individuo come oggetto, idea funesta che rende possibile ogni nefandezza contro l'uomo e la manipolazione della sua persona.

Il tema antropologico è alla base, oltre che del diritto, anche della politica, concepita da Rosmini come scienza umana per eccellenza al servizio del fine morale della società. Egli accetta il metodo geometrico-matematico per la trattazione del diritto e della politica, che sono scienze ausiliari, ma lo respinge quanto alla filosofia del diritto e della politica, scienza unitaria e totale volta alle ragioni ultime.

“La Filosofia applicata alla Politica si solleva ad investigare quei principi immutabili, universali, dai quali aiutata la mente del savio, giudica rettamente di tutto ciò che può influire a bene o a male della civil società”¹³². Così il prete roveretano inizia la sua riflessione nel saggio *La società e il suo fine*, parte della sua *Filosofia della politica*, l'opera che si propone di ricercare la ragioni ultime, ossia i supremi criteri dell'arte del governo civile. La filosofia della politica individua i *criteri politici* che debbono orientare i *mezzi politici* determinati dalla scienza politica, mezzi che devono essere in armonia con le leggi del movimento naturale delle società civili.

Rosmini pensa la politica in modo rigoroso: perché possa esserci una società, “è d'uopo che vi abbia intelligenza: di più la società suppone un diritto, una giustizia, e delle virtù morali”¹³³. Egli critica la sostituzione del principio di giustizia con quello dell'utilità, persuaso che la politica debba sempre sottostare alla giustizia, la sola che può dare al governo civile la dignità morale che non possono dargli la potenza e la forza. La politica è autonoma solo strumentalmente, ed è falsa e ingannevole se non è dedotta dalla giustizia: “La politica cerca l'utilità, ma l'utilità vera e compiuta nasce dalla giustizia applicata rigorosamente fino alle sue ultime conseguenze a tutti gli accidenti sociali”¹³⁴. Compito della politica è determinare la distribuzione del bene utile all'uomo senza violare la giustizia, salvaguardando la libertà personale dalla preminenza dello Stato. Conseguentemente, il primo dovere del governo sociale è conservare la società rispettando la giustizia in tutta l'estensione e l'altezza della parola.

“Il governo civile, instrutto della dottrina della giustizia nelle sue tre parti (...) e dotato di una perfetta coerenza di ragionamento, può e deve dedurre tutte le regole della prudenza politica dalla sola giustizia: conclusione che può sembrare un paradosso perchè veramente è una sentenza fuor d'opinione, non potendo essere di molti la coerenza della mente (...). Ora quello che prima di tutto insegna la giustizia sociale (...) si è che il civile governo coi suoi atti e colle sue disposizioni non deve uscire giammai dai naturali confini della sua autorità (...). Laonde sino a tanto che

¹³² *Filosofia della politica*, p. 155.

¹³³ Ivi, p. 242.

¹³⁴ Ivi, p. 669, nota 4.

non si riconosca sinceramente il supremo impero della giustizia, nessun governo può avere un confine, oltre il quale il suo potere non voglia trapassare¹³⁵.

L'Abate ritiene che le società, per la compresenza in esse di beni eudemonologici ed etici, siano guidate simultaneamente da due forze opposte, la *ragion pratica* delle masse, tesa ai beni immediati e particolari, e la *ragione speculativa* degli individui, propria di pochi e tesa alla conservazione della società¹³⁶. Convinto della rilevanza del fattore religioso nella politica, egli ritiene che sia stato l'annuncio evangelico, "con la sua natura essenzialmente morale", a sottrarre dalla perdizione le società, e lo ha fatto rivolgendosi agli individui e non alla masse, sicché "giustamente può dirsi che il cristianesimo salvò le società mediante la ragione degli individui, e non mediante quella delle masse"¹³⁷.

7. Il dispregio della legge morale del riconoscimento dell'essere nel suo ordine riduce l'uomo a mezzo. Considerare i cittadini in funzione dell'utilità che arrecano allo Stato, significa abbassarli dalla condizione di persone con qualità di fine a quella di cose strumentali. Secondo il criterio dell'utilità, osserva Rosmini, "un branco di pecore può valere più di un branco di uomini. Questo calcolo non può aver luogo che là dove è in vigore la schiavitù"¹³⁸. La moralità è il fine formale ed essenziale di tutte le società, e perciò egli vuole riportare al centro della vita sociale e politica il tema della giustizia, che era stato accantonato dal sensismo a favore dell'utilità. Ciò che il Roveretano contesta non è l'utilità in se stessa, ma la sua erezione a principio e criterio di valutazione dell'agire umano e, convinto che l'assolutizzazione dell'utile si ritorce contro l'uomo, arriva a scrivere: "L'utilità non ha limiti: perciò se il principio del Governo è quello dell'utilità, il Governo neppure può aver limiti. Resta dunque il dispotismo in tutta la sua pienezza, in tutta la sua esagerazione, in tutta la sua nudità"¹³⁹.

Costantemente preoccupato che la rimozione dell'Assoluto potesse essere sostituita con la divinizzazione dello Stato, Rosmini pensava fosse necessario sostituire la giustizia alle teorie sensistiche dello scientismo moderno, sottoponendo la politica al giudizio della filosofia, da cui la scienza politica riceve la propria legittimazione¹⁴⁰.

¹³⁵ *Introduzione alla filosofia*, pp. 32-33.

¹³⁶ *Filosofia della politica*, pp. 112 ss.

¹³⁷ *Ivi*, p. 436.

¹³⁸ *Ivi*, p. 501.

¹³⁹ A. ROSMINI, *La Costituente del Regno dell'Alta Italia*, in ID., *Scritti Politici*, p. 316.

¹⁴⁰ Si veda E. BOTTO, *Ripensare la politica. La prospettiva rosminiana e il dibattito contemporaneo*, nel vol. misc. *Le ali del pensiero: Rosmini e oltre. Le sfide della modernità*, a cura di E. Butturini e G. Canteri, Editrice mazziana, Verona 2009. Si veda altresì, nello stesso volume, M. CIOFFI, *Persona, diritto e politica nel pensiero di Antonio Rosmini*.

“ ‘Le sommità del secolo scorso perdettero di veduta la giustizia, quest’essenza della perfezione delle leggi; l’attenzione si rannicchiò nell’utilità: fu un passaggio dai principi alle conseguenze. La giustizia è un *principio*, l’utilità è una *conseguenza*. Fino a che questa conseguenza della utilità si considera nel suo nesso col principio della giustizia, il pensare non è pervertito (...). L’utilità è un fatto, come è un fatto la sensazione; la giustizia è un’idea: vedere in questa idea della giustizia i fatti è vedere “nel generale i particolari”: ecco l’umana sapienza: tale è lo scopo altresì della *Filosofia del diritto*. La giustizia non è cosa manufatta dagli uomini, ella è l’essenza di tutte le leggi: né alcuna autorità esiste se non quale ministra della giustizia’¹⁴¹, quella giustizia che ‘entra prima d’ogni altra cosa nella costruzione di ogni umana società, e a stessa società dunque è un effetto, un’opera della giustizia (...). La *Filosofia del diritto* adunque, quale scienza della giustizia sociale, ha in verso la *Filosofia della politica* il rispetto di *fine*; e questa in verso di quella il rispetto di *mezzo* (...). Laonde la Filosofia della politica segue la Filosofia del diritto come la scienza dei mezzi segue e prende ordine e direzione dalla scienza dei fini (...). Assurda e mala cosa è il considerare le dottrine politiche, come fece prima il Machiavelli e poi tanti dopo di lui, astrazione fatta dalle dottrine giuridiche: quasi che quelle possano andarsene scompagnate da queste, a cui debbono, siccome ancelle, umilmente servire’¹⁴².

L’uomo politico, usando i criteri elaborati dalla filosofia della politica, deve condurre la società al suo fine prossimo, che è il regolamento della modalità del diritto, curando di sott’ordinarlo al fine remoto della società, che è il conseguimento del bene morale. In ciò sta la parte più eccellente della politica, che in tal modo può “partecipare della nobiltà del Diritto. È certo – aggiunge Rosmini - che ogni principio di diritto è un’eccellente regola da seguirsi in politica”¹⁴³.

Il politico accorto bada alle esigenze sostanziali o primarie della società, subordinando ad esse tutto ciò che è accidentale o secondario. I massimi errori politici “sono quelli pe’ quali chi governa una società perde di vista quanto costituisce la sussistenza di essa società, sollecito soverchiamente di ciò che forma il suo accidentale perfezionamento”¹⁴⁴.

Il sensismo aveva dunque trascurato l’idea di giustizia per concentrarsi sui fatti e sull’utilità, distogliendo l’interesse dai principi e dall’essenziale per spostarlo sull’accessorio e le conseguenze. Il giusnaturalismo del secolo dei lumi aveva originato un gran numero di codificazioni estremamente particolareggiate, che nella loro sistematica costruzione deduttiva regolavano nei minimi dettagli gli istituti giuridici, deducendo da mere astrazioni una società ideale supposta valida per tutta l’umanità senza considerare le situazioni concrete. Tutti i codici civili erano tratti dai

¹⁴¹ *Filosofia del diritto*, pp. 6-7-8.

¹⁴² Ivi, pp. 18-19.

¹⁴³ Ivi, p. 1581.

¹⁴⁴ *Filosofia della politica*, p. 80.

principi generali della ragione, in base alla tesi che nulla vi è di assoluto nel diritto, e che tutto sta nella sola ed illimitata volontà dello Stato.

Molti si erano illusi che bastasse un codice per risolvere ogni problema di diritto, un codice ritenuto perfetto per definizione, a prescindere da ogni riferimento reale alla giustizia. Rosmini guarda con favore ai codici, ma vuole che le leggi siano anzitutto giuste e non mero comando del legislatore. Per lui la perfezione delle leggi sta solo nella giustizia, e ogni altro loro pregio è accidentale, accessorio e derivato. L'Abate respinge l'idea che il solo diritto degno di meritare questo nome sia quello dello Stato che nega qualsiasi ruolo alla legge naturale. Egli vuole un codice basato sulla giustizia, che è l'unica garanzia di oggettività in quanto non manipolabile dall'uomo.

8. “Voce di molti oggidì si leva a dimandare ai governi una legislazione certa, unica, universale, ovvero ad applaudir loro perché colla formazione dei Codici tale la resero (...). Pochi tuttavia si ricordano di darle a bel principio apertamente l'epiteto di giusta”¹⁴⁵. L'amara constatazione che dà inizio alla *Filosofia del diritto* mette in luce la dimensione fondamentale della giustizia che attraversa tutta l'opera rosminiana. La diffusa richiesta di una legislazione certa, unica ed universale rappresenta sicuramente un passo avanti nel progresso, ma ciò che non persuade Rosmini è l'eccessiva fiducia posta nei codici, quasi bastasse una normativa uniforme raccolta in un unico volume per ottenere leggi perfette. Il positivismo giuridico aveva creato l'illusione che un codice potesse essere perfetto a prescindere da ogni riferimento alla giustizia e al diritto naturale, tanto che Napoleone riteneva talmente definitivo e vincolante il suo codice da escluderne ogni interpretazione. “Ciò che noi riproviamo – scrive Rosmini avvertendo il rischio dell'assolutizzazione del legalismo - è il grido che dicesi emesso da Napoleone alla vista del primo commentario del suo codice civile: *Mon Code est perdu!* Ciò che riproviamo è che la legge dell'uomo tenti di soggiogare sacrilegamente la legge della natura e di Dio”¹⁴⁶.

Per il Roveretano un governo è perfetto se rende giustizia a tutti, se tutela la libertà di tutti e se promuove l'utilità di tutti garantendo la proprietà. L'assetto migliore della società civile si risolve “in un'armoniosa conciliazione fra le libertà private e l'autorità del governo, di modo che sotto la più ferma autorità si conservi a ciascuno l'esercizio della maggiore possibile libertà giuridica. Tale è il vero e sano liberalismo, che gli utopisti si travagliano di sovvertire dalle fondamenta”¹⁴⁷. Rosmini vuole che ognuno possa esercitare liberamente i propri diritti dentro la sfera della moralità e della giustizia. Il *liberalismo* è da lui inteso come “un sistema di diritto e insieme di politica, il quale assicura a tutti il prezioso tesoro di loro giuridiche libertà, il più desiderabile bene dell'umana vita e della sociale”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ *Filosofia del diritto*, p. 1.

¹⁴⁶ Ivi, p. 10.

¹⁴⁷ *Saggio sul comunismo e sul socialismo*, Talete, Roma 2008, p. 21.

¹⁴⁸ Ivi, pp. 8-9.

La società civile deve sottostare alle stesse leggi che obbligano l'individuo. "In relazione al diritto un corpo collettivo non è che una persona giuridica uguale a qualsiasi altra individuale", e tutte le controversie "si debbono decidere dagli stessi principi d'universale giustizia"¹⁴⁹. La prevaricazione della politica sul diritto, dell'economia sulla politica, di ciò che accidentale su ciò che è sostanziale, degenerando assolutismo ed anarchia, sono le tappe fondamentali della dissolutezza della società che porta irrimediabilmente alla sua dissoluzione¹⁵⁰.

Il filosofo trentino è convinto che per il benefico influsso del cristianesimo, "religione eminentemente sociale"¹⁵¹ che "sollevando immensamente il diritto sopra il fatto tolse a quest'ultimo l'ingiusto dominio del mondo"¹⁵², la società avverte sempre di più l'esigenza della giustizia, quella giustizia che prevarrà sulle ingiustizie politiche quando si raggiungerà "l'uniformità del pensare nazionale circa le leggi della sociale giustizia"¹⁵³. L'uniformità di opinioni ha anche l'effetto di ridurre al minimo la necessità dei partiti politici, fino a determinare il loro annientamento¹⁵⁴.

Ma affinché l'idea della giustizia sociale possa diventare opinione comune e generalizzata, è necessaria una

"lunga, pubblica, libera discussione: gli individui non si possono intendere se non parlano molto fra loro; se non si comunicano a lungo di continuo i propri individuali sentimenti; se non contrastano insieme con calore; se gli errori non escono dalle menti e manifestati a pieno sotto tutte le forme, non vengano anche a pieno e sotto tutte le forme combattuti; se le idee imperfette dei singoli non ricevono perfezione dallo scontro colle idee di tutti; se dall'abbattersi insieme delle idee non si giunge distinguere quella parte che è ammessa da tutti, e dal suffragio di tutti riceve autorità immensa, da quell'altra parte che è meramente individuale, e che suol essere agevolmente abbandonata dagli individui che la sostengono tosto che si veggano soli a mantenerla; se finalmente a forza di ragionare insieme non si giunge a convincersi che in molte cose già si conviene senza saperlo, le sole espressioni, le sole forme variando, non il pensiero intimo che è uguale; ond'è che spesso per trovarsi d'accordo basta si uniformi o si accomuni il linguaggio, al che gli uomini presto arrivano, e pur s'avvedono, che in questo solista la discrepanza che li divide, massimamente che l'esercizio del ragionare insieme conduce tutti ad imparare il linguaggio di ciascheduno, e il linguaggio di ciascheduno diventa un solo linguaggio di tutti"¹⁵⁵.

¹⁴⁹ *Filosofia del diritto*, p. 603.

¹⁵⁰ Cfr. *Filosofia della politica*, pp. 77 ss.

¹⁵¹ Ivi, p. 308, nota.

¹⁵² *Filosofia del diritto*, p. 852.

¹⁵³ Ivi, p. 1406

¹⁵⁴ Si vedano le efficaci *Considerazioni sui partiti politici in Rosmini* di P.P. OTTONELLO, in "Rivista Rosminiana di filosofia e cultura", CVII, fasc. III/2013, pp. 189-193.

¹⁵⁵ *Filosofia del diritto*, pp. 1407-1408.

9. Nato in anticipo sui tempi, Rosmini non fu compreso da molti dei suoi contemporanei, ai quali ha porto verità spesso inintelligibili anche a uomini di Chiesa fermi al linguaggio “perenne” della Scolastica. Oggi di lui si apprezza particolarmente l’opera di rinnovamento culturale tesa a raccogliere i valori pratico-sociali nell’unità della persona, ed anche il tentativo di applicare la moralità all’area del diritto e della politica, discipline da lui fondate su giustizia e persona. Le sue idee sono viste come anticipatrici di nuove forme di convivenza concrete e non utopistiche, con l’utile integrato nel giusto e il bene comune sostituito a quello pubblico e all’utilitarismo.

Il filosofo roveretano ha teorizzato un diritto fondato sulla giustizia e una politica subordinata al diritto, una società libera con più giustizia e meno Stato. Ha ricondotto nei giusti limiti lo Stato che la modernità aveva reso infallibile ed onnipotente, ed ha posto nella libertà personale il limite etico alla preminenza di questa entità che è solo qualcosa di particolare, non assoluta e con funzione di servizio. Tutte le ingiustizie della società e del suo governo si riducono al trapassamento della linea della modalità per entrare nei diritti delle persone individuali e collettive, e solo se questo confine non viene superato si ha la pienezza della libertà civile.

La stessa società civile è stata istituita solo al fine di regolare la modalità dei diritti: essa “è un puro mezzo, un complesso di mezzi, e non un fine”¹⁵⁶, e pertanto deve limitare la sua azione al regolamento più equo e più utile della modalità dei diritti, e ogni volta supera la linea della modalità commette ingiustizia:

“Il governo civile opera contro il suo mandato quando si mette in concorrenza coi cittadini, o colle società che essi stringono insieme per ottenere qualche utilità speciale: molto più quando, vietando tali imprese agli individui o alle loro società, ne riserva a sé il monopolio. Le società civili per contro s’avvicinano al loro ideale più che esse si scaricano di tali imprese, abbandonandole all’attività privata che esse debbono tutelare e promuovere; e si può con sicurezza asserire che fece maggiori progressi nell’incivilimento quel governo che ottiene più di ben pubblico mediante l’opera spontanea d’individui e di società private da lui protette, e meno si mette alla testa di tali imprese”¹⁵⁷.

Coerentemente, il primo dovere del governo sociale “è quello di giudicare nel caso di contenzione fra i suoi membri: quindi a lui è ingiunto di stabilire leggi, tribunali, procedura legale sì fatta che colla maggiore celerità, colla

¹⁵⁶ *Filosofia della politica*, p. 647.

¹⁵⁷ *Filosofia del diritto*, pp. 1430-1431.

minima spesa, col minimo incomodo, e colla massima rettitudine sia resa a tutti giustizia”¹⁵⁸. Affinché la società possa rendersi immune da ogni ingiustizia, Rosmini dà la formula atta a regolare l’azione sociale: “La società civile mantenga inviolato il principio della libera concorrenza universale secondo il Diritto di ragione”¹⁵⁹.

Con queste formulazioni, l’Abate anticipa la nozione di ciò che più tardi sarà chiamato principio di sussidiarietà, principio da lui ritenuto il solo rimedio radicale al dispotismo in tutte le sue forme.

“La libertà è “l’esercizio non impedito dei propri diritti”. I diritti sono anteriori alle leggi civili. Il fondamento della tirannia è la dottrina che insegna il contrario. Le leggi civili possono essere giuste, ovvero ingiuste, e in questo caso sono tiranniche. Se le leggi civili non offendono i diritti, che sono ad esse precedenti, e si limitano a proteggerne l’esercizio, acciocché da niuno ostacolo esso venga impedito, sono giuste, e il popolo che vive sotto queste leggi è libero. Se pretendono di essere superiori a quei diritti che esistono prima di esse, pretendono d’esserne esse le fonti, d’esserne il padrone, sono ingiuste, e il popolo che ha un Governo fondato su una tale teoria dell’onnipotenza delle leggi civili è schiavo (...). Il Governo centrale deve essere forte, e in pari tempo tutti i governati devono godere della maggiore libertà. Saper distinguere ciò che appartiene alla forza del Governo, e non alla libertà dei governati, e ciò che appartiene alla libertà dei governati, e non alla forza del Governo: nulla cedere di questa, e nulla usurpare di quella: ecco una delle parti principali e della più difficili della sapienza politica”¹⁶⁰.

L’idea del diritto e della politica fondata nella giustizia dista anni luce dai criteri illuministici sui calcoli del piacere e dell’utile. Volendo restituire all’uomo l’orizzonte etico e metafisico di cui era stato privato, Rosmini pone nella giustizia il principio basilare e conduttore del progresso verso una società di uomini liberi. La realizzazione della giustizia sociale è la sua prima preoccupazione, il valore primo e fondante di tutto il suo costituzionalismo, massimamente espresso ne *La costituzione secondo la giustizia sociale*, “dedotta dalla natura della società civile e dal diritto che ad essa presiede”¹⁶¹, desunta dalla giustizia sociale e basata sulla libertà e sul riconoscimento dei diritti

¹⁵⁸ Ivi, pp. 618-619. È interessante notare come Rosmini, discorrendo dei diritti di difesa e risarcimento spettanti allo Stato, ritenga che, in certe circostanze, l’uomo possa rendersi ministro della giustizia, e ciò non per una ipotetica delega della società, ma in nome della originaria socialità che abita in lui: “Nel tempo stesso che i tribunali civili sono utilissimi, non sono però sufficienti al compimento della giustizia; né possono rendere totalmente inutili i giudizi naturali (extra-sociali): onde neppure il debbono. L’impedire totalmente agli uomini la giustizia privata sarebbe un autorizzare l’ingiustizia, e nessuna legislazione civile spinse mai le cose così all’estremo. Il governo che pretendesse di condurre cotanto in là l’opera della civile legislazione invaderebbe il territorio della vita privata, assalirebbe la famiglia, l’individuo, ogni cosa: sarebbe, in una parola, giunto all’eccesso del dispotismo” (Ivi, pp. 698-699).

¹⁵⁹ Ivi, p. 1472.

¹⁶⁰ A. ROSMINI, *Della libertà d’insegnamento*, in ID., *Scritti pedagogici*, a cura di G. Picenardi, Edizioni Rosminiane, Stresa 2009, pp. 72-73-113.

¹⁶¹ A. ROSMINI, *La Costituzione secondo la giustizia sociale*, in *Scritti politici*, p. 239.

naturali dell'uomo, inviolabili e garantiti da un apposito *Tribunale politico*¹⁶². Il Roveretano non si limita a mostrare l'ideale della giustizia, ma concepisce anche un sistema di giustizia politica atto a realizzarlo e a rimediare al rischio, sempre incombente, che la giustizia venga violata anche nella formazione delle leggi. Solo un organo di giustizia politica può conferire allo Stato il vero carattere di giustizia, solo il giudizio di costituzionalità delle leggi può sancire il primato della giustizia sulla politica e del potere giudiziario su quello esecutivo. In aggiunta al suo progetto di costituzione, Rosmini ha proposto, nel saggio *Sull'unità d'Italia*, un modello federalistico tra i vari Stati della Penisola, fondato sul massimo rispetto per l'autonomia di persone, gruppi e organizzazioni sociali, atto a realizzare una unità organica senza omologazione e accentramento livellatore¹⁶³.

Come voleva riformare lo Stato, così l'Autore delle *Cinque Piaghe*¹⁶⁴ voleva aggiornare la Chiesa, bisognosa di essere affrancata dalla sudditanza politica ed essere restituita alla libertà e alla povertà delle origini. L'idea di libertà e giustizia sono i cardini comuni della riforma dello Stato e dell'aggiornamento della Chiesa, uniti nel ripudio della religione come *instrumentum regni*. Queste ed altre sue intuizioni, quali esaltazione del ruolo del laicato, rinnovamento del clero, risveglio dello spirito liturgico, sono diventate capitoli fondamentali del Concilio Vaticano II¹⁶⁵. Contro l'illusione di potersi sottrarre alle sfide della modernità attraverso un impossibile ritorno al passato, il filosofo e teologo roveretano si è impegnato a fondo per il dialogo tra fede e cultura, ricercando nuove modalità di radicamento del cristianesimo nella cultura moderna.

10. Persuaso che ogni discorso sul diritto ricade inevitabilmente sull'uomo, Rosmini ha teorizzato un diritto fondato sulla persona e una politica subordinata al diritto, auspicando una società con più giustizia e meno Stato, nella quale poter esercitare liberamente i propri diritti. Il fondamento personalistico del diritto supera il fragile principio di uguaglianza della Rivoluzione francese, la pretesa perfettistica delle costituzioni e delle codificazioni, le elusive ed inefficaci dichiarazioni illuministiche dei diritti dell'uomo, prive di validità *erga omnes* perché prescindono dallo statuto metafisico della persona.

Affermando il primato della persona rispetto al potere astratto ed assoluto dello Stato e ponendo in essa e nella sua libertà il limite etico alla preminenza dello Stato, l'Abate ammonisce che solo la persona può essere artefice del proprio appagamento, della propria felicità e perfezione, in definitiva del proprio destino, e da qui la critica alle degenerazioni totalitarie della Rivoluzione e della Restaurazione, il rigetto dello Stato etico, l'affermazione che esso

¹⁶² Sul costituzionalismo rosminiano rinvio all'intervento da me svolto a Roma, in Campidoglio, dal titolo *Figure di costituenti: Antonio Rosmini*, in AA. VV., *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione Italiana*, a cura di F. D'Agostino, Giuffrè, Milano 2010 (Quaderni di *IUSTITIA*, n. 3). Rinvio altresì al mio saggio *Il costituzionalismo albertino e il costituzionalismo rosminiano*, nel vol. misc. *Rosmini politico. Tra unità e federalismo*, a cura di G. Picenardi, Edizioni rosminiane, Stresa 2011.

¹⁶³ Cfr. A. ROSMINI, *Sull'unità d'Italia*, in ID, *Scritti Politici*.

¹⁶⁴ A. ROSMINI, *Delle cinque piaghe della Santa Chiesa*, a cura di A. Valle, Città Nuova, Roma 1998.

¹⁶⁵ Cfr. il vol. misc. *Una profezia per la Chiesa. Antonio Rosmini verso il Vaticano II*, con premessa di G. Betori (Card.), Edizioni Ferial-Comunità di San Leonino, Panzano in Chianti (FI) 2009, realizzato in collaborazione con il Progetto Culturale della CEI. Il volume reca anche il mio contributo *Rosmini nostro contemporaneo*.

non può mai surrogare la persona. Al diritto assoluto e astratto del positivismo, ha sostituito un diritto vivente nella persona e concepito entro il sistema della giustizia, innervato nell'essere e più forte delle creazioni artificiali dell'uomo, un diritto che può essere assunto per fondare, in modo condiviso, i diritti dell'uomo, "i veri diritti dell'uomo (che) – puntualizza l'Abate - non sono meramente *qualità* inerenti alla natura dell'individuo, ma sono *relazioni morali* fra più individui, risultanti dalla natura umana comune, in ciascuno di essi esistente"¹⁶⁶.

Rosmini, che aveva dovuto confrontarsi con lo Stato accentratore e laicista nato dalla Rivoluzione, con quello teorizzato da Hegel e quello socialista di Saint-Simon e Fourier, ha ridimensionato lo Stato che la modernità aveva reso infallibile ed onnipotente. Convinto che l'assolutizzazione del potere porta al dispotismo e riduce la politica a mera organizzazione di egoismi, ha combattuto, assieme al totalitarismo, anche l'egoismo politico, definito "un sofisma che si copre col nome bellissimo di liberalismo ed edifica sul dorso incurvato degli uomini la mole di un governo onnipotente"¹⁶⁷.

Ha condannato i principi della ragion di stato, ha rifiutato i monopoli e l'intervento statale nell'economia, ha anticipato il concetto di sussidiarietà. Ha combattuto la pretesa egualitaria come meta raggiungibile dalla politica, ricordando che le disuguaglianze, sebbene in contrasto con la giustizia, sono utili all'ordine dell'insieme. Ha avversato il baldanzoso pregiudizio dell'utopia perfettistica, portatrice dell'idea di un progresso inarrestabile dell'umanità, ma non ha negato la possibilità di un progresso vero, "sintetico", tale cioè da investire tutto l'uomo nella sua dimensione reale, ideale e morale, un progresso capace di soddisfare le esigenze della modernità senza comprometterle con l'immanentismo soggettivistico. L'utopia, scrive Rosmini, "lungi dal felicitare gli uomini, scava loro l'abisso della miseria; lungi dal nobilitarli, li ignobilita al par dei bruti; lungi dal pacificarli, introduce la guerra universale, sostituendo il fatto al diritto; lungi d'eguagliare le ricchezze, le accumula; lungi dal temperare il potere dei governi, lo rende assolutissimo"¹⁶⁸.

Alla scissione kantiana della filosofia dalla legge morale, il Roveretano oppone l'oggettività dell'essere che spezza il circolo vizioso della soggettività e permette di attingere il bene oggettivo presente nell'uomo e afferrabile dalla ragione. Assesta un colpo decisivo alle teorie sensistiche che, attribuendo alla legge morale caratteri umani, la vanificavano, e al freddo ascetismo kantiano sostituisce la felicità quale bene supremo dell'uomo. All'individuo come ragione generale e a quello che si annulla nello Stato, oppone la persona come essenza e fonte della storia. Al socialismo utopistico di Saint-Simon e seguaci ricorda che "i beni temporali messi per fine conducono le nazioni a distruggere se stesse e l'uomo ad imbrutire"¹⁶⁹.

¹⁶⁶ *Filosofia del diritto*, p. 400.

¹⁶⁷ *Introduzione alla filosofia*, p. 35.

¹⁶⁸A. ROSMINI, *Saggio sul comunismo e sul socialismo*, p. 51.

¹⁶⁹ *Filosofia della politica*, p. 447.

A Marx e Hegel, fautori di un progresso inarrestabile dell'umanità attraverso lo Stato, Rosmini rimprovera di aver sostituito il perfettismo alla perfettibilità, il primo assolutizzando la prassi rivoluzionaria, il secondo fondando tutto sulla razionalità senza morale. Egli sa che il male è ineliminabile, che la società perfetta è irrealizzabile perché l'uomo non è perfetto, e che le leggi statali non possono promuovere tutto il bene ed impedire tutto il male, e da qui il suo monito a non aspettarsi una società libera da chi annulla la libertà individuale.

Il problema decisivo della filosofia sociale di Rosmini è l'apertura alla trascendenza come dimensione costitutiva dell'ordine politico e giuridico. La chiave ermeneutica della *Filosofia del diritto* sta nella volontà amorosa che restituisce a tutta la filosofia la sua originaria vocazione sapienziale. La legge della giustizia e dell'amore, che ha già perfezionato la società, la perfezionerà ancora fino a condurla alla compiuta giustizia, quella carità che è l'essenza della moralità ed il pieno compimento della legge. Alla Provvidenza divina, che ha già eliminato dalla società familiare, attraverso la società civile, il devastante egoismo in cui era rinchiusa, rimane da fare un'altra operazione, l'ultima, quella di togliere l'egoismo dalle nazioni. Così l'Autore conclude la sua opera:

“Ma ora la società civile è inorgoglita ella stessa di sua vittoria. L'egoismo è passato dalle *famiglie* nelle *nazioni*. Questo nostro è appunto il tempo *dell'egoismo nazionale*: egli vige questo egoismo, cresce, invade tutto, crede di poter tutto, s'irrita e innaspra ad ogni sospetto che gli sia messo alcun modo, alcun freno. E pure deve riceverlo cotesto freno, e lo riceverà dalla legge della giustizia universale propria della società teocratica, e dal progresso della carità universale predicata incessantemente dalla Chiesa di Cristo. La società teocratica non vuol distruggere la civile, ma vuol trarre a lei di seno il vizio dell'egoismo che la difforma rendendola ingiusta; come la società civile non volle distruggere la domestica, ma volle guarirla dallo stesso malore d'un egoismo ancor più ristretto, di cui andava viziata (...). La società civile, diciamol di nuovo, rimane a perfezionarsi, ingrandendosi, coll'amicarsi alla società universale, alla società teocratica perfetta, onde solo attingerà la compiuta giustizia e si purgherà d'ogni spirito d'ingiustizia. A fare la via ad un sì felice ringiovanimento della nazioni, noi togliemmo a determinare con precisione il fine, entro cui dee tenersi col suo governo la civil società, “il regolamento della modalità dei diritti”. È un piccolo seme, a dir vero, ma noi consegniamo questo seme alla logica del tempo ed alla carità dei cristiani”.

Saggi

Salute umana, consenso e tutela della dignità: riflessioni sul fine vita fra diritto e religione

Di Mauro Fortunato Magnelli

1. Complessità del tema d'indagine: formazione e sensibilità dell'interprete. Potenziamento degli strumenti di cura e prolungamento della vita. Progresso tecnologico ed esposizione al rischio: la scienza medica fra potenza strumentale e limiti. Varietà degli approcci culturali alle questioni della vita e della morte. L'esperienza del "lento morire" fra principi generali e concreti bisogni del malato. – 2. Il contenuto della legge 219/2017 tra valori costituzionali e principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Diritto alla vita e problemi interpretativi: la vita umana fra diritto di libertà e dovere di tutelare l'integrità; il diritto alla vita come aspirazione ad un'esistenza dignitosa e il problema del se venga in essere una situazione soggettiva non limitabile oppure limitabile a certe condizioni. L'intangibilità del bene vita: la volontà del paziente fra cessazione della nutrizione e dell'idratazione artificiale e possibilità di ottenere sostegno al proposito suicidario. Eterogeneità dei contesti di malattia. Le posizioni della Corte costituzionale: la pronuncia del settembre 2019 e la dignità del morire. – 3. Il comma 1 dell'art. 1 della l. 219/2017 e la priorità del diritto alla salute. La salute quale equilibrio psico-fisico dell'uomo. Liceità e meritevolezza dei trattamenti sanitari fra personalismo e solidarismo. Impossibilità di scelte libertarie e limiti al dovere di provvedere alla conservazione dell'integrità. – 4. Gli atti di disposizione del corpo e i parametri del giudizio di ammissibilità. – 5. Promozione e valorizzazione della relazione di cura fra paziente e medico. Il rapporto fra «competenza, autonomia professionale e responsabilità del medico» e scelte terapeutiche del paziente: centralità della "fiducia". Formazione, comunicazione ed informazione: tutela effettiva del paziente e ridefinizione del ruolo del medico. – 6. Fondamento e contenuto degli obblighi del medico: il rapporto tra il comma 6 dell'art. 1 l. 219/2017 e il comma 3 dell'art. 7 l. 8 marzo 2017, n. 24. – 7. Il consenso libero, reale, personale e consapevole del paziente. *Jus poenitendi* e revocabilità senza limiti. – 8. Consenso informato e pianificazione delle cure. – 9. Dalla consensualità nella relazione di cura alla centralità del consenso nella predeterminazione dei trattamenti in previsione di futura incapacità di autodeterminarsi. Le disposizioni anticipate di trattamento: natura, contenuto e forma. – 10. I trattamenti sanitari fra proporzionalità e ragionevolezza. Il divieto di ostinazione nelle cure. Necessità di evitare terapie "inutili" e rispetto della dignità del malato. – 11. Le questioni del fine

Riflessioni conclusive.

1. Il tema oggetto del presente studio è complesso, sia per le dense implicazioni giuridiche, sia per l'obbligo che esso impone di coniugare formazione e sensibilità rispetto a questioni che investono la dimensione più profonda della persona, in bilico fra volontà di preservare il valore vita ed esigenza di porre fine all'esperienza umana nei casi di prolungata ed insostenibile sofferenza.

L'inviolabilità del diritto alla salute e la rilevanza dell'autodeterminazione del paziente costituiscono profili essenziali, dai quali serve prendere le mosse per sviluppare un'indagine destinata a lasciare emergere l'inevitabile intreccio di aspetti etici, giuridici, filosofici, politici.

L'evoluzione delle conoscenze e degli strumenti resi disponibili dall'ingegno umano ha reso possibile una sempre maggiore capacità curativa, finalizzata a contenere patologie di varia natura, a migliorare la salute psico-fisica dell'individuo, a prolungare la vita umana. Il potenziamento delle capacità terapeutiche si scontra, però, con l'inidoneità dei moderni strumenti posti nella disponibilità dell'uomo a preservare i suoi valori essenziali. Il progresso tecnologico, cioè, ha messo in moto meccanismi spesso perversi, per la circolarità di effetti che si rincorrono in uno strano gioco di vittorie e sconfitte, di opportunità e perdite¹⁷⁰. È impossibile slegare le questioni della vita dalle dinamiche dello sviluppo economico e sociale. Sembra, a volte, stridere il ricorrente interesse del legislatore verso i problemi della malattia e delle cure volte a contenerla rispetto all'incapacità di dettare regole idonee a disciplinare compiutamente il mercato della produzione e degli scambi. Oggi, i rischi ai quali l'uomo è esposto sono numerosissimi e la fragilità del suo essere è testimoniata dall'incremento delle patologie gravi ed invalidanti, rispetto alle quali mostra, sovente, estrema debolezza la scienza medica moderna, pur nell'impegno che essa profonde in prevenzione, ricerca scientifica, sperimentazione di nuovi farmaci e terapie alternative.

Il binomio vita-morte si presenta ineludibilmente all'attenzione di tutti, anche dello studioso chiamato a valutare i rapporti tra norme e fatti concreti.

¹⁷⁰ L'evoluzione della scienza, investendo l'intero processo vitale dell'uomo, ha alimentato speranze di miglioramento delle condizioni di vita, ma anche profonde inquietudini. È sempre più intenso l'interesse culturale verso le vicende umane della persona, sia in riferimento alle problematiche del nascere, sia in relazione alla perdita progressiva delle energie vitali, le quali possono essere, anche per lungo tempo, mantenute dagli strumenti della tecnologia in una sorta di limbo che sembra non essere pienamente vita. Per approfondimenti, si rinvia alle riflessioni di M. VOLPI, *Introduzione*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Il Mulino, Bologna, 2001, p.1 ss. Utile, altresì, il richiamo a F. PUZZO, *Progresso biotecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita*, Intervento al Convegno internazionale «Del diritto alla vita», organizzato dall'Università di Messina e dall'Universidad de Las Palmas de Gran Canaria e svoltosi a Messina il 24 e 25 marzo 2011. Sulla difficoltà di conciliare correttamente sviluppo della tecnica e utilizzazione del corpo e delle sue parti, si legga S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in G. COMANDÈ e G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 399 ss.

Risulta, in questo campo più che in altri, difficile individuare problemi e dare spiegazioni di là dal richiamo alla propria concezione del vivere e del morire. L'impostazione ideologica di chi si approccia ai temi sensibili dell'esistenza finisce, cioè, col dirigere e suggerire proposte e soluzioni.

Inevitabile è il condizionamento dei principi, specie se si coglie il nesso indissolubile tra disciplina del fine vita e complessità del sistema delle fonti. È evidente che nessuno sforzo interpretativo, però, può prescindere dalla valutazione delle contingenze della persona e del contesto affettivo e familiare nel quale essa si inserisce.

La forza dei valori, sovente, sembra indebolirsi a fronte della crudezza del reale, nella sua dimensione di sacrificio e dolore. Del resto, ciò di cui si discute è la malattia scientificamente senza recupero, il dolore con tutto ciò che può implicare sul piano personale e sociale¹⁷¹. Tutela della salute, considerazione dell'uomo nella sua integrità psico-fisica, rilevanza delle relazioni affettive, autodeterminazione del singolo e consenso libero, responsabilità dei professionisti e dimensione etica della scienza medica costituiscono i punti cruciali della riflessione.

Si tratta di questioni che, in varie prospettive, attraversano la drammatica esperienza del lento morire¹⁷². Quest'ultimo fatto, come la dottrina rileva, ha assunto oggi una propria particolarità e specificità rispetto alla morte. Più che un avvicinamento alla fine, viene in essere un mondo a sé, con i suoi "tempi", i suoi "templi" ed i suoi "riti"¹⁷³.

Di tutto ciò legislatore e giudice sono chiamati a tener conto, ponendo al centro delle scelte il variegato universo esistenziale del soggetto, il quale, nella sua dimensione di singolo e di membro di una comunità, costituisce punto fermo di tutela piena ed effettiva.

2. Come è ormai diffusamente noto, la legge n. 219 del 22 dicembre 2017 segna una tappa significativa nel tormentato percorso di valorizzazione ed attuazione della libertà di autodeterminazione delle scelte

¹⁷¹ Secondo D. LE BRETON, *Antropologia del dolore*, Metailié, Paris, 1995, p. 218, «il dolore inerisce alla vita come contrappunto che dà pienezza al fervore d'esistere». Se così è, il dolore è ineliminabile componente dell'esistenza. La regola giuridica non può essere considerata, allora, come strumento capace di eliminare la sofferenza dal mondo, ma come possibilità di segnare la soglia del dolore sopportabile, sia da un punto di vista personale e familiare, sia da un punto di vista sociale.

¹⁷² Nella nostra cultura sembra che la lenta consumazione della vita abbia assunto maggior peso della morte. L'attenzione, infatti, non è rimasta ferma al momento della morte come conclusione della vita, ma si è estesa al morire, cioè ad un processo del quale non è possibile descrivere e definire i tempi. Così, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli editore, Milano, 2006, p. 247. «Bisogna fare una distinzione tra il morire e la morte. Non è tutto un morire ininterrotto. Se si è sani e ci si sente bene, è un morire invisibile. La fine, che è una certezza, non dev'essere per forza annunciata con spavalderia»: P. ROTH, *L'animale morente*, V. MANTOVANI (trad. di), Einaudi, Torino, 2002, p. 28.

¹⁷³ Così, S. AMATO, *Relazione* svolta a Roma all'Assemblea nazionale UGCI, nei giorni 12 e 13 ottobre 2018.

terapeutiche¹⁷⁴. La novella, cioè, si propone di colmare il vuoto legislativo in ordine alle modalità di manifestazione delle volontà in tema di salute, cioè in riferimento ai criteri di esercizio del diritto alla scelta medico-terapeutica della persona, per quanto attiene ad interventi di natura sanitaria che dovessero prospettarsi opportuni o necessari rispetto a future condizioni cliniche, ogniqualvolta la persona stessa non risulti in grado di esprimere consapevolmente ed in forma attuale il proprio volere.

Le precisazioni preliminari del legislatore del 2017 dimostrano la volontà di rendere l'intervento normativo coerente con l'impianto dei principi riferibili alla Costituzione, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alle Convenzioni internazionali, nonché alla legge di ristrutturazione del sistema sanitario, risalente all'ormai lontano 1978.

Il riferimento d'apertura al testo costituzionale e ai principi posti a livello sovranazionale attesta l'intento di porre quale nucleo essenziale della nuova disciplina la persona umana nella sua dimensione di esistenza, necessità di cura e dignità. L'art. 1 della legge, infatti, precisa che scopo primario è quello di assicurare la tutela del diritto «alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona».

¹⁷⁴ In Italia, muovendo dagli anni Novanta del secolo scorso, si sono susseguite numerosissime proposte di legge, tutte dirette a fissare regole in tema di fine vita. Il primo progetto risale al 10 febbraio 1999. Si tratta del testo presentato alla Camera dei deputati ed intitolato: «Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari». A tale iniziativa legislativa fa seguito una proposta quasi sovrapponibile, anche nel titolo, a quella del 1999, la quale viene trasfusa in un testo presentato al Senato in data 29 giugno 2000. Il periodo che va dal 2001 al 2006 è, poi, costellato di interventi che, in buona parte, ripropongono le determinazioni delle precedenti legislature. Centro dell'attenzione è la necessità di attribuire a chiunque sia capace il potere di esprimere la propria volontà circa i trattamenti ai quali vorrebbe o non vorrebbe essere sottoposto, nell'ipotesi in cui, a cagione di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato.

Il fermento culturale e il proliferare di proposte legislative nel nostro Paese sono fatti che si realizzano nella fase storica significativamente segnata dalla ratifica della Convenzione di Oviedo, la quale, all'art. 9, prevede che «i desideri precedentemente espressi, a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che al momento dell'intervento non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione», e del Codice di deontologia medica, il quale dispone quanto segue: «Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso». Nel biennio successivo, si assiste ad una nuova stagione di iniziative culturali, dirette a sfociare in provvedimenti sottoposti alla valutazione delle Camere. Ad aprire questa densa fase di proposte è il progetto di legge n. 779 del 18 maggio 2006, dal titolo: «Disposizioni in materia di consenso informato ai trattamenti sanitari e di dichiarazioni anticipate di trattamento». A segnare la conclusione del biennio di acceso dibattito politico sulle questioni del fine vita è il disegno di legge n. 10/A del 29 aprile 2008, intitolato «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento», di iniziativa di Ignazio Marino ed approvato in Senato il 26 marzo 2009, per poi essere modificato alla Camera in data 12 luglio 2011. Alla diciassettesima legislatura va ricondotto il disegno di legge n. 2801 del 20 aprile 2017, recante «Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento», poi sfociato nella l. 219 del 22 dicembre 2017, oggetto di valutazione nelle pagine del presente lavoro.

Il richiamo al bene vita dà luogo ai maggiori problemi interpretativi¹⁷⁵. Di là dall'inquadramento sistematico del diritto alla vita e dall'individuazione della base normativa dello stesso, posta la considerazione della centralità del valore che ispira l'intero sistema dei principi, questione di fondo è comprendere se le libere scelte della persona possano spingersi fino alla limitazione di un bene che è primario, assoluto ed intangibile.

In effetti, fissare il rilievo costituzionale o sovranazionale del diritto alla vita non attenua i dubbi che inevitabilmente si affacciano. Restano vaghi i seguenti profili: la natura, l'ambito materiale di esercizio, il contenuto, i limiti. Si tratta, in sostanza, di chiarire problemi cruciali: quello del se la vita sia un diritto di libertà oppure un interesse che trova la sua giustificazione nella correlativa esistenza del dovere di tutelare la propria integrità; del se la vita vada intesa in senso puramente biologico¹⁷⁶ o in termini di esistenza dignitosa; del se si possa discutere di una facoltà di privarsi della vita; del se venga in considerazione una situazione soggettiva non limitabile oppure limitabile a certe condizioni.

L'emersione di tali interrogativi testimonia, allora, che la stretta appartenenza del diritto al sistema e la considerazione della sua alta valenza sono inidonee ad assicurare al titolare una posizione sostanziale dai contorni chiari¹⁷⁷. Le ipotesi possibili sono molteplici e rispetto a queste sembra, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, modularsi l'approccio interpretativo al tema dell'assoluto rilievo gerarchico della vita umana.

La rilevanza valoriale del bene vita è realtà dalla quale muove il legislatore del 2017, il quale, però, focalizzando l'attenzione sulla tutela della libertà del soggetto capace di disporre di sé¹⁷⁸, prevede che si possa

¹⁷⁵ Nell'ambito dei diritti umani, il diritto alla vita è considerato unanimemente la fonte di tutte le situazioni giuridiche soggettive riferite alla persona umana. Si tratta del diritto dei diritti. Secondo E. MAESTRI, *Il diritto alla vita è un diritto inalienabile?*, in *Biodiritto*, 2015, p. 87, oltre ad essere un «*prius* deontico e paradigmatico», in quanto include tutte le caratteristiche essenziali proprie dei diritti umani, il diritto alla vita costituisce anche una sorta di *prius* antropologico, cioè di diritto originario la funzione del quale è costituire un presupposto condizionale tale da rendere possibile ogni posizione giuridicamente rilevante dell'individuo. In questa direzione, anche, M.D. VILA CORO, *I diritti umani e il diritto alla vita*, in J. DE DIOS VIAL CORREA e E. SGRECCIA (a cura di), *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto contemporaneo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003 (pubblicazione *on line*). Il diritto alla vita, oltre ad appartenere deonticamente alla categoria dei diritti fondamentali, è soprattutto la ragion d'essere di tutte le situazioni soggettive. È evidente il rapporto di biunivocità che si costituisce tra vita biologica e diritto individuale: l'essenza degli esseri umani è la vita, prima ancora del pensiero: essere significa vivere e viceversa. Il rapporto biunivoco tra vivere ed essere, al quale l'espressione "diritto alla vita" implicitamente rimanda, è fondato sul fatto inconfutabile che la vita è la sola realtà indubitabile e, sotto il profilo assiologico, è la sola pretesa fondamentale. In forza di questa innata autoevidenza, il diritto alla vita viene usualmente considerato "basico" e universale: cfr. J. HOSTLER, *The right to life*, in *Journal of Medical Ethics*, 1977, p. 144, il quale discute, appunto, della vita come «*basic right*».

¹⁷⁶ Secondo S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 250, la valutazione del valore vita deve avere i suoi punti di riferimento nei principi di dignità, eguaglianza, autonomia, senza cedere alla tentazione di riferirsi soltanto ad una nozione di vita ridotta alla sua "misura" biologica.

¹⁷⁷ Così, L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana (a partire dall'ord. n. 207/2018 sul "caso Cappato")*, in *Federalismi*, n. 13, 2019, p. 2 ss.

¹⁷⁸ Il disporre di sé è espressione dell'acquisito potere dell'uomo di dirigere le vicende della propria esistenza. In questi termini, S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 248, per il quale «se la morte appartiene alla natura, il morire è sempre più governabile dall'uomo, appartiene alla sua vita, e dunque rientra nell'autonomia delle scelte di ciascuno. Proprio seguendo gli itinerari del diritto, è agevole accorgersi di questo radicale mutamento di prospettiva, con l'attribuzione a ciascuno del pieno governo del sé, soprattutto per quanto riguarda il destino del proprio corpo, per il quale il principio è ormai quello del consenso libero e informato dell'interessato. La rivendicazione del diritto di morire diviene così parte del più complesso movimento di riappropriazione del corpo».

chiedere la cessazione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, allorché tali trattamenti risultino essere soltanto un prolungamento dello stato di totale inabilità del malato.

Si pensi, altresì, al caso preso in considerazione, di recente, dalla Consulta, la quale ha avuto modo di esaminare le questioni sollevate dalla Corte d'Assise di Milano sull'art. 580 c.p. e relative alla punibilità dell'aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita. La Corte, con l'ordinanza del 25 settembre 2019¹⁷⁹, ha dichiarato non punibile l'aiuto al suicidio in favore di «persona affetta da una patologia irreversibile e fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli». La Corte precisa che la non punibilità dell'aiuto al suicidio non è incondizionata, ma subordinata al rispetto di una serie di requisiti e cautele necessarie ad evitare rischi di abuso nei confronti di persone particolarmente vulnerabili. Le condizioni dettate dalla Consulta riguardano il rispetto della normativa vigente in tema di: consenso informato (art. 1 l. 219/2017); cure palliative e sedazione profonda continua (art. 2 l. 219/2017); verifica delle condizioni richieste e delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

Orbene, per i giudici costituzionali pare non esservi ragione per la quale il valore assoluto della vita debba tradursi in un ostacolo insormontabile, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'interruzione dei presidi di sostegno vitale. In sostanza, vi sono delle situazioni di malattia in cui non si dipende da alcun trattamento o nelle quali l'interruzione della terapia, con conseguente somministrazione della sedazione palliativa, non determina la fine a breve termine della vita del paziente. In tali casi, non ancora contemplati dal legislatore, il divieto per il medico di porre in essere trattamenti diretti a determinare la morte del paziente costringerebbe quest'ultimo a subire un processo più estenuante, meno corrispondente alla propria visione della «dignità nel morire»¹⁸⁰.

Quanto appena detto dimostra come siano differenti, anche sul piano della risposta che l'ordinamento può fornire, le situazioni umane di sofferenza fisica e psichica.

¹⁷⁹ Utile può essere la lettura del testo integrale del comunicato della Consulta: «La Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per esaminare le questioni sollevate dalla Corte d'assise di Milano sull'articolo 580 del Codice penale riguardanti la punibilità dell'aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita. In attesa del deposito della sentenza, l'Ufficio stampa fa sapere che la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In attesa di un indispensabile intervento del legislatore, la Corte ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica delle condizioni richieste e delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente. La Corte sottolinea che l'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali, desunte da norme già presenti nell'ordinamento, si è resa necessaria per evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili, come già sottolineato nell'ordinanza 207 del 2018. Rispetto alle condotte già realizzate, il giudice valuterà la sussistenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle indicate».

¹⁸⁰ Per ulteriori spunti di riflessione, v. T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte. Saggio di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 136 ss.

Il diritto alla vita va posto in termini di stretta relazione con la dignità dell'uomo, avente rilievo sia dal punto di vista individuale sia da quello sociale. La dignità non è simbolo di valore, ma nucleo identificativo della persona¹⁸¹. Dalla Costituzione in poi e dalle Carte internazionali in avanti, si afferma l'identificazione dell'uomo nella dignità, che vuol dire rispetto delle peculiarità di ciascuno, dei bisogni più profondi dell'essere, di là da qualsiasi impedimento oggettivo¹⁸². Dignità e persona combaciano nell'ottica di valorizzazione della personalità umana, che è valore unitario, meritevole di essere attuato in qualsiasi contesto, privato e pubblico, ed in qualsiasi situazione, più o meno complessa. La suddetta coincidenza permette di cogliere il senso autentico delle scelte di fondo del sistema, per il quale se la dignità è lesa, cessa ogni possibilità dell'uomo di realizzarsi in maniera piena e armoniosa.

La dignità del morire ha il suo fondamento nella dignità dell'esistere. L'individuo riceve adeguata tutela ogniqualvolta gli venga assicurata la possibilità di esprimere i propri bisogni, senza costrizioni e senza limiti contrari alla sua libertà; dall'altro lato, è garantita la dignità del morire ogniqualvolta si faccia in modo che la sofferenza fisicamente e psicologicamente insostenibile non si protragga fino al punto di negare l'essenza stessa del valore umano. La pregnanza del significato della dignità, dunque, si palesa nel dialettico rapporto tra vita e morte, quali esperienze della persona globalmente ed unitariamente considerata.

3. Priorità del valore persona¹⁸³ e rispetto della dignità umana costituiscono, dunque, le basi di ogni elaborazione in tema di trattamento sanitario e di consenso libero e responsabile all'espletamento di pratiche mediche.

Fatto imprescindibile, in tale contesto, è l'individuazione del fondamento e del contenuto del diritto alla salute.

¹⁸¹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione stabilisce, all'art. 1, che «La dignità umana è inviolabile», pertanto essa va «rispettata e tutelata». Sul profilo valoriale della dignità nella prospettiva europea, v. P. PERLINGIERI, *Il "diritto privato europeo" tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 345 ss. Sul punto, inoltre, R. SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, p. 585 ss. Significativa, in ordine alla dimensione sociale della dignità, la trattazione di M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 67 ss. La diffusa consapevolezza della centralità della dignità umana nell'ordinamento civile costituisce il segno della "costituzionalizzazione" dei rapporti privati. In chiave soggettivistica, la dignità coincide con l'attributo essenziale ed ineliminabile della persona, la quale rappresenta il centro di un sistema in continuo movimento, in ragione del progressivo ampliamento delle fonti di produzione del diritto. La dignità umana, più che apprezzarsi in termini di diritto positivo, assume i connotati di un valore al quale si ispirano tutti i principi fondativi del patto costituzionale. La sua costruzione come postulato dal quale discende il principio personalista, antagonista della concezione efficientistica della società, fa sì che il concetto possa essere collocato anche in una sfera diversa da quella strettamente individuale. Su dignità e valutazione in chiave costituzionale del diritto privato, v. S. MAZZARESE, *Causa dell'attribuzione e interessi non patrimoniali fra teoria della gratuità e prestazioni etiche, superetiche e solidaristiche*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, ESI, Napoli, 2006, p. 655 ss.

¹⁸² L'identificazione della dignità nel valore persona impedisce di accogliere la sua tradizionale interpretazione in termini di mera stimabilità del soggetto: Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, in *Giur. cost.*, 1964, p. 715.

¹⁸³ Sulla centralità della persona nell'ordinamento giuridico v., per tutti, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972, p. 178 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2005, p. 5 ss. Sui diritti della persona come valori supremi, nei quali si «salda sia l'aspetto ontologico, che quello assiologico» del sistema, v. G.P. CALABRÒ, *La galassia dei diritti. Dai diritti dell'Uomo ai diritti della Persona*, Marco Editore, Lungro di Cosenza, 2001, p. 173.

La legge n. 219, all'art. 1, precisa che l'intera disciplina è ispirata ai principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 cost. e agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. È proprio l'insieme dei principi richiamati dal legislatore del 2017 a consentire di anticipare qualche riflessione in ordine al rapporto tra consenso al trattamento e tutela della salute.

Innanzitutto, la salute concerne non soltanto l'integrità del corpo, ma anche quella della mente, poiché l'uomo è complessità di interessi molteplici; in secondo luogo, la salute non è profilo statico e individuale, ma è aspetto strettamente connesso al libero e pieno sviluppo della persona, costituendo «un tutt'uno con quest'ultima»¹⁸⁴. A tal proposito, autorevole dottrina ribadisce che «la persona umana si prospetta nella sua unitarietà psico-fisica come un mondo soggettivo condizionato dalle circostanze ambientali, sociali, economiche, sì che diventa impossibile separare il bene salute dal valore complessivo della persona; questa assume una concreta realizzazione nel rispetto della storicità del momento. La libertà e i suoi effettivi contenuti, il particolare atteggiarsi del rapporto della persona con l'autorità dell'apparato della comunità in cui vive, il grado di socialità ed eticità dell'ambiente sono elementi che incidono sulla qualità dello sviluppo della persona e pertanto sulla sua salute»¹⁸⁵.

Se così è, come sembra ricordare la prima parte della legge in esame, la norma costituzionale che afferma l'inviolabilità della salute umana va letta in collegamento alla clausola generale di tutela della persona, norma sovraordinata che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia come appartenente alle formazioni sociali nelle quali è chiamato a sviluppare la personalità (art. 2 cost.).

Riguardo a situazioni e fatti concernenti la salute umana, problema fondamentale rimane quello della valutazione della loro liceità e, alla stregua dell'art. 2 cost., della loro meritevolezza di tutela¹⁸⁶.

Gli angoli prospettici dai quali si può osservare la realtà sono, essenzialmente, due: quello della sopravvalutazione del principio costituzionale del personalismo, come espressione del volere intangibile della persona, e quello della sottolineatura del solidarismo, quale valorizzazione della dimensione di doverosità del comportamento umano.

Nel porre un marcato accento sul personalismo si giunge ad un'interpretazione della condotta umana in termini di libertaria decisione riguardo alla propria vita e al proprio destino; diversamente, nell'attribuire una forte rilevanza normativa alla solidarietà si finisce col considerare estremamente radicato il dovere inderogabile di provvedere alla propria conservazione¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto alla salute*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 104.

¹⁸⁵ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 106.

¹⁸⁶ Valutare la liceità e la meritevolezza degli atti significa mettere in moto due diversi giudizi. Sulla non sovrapposibilità di liceità e meritevolezza in ambito negoziale, v. P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6^a ed., ESI, Napoli, 2007, p. 446: «La sottoposizione dell'atto di autonomia al controllo di liceità e di meritevolezza sta a significare che l'ordinamento non si è limitato a predisporre uno strumento di controllo normativo diretto a negare tutela giuridica a interessi in contrasto con i valori fondamentali (c.d. controllo di liceità), ma ha, altresì, imposto un controllo dell'idoneità dell'atto concreto all'attuazione del valore (c.d. controllo di meritevolezza). Conseguentemente, pur in presenza di una causa lecita, l'ordinamento può rifiutare la sua protezione al regolamento negoziale ove il medesimo non consenta, mediante l'attuazione degli interessi individuali leciti, la realizzazione delle finalità generali che caratterizzano il sistema»

¹⁸⁷ Ancora, P. PERLINGIERI, *Diritto alla salute*, cit., p. 124.

La sottolineatura del profilo di doverosità implica, come è evidente, l'incondizionata possibilità e la legittimità di ogni intervento coattivo sulla persona. Ciò, però, si pone in contrasto con il principio in base al quale «nessuna prestazione personale può essere imposta se non in base alla legge» (art. 23 cost.) e con la disposizione la quale prevede che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (comma 2, art. 32 cost.). In via generale, intendere la tutela della salute come rigido adempimento di un obbligo che il singolo ha nei confronti di se stesso e della società contrasta con il principio di libertà e col valore della dignità dell'uomo, infatti, la norma appena richiamata precisa che non è affatto consentito «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»

D'altro canto, va detto che il riconosciuto limite alla presunta doverosità del trattamento non va letto in modo da alterare il contenuto della libertà individuale. Restringere entro certi confini il dovere di assoggettarsi a trattamenti sanitari significa concepire il nucleo del rapporto tra istanze del soggetto e tutela della salute in termini di libertà costituzionalmente rilevante. Una corretta interpretazione del personalismo impone di prendere le distanze da qualunque tentativo di porgere il principio fondante i rapporti umani come possibilità di comportamenti libertari. Personalismo vuol dire valorizzazione della persona in tutte quelle espressioni che risultino essere attuazione e sviluppo della sua personalità. Non è, pertanto, conforme allo spirito del costituente una visione della libertà come radicamento del dogma della volontà piena ed egoistica del singolo.

L'intero sistema delle relazioni intersoggettive è ispirato all'idea di libertà sopra indicata. Non è condivisibile un'autonomia posta in senso pieno ed assoluto. La proprietà, la regolamentazione privata, le relazioni familiari, le situazioni esistenziali sono ambiti accomunati da un principio di libertà che trova la sua ragion d'essere nella previsione di limiti e correttivi. Condizioni e vincoli non sviliscono la libertà, ma, all'opposto, conformano situazioni giuridiche e fatti, nella prospettiva del perseguimento di obiettivi compatibili con le scelte di fondo del sistema ordinamentale.

Se così stanno le cose, l'errore da evitare è quello di separare, come sovente si è fatto proprio in riferimento al tema salute, personalismo e solidarismo. Si tratta di principi cardine che non operano isolatamente, ma in costante e reciproca integrazione.

Ciò vuol dire che il personalismo «si arricchisce e si integra con il solidarismo»¹⁸⁸. Al centro dell'ordinamento, dunque, si pone la persona non come espressione del volere di realizzarsi senza tener conto dell'altro da sé, ma come valore da preservare ed attuare nel rispetto di sé e dell'altro.

4. Non pare superfluo ricordare che proprio tale modo di vedere le cose ha condizionato l'approccio interpretativo ad una delle norme più problematiche della codificazione civile vigente. L'art. 5 c.c., concernente la disciplina degli atti di disposizione del corpo, si presenta all'attenzione in una rinnovata veste rispetto al passato e consente di sottoporre a verifica parte delle osservazioni sin qui svolte.

La disposizione codicistica contempla, da un lato, il potere dispositivo del corpo da parte dell'interessato; dall'altro, la necessità di tutela dell'integrità. I dubbi ermeneutici sono certamente collegabili alla particolare

¹⁸⁸ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 126.

costruzione letterale del disposto normativo¹⁸⁹. Non è ancora agevole, infatti, stabilire cosa significhino esattamente le seguenti espressioni: “atto di disposizione”; “diminuzione permanente” ed “integrità fisica”. Il legislatore affida all’interprete il compito di esplicitare la regola e il problema cruciale è stabilire entro quali confini debba essere contenuta l’attività dispositiva.

Come ben si sa, per “disposizione” deve intendersi l’esercizio dinamico delle situazioni soggettive, in particolare ogni attività che comporti la circolazione dell’utilità connessa al bene oggetto di tutti quei poteri che mettono in collegamento il titolare dell’interesse con i terzi originariamente estranei alla situazione. La prima delicata questione riguarda la compatibilità tra il concetto di disposizione e la nozione complessa di corpo umano. Il primo si adatta più efficacemente alle vicende delle situazioni patrimoniali, il cui unico limite è rappresentato dalla manifestazione di volontà delle parti interessate alla negoziazione. Il corpo è espressione dell’esistenza della persona, è centro di imputazione di interessi giuridici rilevanti, sottratti alle logiche della patrimonialità.

Posta la variabilità nel tempo del giudizio di ammissibilità dell’atto di disposizione e considerata la mutevolezza di contenuto di clausole generali come l’ordine pubblico e il buon costume¹⁹⁰, la difficoltà risiede nel fatto di operare un raccordo tra il concreto atto dispositivo e i valori dell’ordinamento osservato nella sua ampiezza e storicità.

L’introduzione della norma nel codice del 1942 ha consentito il definitivo riconoscimento di un diritto sul proprio corpo e, quindi, la garanzia di validità di alcuni atti di disposizione dell’integrità fisica generalmente e socialmente apprezzati.

Alla configurazione del potere privato sul corpo si è accostata l’introduzione del limite costituito dalla tutela dell’integrità¹⁹¹. Un tempo, l’interesse all’attuazione dell’integrità e sanità della stirpe era funzionale all’esigenza di evitare ogni tipo di menomazione fisica, tale da impedire l’espletamento dei doveri del singolo verso lo Stato e verso la famiglia. La tutela dell’integrità, dunque, era necessaria allo scopo di assicurare che l’individuo, in quanto *homo economicus*, potesse partecipare compiutamente ed attivamente ai processi produttivi incentrati sull’obiettivo dell’efficienza e del massimo profitto.

Con la Carta costituzionale la prospettiva muta radicalmente e la limitazione all’attività dispositiva viene considerata funzionale all’attuazione dell’interesse individuale e collettivo alla salute (art. 32 cost.). La

¹⁸⁹ Si legga, a tal proposito, P. PERLINGIERI e P. D’ADDINO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8ª ed., ESI, Napoli, p. 651.

¹⁹⁰ Non è possibile attribuire un valore assoluto alle clausole dell’ordine pubblico e del buon costume, perché si tratta di concetti storicamente condizionati, cioè tali da avere contenuti diversi in relazione alla diversità dei contesti nei quali si inseriscono: così, L. CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in U. BRECCIA e A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del corpo*, R. ROMBOLI (a cura di), University press, Pisa, 2007, p. 197 ss.

¹⁹¹ L’integrità fisica è considerata “condizione essenziale” perché l’uomo possa adempiere i suoi doveri verso la società e verso la famiglia. Per approfondimenti sul rapporto fra attività di disposizione del corpo e tutela dell’integrità fisica, v. G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, P. PERLINGIERI (diretto da), ESI, Napoli, 2012, pp. 382 e 383.

condizione fisica ottimale è presupposto per il pieno affermarsi dell'identità del soggetto. I parametri normativi di riferimento diventano, dunque, gli artt. 2, 13 e 32 cost¹⁹².

Il diritto-dovere di esprimere al meglio le proprie potenzialità, per assicurare a sé e alla società progresso e crescita, si pone come limite fondamentale all'attività dispositiva. Entrano, dunque, in gioco i suddetti profili di liceità e meritevolezza degli atti di disposizione del corpo, tanto da essere necessario che questi ultimi siano non soltanto conformi alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, ma tali da suscitare una valutazione positiva in ragione della conformità ai principi del sistema¹⁹³. La rispondenza ai valori personalistici e alla solidarietà rende l'attività dispositiva del corpo degna di apprezzamento sociale¹⁹⁴, dunque, idonea ad assicurare lo sviluppo armonioso della personalità dell'individuo. Personalismo e solidarismo divengono, allora, parametri alla stregua dei quali ponderare interessi ed istanze spesso confliggenti.

5. Richiamati i principi alla base del sistema salute, in seno al quale protagonista è la persona nella sua individualità e nelle relazioni ispirate alla solidarietà, è ora inevitabile provare a cogliere alcuni dei tanti stimoli provenienti dalle indicazioni del legislatore del 2017¹⁹⁵.

Punto focale della prima parte della legge n. 219 è la promozione e valorizzazione della relazione di cura tra paziente e medico¹⁹⁶. Il rapporto fra «competenza, autonomia professionale e responsabilità del medico» ed autonome decisioni del paziente¹⁹⁷ si incardina sulla “fiducia”¹⁹⁸.

Quest'ultima, secondo il suo più ampio significato, comporta una condizione di sicurezza prodotta dalla convinzione che fatti, persone e relazioni rispondano adeguatamente alle proprie aspettative. In quest'ottica, la fiducia sembra avere una connotazione unidirezionale: il paziente, pur nella drammaticità del suo stato, ha un compito fondamentale, ossia quello di individuare – tenendo conto della formazione scientifica, della

¹⁹² Sul punto, v. P. PERLINGIERI e P. D'ADDINO, *o.u.c.*, p. 652.

¹⁹³ In argomento, diffusamente, P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, ESI, Napoli, 1983, p. 11 ss.

¹⁹⁴ Come ribadito da G. LISELLA e F. PARENTE, *o.u.c.*, p. 384, qualunque atto di autonomia, espressione della libertà dell'individuo, non può mai essere arbitrario e lontano dal rispetto che si deve a sé stessi e agli altri, ma deve essere sempre in grado di realizzare un valore positivo dell'ordinamento.

¹⁹⁵ Per un'accurata riflessione sui punti di forza e sulle debolezze dell'intervento legislativo del 2017, v. D. CARUSI, *La legge sul “biotestamento”: una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 294 ss.

¹⁹⁶ Per relazione di cura deve intendersi il rapporto in seno al quale il medico è colui il quale assume la responsabilità e l'impegno rispetto alla primaria esigenza di tutela del diritto alla vita e alla salute: cfr. C. MORANDO, *Il giuramento di Ippocrate, diritto alla vita e diritto sulla vita: il medico e il paziente*, in V. VERDUCI (a cura di), *Il diritto sulla vita*, Pacini editore, Pisa, 2018, p. 137. Sulla relazione di cura quale “adeguato” rapporto terapeutico, v. M. FOGLIA, *Consenso e cura: la solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 6 ss.

¹⁹⁷ Per B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico-paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 88, il paziente è il “centro” dell'impegno terapeutico e, attraverso le scelte che gli vengono prospettate, diventa “arbitro” finale delle decisioni, ma nessuna cura e nessuna scelta sarebbero possibili se il medico non esercitasse le funzioni che gli vengono attribuite e non consentisse la formazione di un consenso avente i requisiti richiesti dalla legge.

¹⁹⁸ Sulla “fiducia” quale cardine del rapporto di cura, v. P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *www.rivistaresponsabilitàmedica.it.*, p. 2: «La menzione della fiducia è importante perché “circonda” per così dire, il nucleo della cura, e contribuisce a escludere qualsiasi riduzionismo tecnico del termine “cura”».

preparazione e della capacità di approcciarsi alla malattia e al dolore – il professionista più idoneo a valutare ed affrontare la sua situazione clinica, emotiva e familiare. La fiducia alla quale fa riferimento la legge, però, pare involgere aspetti molto più complessi. Il riporre nell'esercente la professione sanitaria la propria speranza, cioè considerare la fiducia in termini di solo affidamento, svisciva il senso della riforma. Il riferimento legislativo è alla relazionalità, vale a dire che il percorso da seguire è quello del dialogo bilaterale ed integrato fra gli attori della vicenda, in seno alla quale la sofferenza, pur nell'inevitabile differente intensità, è molteplice: quella totalizzante del malato, quella della famiglia e, poi, del medico, alla costante ricerca del percorso più adeguato e più rispondente alle attese del paziente e alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Significativo è il riferimento che il comma 2 dell'art. 1 della legge fa alla "fiducia": nella relazione di cura "sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di "fiducia" del paziente medesimo". Questo frammento di disposizione è denso di significato, per un duplice ordine di ragioni: da un lato, l'unione tra persone dello stesso sesso e la comunione di vita non fondata sul matrimonio vengono del tutto assimilate alla famiglia matrimoniale, sulla base di una comune connotazione valoriale dei modelli di convivenza affettiva; dall'altro, il coinvolgimento di terzi nel rapporto di cura fa di quest'ultimo una relazione plurale, in seno alla quale ognuno dà il proprio contributo in termini di richieste specifiche, suggerimenti, informazioni, apporti psicologici e affettivi. Ciascuno, cioè, mette in campo il proprio mondo di bisogni, conoscenze, sentimenti.

A norma del comma 8 dell'art. 1 della legge n. 219, «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Fulcro della relazione plurale, dunque, è la comunicazione, quale attività diretta a formare ed informare. Il medico comunica col paziente per ottenere il suo consenso, ma anche per fornire informazioni utili a far assumere una decisione seria ed equilibrata. Il sanitario ha l'obbligo di tener conto dello stato di ciascun paziente, vale a dire delle specifiche condizioni di salute, della situazione familiare, della fede religiosa che il malato sente viva in sé stesso, allo scopo di garantire una scelta prudente e consapevole del percorso terapeutico. L'obbligo comunicativo-informativo riguarda anche le probabilità di un esito fausto o infausto delle cure. Specie per quanto attiene a tal'ultima possibilità, è compito del medico usare modi e linguaggi conformi all'estrazione culturale e, soprattutto, alla dimensione emotiva del paziente¹⁹⁹. Comunicazione, informazione e cura, dunque, si prospettano come attività concretamente utili alla gestione del percorso di malattia, ogniqualvolta il metodo adottato dal medico o dall'*equipe* sanitaria si traduca in personalizzazione dell'approccio e in valutazione complessiva del mondo di bisogni e richieste del malato e dei suoi congiunti.

Presupposto dell'adeguata informazione è la corretta formazione delle categorie professionali: "La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la

¹⁹⁹ Completezza e comprensibilità sono requisiti fondamentali dell'informazione data al paziente, il quale deve essere aggiornato sull'evolversi della malattia e preso in considerazione per quello che è, in ragione dello stato soggettivo, della sensibilità e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone: M. RODOLFI, C. CASONATO e S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 11 ss.

formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative” (comma 10, art. 1 l. 219/2017).

Da tutto ciò traspare la radicale ridefinizione del ruolo del medico²⁰⁰, il quale risulta titolare di una serie di obblighi: intrattenere un dialogo continuativo col paziente, al fine di monitorare il suo percorso ed indicare, qualora costui rinunci o rifiuti un trattamento sanitario necessario alla sopravvivenza, le conseguenze della scelta operata; alleviare le sofferenze del malato, adempiendo l’obbligo di astenersi dal suggerire e praticare cure irragionevoli o trattamenti inadeguati; rispettare la volontà espressa dal paziente, con la possibilità di essere, una volta osservato il suo volere, esonerato da ogni responsabilità.

La relazione di cura fondata sulla fiducia, per come prospettata dalla legge, imporrebbe una ristrutturazione del sistema sanitario. Gli elevati costi della sanità²⁰¹, l’eccessiva burocratizzazione, la frequente difficoltà di conciliare espletamento della professione sanitaria e periodica formazione, la carenza di strutture idonee ad assicurare un’adeguata e continuativa accoglienza del malato e dei suoi familiari, la frequente necessità di far passare attraverso la rete comunicazioni che attengono alla sfera più intima della persona, il sovraccarico del settore della medicina di base, sempre più svuotata della sua tradizionale funzione di accudimento del malato, costituiscono gli aspetti più problematici dell’attuazione della riforma. Come parte della dottrina sottolinea, la disposizione in tema di fiduciaria relazione di cura raccoglie ed afferma principi da tempo presenti nella deontologia medica e nelle esperienze più avanzate di pratica clinica, ma “controfattuali” rispetto allo stato e alla cultura diffusa in seno al sistema sanitario e alla classe medica²⁰².

6. La fiducia, quale fondamento del rapporto tra medico e paziente, implica la necessità che il primo rispetti la volontà del malato di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo, con la conseguenza che, qualora si verificano fatti irreparabili, potrà andare esente da responsabilità civile e penale (comma 6, art. 1 l. 219/2017). La responsabilità, invece, si configura in tutti i casi nei quali, sottraendosi agli obblighi di cura, assistenza, cooperazione, nonché al dovere di aderire alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali, il medico cagioni danni ulteriori e più gravi o acceleri il processo mortale del paziente.

Se così è, la prima parte della legge n. 219, incentrata sulla reciprocità del rapporto tra professionista e destinatario delle prestazioni sanitarie, può coordinarsi con alcune delle disposizioni in materia di responsabilità medica.

Come è noto, l’art. 7, comma 3, l. 8 marzo 2017, n. 24 prevede che “l’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile (...). Il giudice,

²⁰⁰ B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, cit., p. 88, sottolinea che il medico non è mero esecutore delle indicazioni del paziente, ma “co-protagonista” della scena.

²⁰¹ La perdurante crisi economica del sistema sanitario ha molteplici cause, tra le quali rilevano: l’aumento del numero delle prestazioni pro-capite, l’incremento dei costi dei materiali e del personale, l’insufficiente attenzione al centrale problema delle priorità nell’assistenza sanitaria, il quale assume un’importanza decisiva sul terreno bioetico. Se, infatti, il contenimento dei costi implica la riduzione delle prestazioni sanitarie, è indispensabile avvalersi di criteri etici che siano essenzialmente diversi rispetto a quelli arcaici del privilegio, che finiscono per causare la selezione inaccettabile del malato socialmente debole.

²⁰² P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge*, cit., p. 2.

nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria, ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590 *sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge”.

La “condotta del sanitario”, alla quale fa riferimento la norma appena segnalata, può assumere rilievo da due punti di vista: da un lato, come parametro di determinazione dell'entità del risarcimento dovuto al paziente²⁰³, ai sensi della legge n. 24; dall'altro, come criterio di valutazione del contenuto della relazione di cura, ai sensi della legge n. 219.

Tenere conto della condotta sanitaria significa stabilire in quale misura il comportamento, pur se conforme alle linee guida o alle buone pratiche²⁰⁴, sia stato insufficiente rispetto a quanto atteso dal paziente che ha riposto fiducia nel medico. Ai fini del giudizio di responsabilità e per svelire la relazione fiduciaria di cura rileva, da un canto, la distanza della condotta del sanitario da quella che per il paziente era necessario tenere, anche da un punto di vista etico²⁰⁵; d'altro canto, la valutazione del comportamento in relazione alle peculiarità soggettive dell'agente e alle sue conoscenze tecnico-scientifiche, perciò, tanto più ampie sono le cognizioni relative ad una patologia e alla connessa pratica medica, quanto maggiore è l'aspettativa del risultato più o meno favorevole correlato all'intervento.

Il potere affidato al giudice, chiamato appunto a valutare la condotta medica, può essere oggetto di varie interpretazioni.

Tenere conto della condotta significa indagare se il sanitario ha osservato o, al contrario, disatteso le linee guida o, più incisivamente, considerare se al momento della scelta terapeutica conforme alle linee guida si siano preventivate le possibili conseguenze nefaste. Si può, poi, attribuire alla funzione di valutazione della condotta il significato di accertamento dell'idoneità del trattamento rispetto alle specificità del caso concreto. Una terza interpretazione può essere fondata sulla necessità di considerare se ricorra colpa grave, quindi imprudenza, oppure colpa gravissima, vale a dire negligenza. In quest'ultimo caso, rimarrebbero estromesse dal giudizio sia le ipotesi di imperizia, sia quelle di consapevolezza del risultato lesivo. Si pensi al caso estremo del soggetto che, ricorrendo a tecniche terapeutiche previste da linee guida, se ne discosta in una delle fasi di esecuzione, non per imprudenza, negligenza o imperizia, ma soltanto nella prospettiva, là dove l'esito del trattamento sul paziente sia positivo, di poter trarre futuri profitti dal fatto di aver utilizzato lo strumento secondo particolari modalità.

²⁰³ Sulla questione accennata nel testo si rinvia ad A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, ESI, Napoli, 2018, p. 228 ss.

²⁰⁴ La varietà delle indicazioni scientifiche, la diversa provenienza e il differente grado di valore possono rendere difficoltosa la ricerca degli strumenti di diagnosi e cura. Ad ogni modo, rileva l'esigenza di un termine di confronto oggettivabile, pertanto le linee guida si propongono come *leges artis*, meritevoli di essere prese in considerazione nel giudizio di adeguatezza dell'attività del responsabile. Lo scopo delle linee guida è quello di fornire al medico un prezioso e fondato strumento, valido per la generalità dei casi e idoneo a massimizzare il livello delle prestazioni sanitarie. Tutto ciò, però, non deve comportare il rischio di una rinuncia alla competenza e specificità professionale. Il rispetto delle linee guida e delle pratiche mediche non si traduce, cioè, in acritico adeguamento a criteri che possono anche essere incompatibili con le peculiarità del caso.

²⁰⁵ Sulla responsabilità quale necessità di far fronte alle conseguenze della propria condotta e sul nesso fra libertà del soggetto e sfera dei doveri etici, si rinvia alle pagine di M. D'ARIENZO, *Riflessioni sul concetto giuridico di responsabilità. Aspetti canonistici*, in *Dir. rel.*, 2010, 2, p. 32 ss.

Il riferimento alla condotta, cioè, non rinvia unicamente all'esame della congruità del comportamento rispetto alle raccomandazioni espresse in linee guida o buone pratiche, anche perché queste ultime non esauriscono i parametri di valutazione, trattandosi di direttive generali, istruzioni di massima, criteri orientativi. L'esame complessivo della condotta del medico si traduce in giudizio di adeguatezza della scelta terapeutica a fronte di specifici e concreti interessi esistenziali. Oggetto di analisi giudiziale è, cioè, la conformità della condotta sanitaria all'esigenza di tutela effettiva dei diritti della persona. Giudicare l'adeguatezza dell'agire in relazione al caso concreto significa valutare il comportamento rispetto alle istanze individuali, oscillanti fra esigenza di tutela dell'integrità, contenimento del dolore e richiesta di morte dignitosa.

Dalle osservazioni svolte risulta, dunque, che le questioni del fine vita si intrecciano con quelle relative al contenuto e all'esercizio della funzione sanitaria; pertanto, relazione di cura e responsabilità professionale del medico si pongono in stretta correlazione.

7. Il legislatore delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento affronta, nella veste formale più volte utilizzata negli anni addietro, la questione del consenso dell'interessato al trattamento sanitario e dell'autodeterminazione del paziente²⁰⁶.

Come ognuno sa, il consenso si presenta quale presupposto dell'esercizio dell'attività medica, vigendo, ai sensi dell'art. 32 cost., il principio per il quale nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà²⁰⁷. La regola di rango costituzionale è confermata, a livello internazionale, dalla Convenzione di Oviedo del 1997, che è stata ratificata dall'Italia con l. 145/2001, la quale fissa granitici principi: ogni terapia, invasiva o non invasiva, richiede l'assenso dell'interessato; è necessario che il consenso sia consapevole, ovvero che sia preceduto da un'adeguata informativa circa le caratteristiche, i rischi e le finalità dell'intervento²⁰⁸. Il consenso informato è, pertanto, espressione della cosciente adesione al trattamento sanitario proposto dal medico o dall'*équipe* che prende in carico la situazione del paziente. Quest'ultimo è sempre libero di ritirare il consenso espresso, in qualunque momento dell'*iter* terapeutico.

²⁰⁶ Per Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 324 ss., il consenso informato è espressione della consapevole adesione del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico. I giudici di legittimità sottolineano che, in seno all'attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, al quale corrisponde, dall'angolo prospettico del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo preventivo di comunicazione: Cass., 13 ottobre 2017, n. 24073, in *www.cortedicassazione.it*. Ai sensi dell'art. 35 del Codice di deontologia medica, l'acquisizione del consenso o del dissenso del paziente è un atto di "specificità" ed "esclusiva" competenza del medico. Si tratta, cioè, di attività non "delegabile".

²⁰⁷ Secondo U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 83, il principio del consenso informato ha un "fondamento certo" negli artt. 2, 13 e 32 cost. Tale principio, secondo l'A., condiziona l'intervento del medico, che non può attuarlo all'insaputa del paziente, neppure se è spinto nel supposto interesse di quest'ultimo.

²⁰⁸ Il consenso informato si inserisce nella sfera di quei principi già presenti nell'ordinamento e che hanno richiesto una "positivizzazione" ad opera del legislatore. La legge n. 219 è capace di «attribuire quella certezza che sola è in grado di assicurare che l'autodeterminazione delle persone cadute in uno stato di incoscienza non rimanga confinata sull'altare aureo della *petitio principii*»: così, U. ADAMO, *o.u.c.*, p. 84.

Il consenso non può essere presunto; è necessario che esso sia reale, personale, spontaneo e consapevole. Irrinunciabile è lo *jus poenitendi*, che è espressione di una revocabilità senza limiti.

Attenta dottrina, nel dare suggerimenti di lettura della legge n. 219, sottolinea che era, forse, opportuno evitare la “sciocca e deleteria” formula del “consenso informato”, in quanto si tratta di un’espressione che “raccolge un’eredità di significati e malintesi che bisognava spezzare anche sul piano del linguaggio”²⁰⁹.

Il consenso non è un semplice atto, evocando, piuttosto, uno stato e un processo che investe tanti momenti del percorso del paziente e tante manifestazioni della sua personalità. Il consenso, cioè, è un procedimento che combina la proposta di informazioni – la preparazione delle quali è a carico della struttura sanitaria –, la verifica della comprensione di tali informazioni e l’acquisizione della volontà finale del paziente.

Svincolare il consenso dallo schema del mero atto implica l’estensione della consensualità relazionale a più segmenti della vita del malato e, dunque, alle molteplici situazioni richiamate dalla legge del 2017: la scelta o il rifiuto della terapia, la pianificazione condivisa di cure e le dichiarazioni anticipate di trattamento.

Il consenso, dunque, costituisce il fulcro dell’intera disciplina delle vicende del fine vita. Il legislatore, però, non contribuisce a liberare il campo dal peso di quell’eredità di “malintesi” di cui prima si è detto.

Si può affermare che anche in riferimento ai trattamenti sanitari presi in considerazione dalla legge n. 219, vale a dire nutrizione e idratazione artificiale (art. 1, comma 5)²¹⁰, è necessario costruire il consenso in termini diversi dalla sua prospettazione come incondizionato esercizio di diritti individuali. È possibile riproporre in questa sede le osservazioni di chi sottolinea che “il semplice consenso dell’avente diritto non è di per sé sufficiente a rendere lecito quel che per l’ordinamento è obiettivamente illecito, né tanto meno tale consenso può – senza un ritorno al dogma della volontà come valore – rappresentare un atto di autonomia di per sé meritevole di tutela. Autonomia non è arbitrio, né l’atto di autonomia in un ordinamento sociale può esimersi dal realizzare un valore positivo. Se all’apice della gerarchia dei valori v’è la persona umana, l’atto che la riguarda deve pur sempre obiettivamente tendere a realizzarla nella libertà, ma anche nel rispetto del suo stesso valore”²¹¹.

Certamente, a fronte della prolungata ed insopportabile sofferenza della persona, è necessario proporre il binomio appena evocato, libertà individuale-valore della persona, in termini assolutamente concreti e in modo da rispettare sempre la specificità del caso umano. Il consenso o il dissenso, quali manifestazioni di libertà del singolo, non costituiscono mai arbitrio qualora il bene da salvaguardare sia, non tanto l’integrità come

²⁰⁹ Il riferimento è, ancora una volta, a P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato*, cit., p. 2.

²¹⁰ Sulla nutrizione ed idratazione artificiale quali veri e propri trattamenti terapeutici, v. C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in AA.VV., *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, p. 594 ss.; D. MAZZONI e L. BUSATTA, *Nutrizione artificiale e disposizioni anticipate di trattamento. Per l’elaborazione di un glossario comune e condiviso*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 405 ss.; G. GALAZZO, *Qualificazione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale e discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2012, p. 199 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in www.cortedicassazione.it.

²¹¹ Il riferimento è a P. PERLINGIERI, *Diritto alla salute*, cit., p. 126.

conservazione della persona nella sua fisicità, bensì la dignità²¹², valore superiore che connota tutte le fasi dell'esperienza umana, dalla nascita sino alla morte.

8. Come anticipato, le dinamiche del consenso permeano l'intera disciplina del 2017. Stretta, infatti, è la connessione fra la prima parte della novella e la delicata questione della pianificazione condivisa delle cure²¹³.

Secondo il comma 1 dell'articolo 5, la pianificazione delle cure ad opera del paziente e del medico riguarda "l'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta". Non è difficile comprendere cosa si intenda per patologia cronica; più esposto ad incertezze interpretative è l'attributo "invalidante", il quale non rinvia a gradi o forme di invalidità. La stessa locuzione «prognosi infausta» è piuttosto generica, non essendo specificato se venga in considerazione una situazione irreparabile rispetto al bene vita o se rilevi il danno connesso all'evolversi della malattia e destinato ad incidere sulla qualità della vita del paziente. La specificazione che la prognosi infausta deve essere accompagnata da «inarrestabile evoluzione» non sembra di particolare ausilio per l'interprete.

Nel tentativo di superare le incertezze nascenti dall'ambiguità del testo della legge, pare opportuno propendere per una valutazione estensiva dei contenuti del piano fondato sulla consensualità, rilevando la possibilità di redigere la pianificazione delle cure anche nel caso di patologie croniche caratterizzate da prognosi infausta per quanto attiene allo stile di vita della persona.

A partire dall'emanazione della legge, l'attenzione si è prevalentemente concentrata sui limiti e sulle forme del consenso, tuttavia, le questioni pratiche da sviscerare sono molteplici ed investono proprio l'ambito operativo della stessa pianificazione condivisa.

Nella legge n. 219 non è specificato quale sia il medico che procede alla stesura del piano di cura. Può venire in considerazione colui che si occupa di medicina generale, oppure il medico ospedaliero in corso di ricovero, o ancora il medico specialista, anche là dove questi svolga privatamente la sua attività professionale. Il comma 1 dell'articolo 5 afferma, tassativamente, che alla pianificazione condivisa delle cure "il medico e l'*équipe* sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità".

Il professionista obbligato ad attenersi alla pianificazione è identificabile nel medico che ha concordato un apposito piano di cura con il paziente. Quale sia, invece, l'*équipe* richiamata dalla norma è, al contrario, poco chiaro. Secondo una prima lettura, è possibile considerare *équipe* quella che abitualmente svolge la propria attività con il medico che ha sottoscritto la pianificazione.

Tale interpretazione non pare, però, esaustiva. Qualora si tratti di un medico ospedaliero, occorre stabilire se l'*équipe* di riferimento sia quella del reparto in seno al quale egli opera o se sia quella più ampiamente

²¹² Per un approfondimento delle riflessioni svolte nel testo, si rimanda a R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 947 ss.

²¹³ Chiaro è il contenuto dell'art. 5 della legge n. 219 a seguito della puntuale interpretazione che se ne è data. La corretta applicazione della norma evita il ricorso a fasi convulse, nelle quali, non essendo più cosciente il paziente, i suoi familiari possano richiedere a medici che non ne hanno seguito il percorso di praticare interventi invasivi, non conformi alla vicenda e alla volontà dell'interessato: così, B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, cit., p. 133.

costituita da altri medici e altro personale sanitario. Può accadere, infatti, che l'*equipe* comprenda soggetti di reparti collegati, in particolare medici che abbiano fornito la loro consulenza o che abbiano già posto in essere alcuni trattamenti. Qualora si tratti di un professionista di medicina generale, non è poi semplice individuare il contesto nel quale si articola l'esercizio dell'attività sanitaria. Occorre, di volta in volta, valutare la rete di riferimento, specie per quanto riguarda gli accertamenti diagnostici, i possibili trattamenti terapeutici, l'assistenza domiciliare.

I dubbi appena sollevati concernono, in sostanza, la necessità di fissare i limiti soggettivi circa il rispetto della pianificazione condivisa. Si tratta di questione dalla soluzione non sempre agevole. Dall'angolo prospettico del paziente, risulta opportuno chiarire se la pianificazione delle cure con un medico possa essere operativa nei confronti di tutti i professionisti con i quali il paziente avrà occasione di incontrarsi nell'*iter* della sua malattia; dall'angolo visuale dei professionisti sanitari, risulta indispensabile che costoro siano tempestivamente informati delle pianificazioni delle cure condivise dal paziente con altri medici, al fine di organizzare e coordinare l'approccio globale al malato in modo continuativo, equilibrato e coerente.

9. Il legislatore, attraverso una sorta di movimento circolare, dalla consensualità come fondamento della relazione di cura approda all'affermazione della centralità del consenso del singolo nella predeterminazione dei trattamenti sanitari in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi.

Il riferimento è alle disposizioni anticipate di trattamento, alle quali molti ordinamenti europei hanno dischiuso le porte²¹⁴. Le DAT fanno riferimento alla manifestazione di volontà di una persona, la quale, temendo di perdere – per malattia o intervento chirurgico – la capacità di intendere e di volere, individua i trattamenti sanitari ed il percorso di cura al quale sottoporsi²¹⁵, potendo altresì attribuire ad un fiduciario l'incarico di prendere le decisioni terapeutiche in propria vece, per il tempo in cui non sarà in grado di farlo autonomamente.

Come di recente ribadito, le disposizioni anticipate di trattamento integrano, da un punto di vista strutturale, un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, a contenuto non patrimoniale. L'efficacia negoziale è differita ad un momento successivo²¹⁶, coincidente col verificarsi di un dato evento, vale a dire la perdita dello stato di

²¹⁴ Per un'analisi delle disposizioni anticipate di trattamento in un'ottica sovranazionale, si rinvia a M. DELLI CARRI, *Il valore dell'autodeterminazione nelle dichiarazioni anticipate di fine vita in Italia. Lo scenario europeo di riferimento*, in G. BALDINI e M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io?*, University Press, Firenze, 2011, p. 172 ss.

²¹⁵ La finalità della norma che introduce le DAT è quella di eliminare ogni possibilità di disparità di trattamento fra individui, i quali, per il solo fatto di trovarsi in condizioni personali differenti (capacità e incapacità), ricevono trattamenti discriminatori, che determinano un godimento diverso e quindi ineguale di diritti fondamentali. Si determinerebbe, così, una violazione dell'art. 3 cost., il quale impedisce discriminazioni fondate sulle «condizioni personali»: così, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., p. 94. Nella stessa direzione, già S. AZZINI e A. SANTOSUOSSO, *Definizioni sociali e giurisdizione: a proposito delle scelte di fine vita*, in *Not. pol.*, 2008, p. 90 ss.; R. MASONI, *Amministratore di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitarie: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 117.

²¹⁶ Generalmente, si ritiene che le DAT non siano efficaci nell'attualità, perché proposte "ora per allora". Secondo parte della dottrina, il legislatore attribuisce all'istituto valore nel tempo e così non si cade in alcun "paradosso": U. ADAMO, *o.u.c.*, p. 97. Il concetto di attualità indica un «requisito logico e non meramente cronologico-temporale»: così, L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, U. VERONESI (a cura di), in *Il sole 24 ore*, 2006, p. 83.

capacità psichica dell'autore dell'atto. Quest'ultimo ha natura personalissima, pertanto è impossibile che si possa attribuire ad un procuratore il compito di porlo in essere²¹⁷.

La rilevata funzione delle disposizioni anticipate impone di evitare commistioni con la disciplina testamentaria. Infatti, nonostante si sia spesso utilizzata l'espressione "testamento biologico", pare necessario ribadire che la disposizione di fine vita non è un atto *mortis causa*, al quale l'autore affida la regolamentazione dei propri interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Si tratta, in realtà, di una manifestazione di volontà destinata ad avere efficacia quando l'autore è ancora in vita e diretta a definire le cure mediche alle quali costui intende sottoporsi²¹⁸.

I problemi che si presentano all'interprete sono molteplici e tutti in gran parte sviscerati negli ultimi due anni dalla dottrina civilistica.

Questione di fondo è l'individuazione del contenuto delle DAT²¹⁹: è necessario che emerga dal documento la circostanza per la quale il disponente ha raccolto preventivamente tutte le informazioni mediche necessarie alla valida manifestazione della propria volontà. Ciò è funzionale allo scopo di evitare che si pretendano trattamenti contrari alla legge, alla deontologia professionale e alle buone pratiche mediche. Il disponente può richiedere o rifiutare determinati trattamenti; può manifestare la propria personale concezione in relazione alle terapie aventi soltanto lo scopo di prolungare lo stato di fine vita; può esprimersi circa la volontà o meno di accedere, nelle ipotesi di incoscienza, a pratiche mediche che consentano un sostegno vitale; può determinarsi in ordine all'utilizzo di farmaci destinati a contenere le sofferenze legate a patologie gravi; può indicare tempi di cura oltre i quali non spingersi; può optare per la scelta di una struttura di degenza piuttosto che per forme di assistenza domiciliare.

Contenuto eventuale delle Dat è la nomina del fiduciario²²⁰. Si tratta di uno dei temi più discussi, specie per quanto riguarda i tempi di accettazione dell'incarico, l'accertamento della capacità e i compiti spettanti. Innanzitutto, serve ribadire che le funzioni del fiduciario variano in relazione al contenuto delle DAT, per cui più queste ultime sono precise e complete, più il compito del fiduciario si traduce in attuazione della volontà del disponente. In tal caso, il designato veicola il consenso o il rifiuto espresso dal titolare delle situazioni esistenziali.

Il problema sorge in riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento che siano scarse o lacunose. In questa ipotesi, il fiduciario sarebbe chiamato a manifestare una volontà sostitutiva di quella del paziente, con

²¹⁷ Si rinvia al testo approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 25 settembre 2018. In particolare, il riferimento è a C. ROMANO, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, Studio n. 136-2018/C del Consiglio Nazionale del Notariato, p. 15 ss.

²¹⁸ Così, C. ROMANO, *o.l.u.c.*

²¹⁹ Questioni centrali sono la determinazione del contenuto e l'individuazione dei profili di validità ed efficacia nel tempo delle disposizioni anticipate di trattamento. In tema, si leggano le pagine di U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., p. 94 ss.

²²⁰ La nomina non rappresenta un elemento necessario, infatti, qualora le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o quest'ultimo abbia rinunciato all'incarico o sia deceduto o sia divenuto incapace, le disposizioni conservano la loro efficacia, in quanto espressione della volontà del disponente. Il volere dell'interessato può essere realizzato dall'amministratore di sostegno nominato dal giudice tutelare. Sul fiduciario quale strumento di "flessibilizzazione" e trasmissione della volontà altrui, v., ancora, U. ADAMO, *o.u.c.*, p. 118 ss.

tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della disponibilità di interessi che afferiscono alla persona nella sua individualità. Lo schema della rappresentanza, in realtà, può condurre ad esiti non condivisibili. Certamente, le disposizioni in tema di predeterminazione delle cure vanno lette nell'ottica della valorizzazione del principio di autodeterminazione, ma non pare conforme ai valori dell'ordinamento prevedere un affidamento totale a terzi del potere di effettuare scelte esistenziali. Un'interpretazione sistematica ed assiologica delle norme in materia di fiduciario impone di valutare il compito di quest'ultimo in termini di esecuzione della volontà del disponente e di valorizzazione delle potenzialità del soggetto interessato.

Molte altre sono le questioni in campo. In particolare, hanno trovato adeguate risposte nella dottrina i problemi correlati alla vincolatività²²¹, alla capacità del disponente, al tempo di formulazione delle DAT, alle vicende effettuali, alla conservazione e alla pubblicità, al trattamento fiscale delle disposizioni anticipate²²².

10. Punto cruciale, in materia di fine vita, è l'individuazione del labile confine tra cure ragionevoli e terapie irragionevoli, fra trattamenti proporzionati ed interventi sproporzionati. L'obbligo del medico di astenersi da ogni ostinazione nella somministrazione delle cure è prescrizione normativa che richiede assoluta chiarezza sul profilo dell'utilità del trattamento sanitario, il quale merita un giudizio di approvazione qualora presenti un nucleo di ragionevolezza e proporzionalità.

Ragionevolezza e proporzionalità, come ben si sa, rappresentano strumenti fondamentali per il giurista, il quale è chiamato, soprattutto rispetto alla drammatica situazione della malattia terminale, a valutare le norme senza alcuna astrazione dalla dura realtà della sofferenza del paziente.

Da un punto di vista generale, la proporzionalità implica la comparazione fra entità confrontabili e richiede la ricerca dell'equilibrio fra le situazioni in gioco²²³. Proporzionalità, cioè, non vuol dire assoluta corrispondenza, ma armonia e stabilità. Dall'altro canto, la ragionevolezza, quale criterio di giudizio ricavabile dal sistema, entra in gioco là dove si tratti di coniugare i diversi interessi coinvolti nel caso concreto. Essa consente di individuare le soluzioni più adeguate rispetto alla complessità della situazione sostanziale del

²²¹ Come rilevato da parte della dottrina, non deve sviare il riferimento alla vincolatività, in quanto essa comporta non un'applicazione meccanica ed acritica delle DAT, bensì un'attuazione "sostanziale" delle volontà espresse alla luce delle sopravvenute circostanze concrete: «si potrebbe dire che si scrive disposizione, ma si legge direttiva»: così, U. ADAMO, *o.u.c.*, p. 101. Rispetto ad una previsione che è "ipotetica" per sua natura, la vincolatività non toglie, ed anzi presuppone, che i medici siano chiamati a verificare la congruità delle direttive rispetto alla situazione effettiva del paziente: così, C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare "forma al vuoto"*, in *Riv. AIC*, 2016, p. 12.

²²² Per adeguate risposte ai problemi indicati, si rinvia a C. ROMANO, *o.u.c.*, p. 26 ss.

²²³ Come è ormai diffusamente noto, la proporzionalità – canone interpretativo utilizzato nella valutazione della conformità all'ordinamento dell'atto negoziale e nella determinazione della misura delle sanzioni conseguenti all'inosservanza di norme – richiede una comparazione tra situazioni suscettibili di un'immediata e diretta misurazione. Nonostante il richiamo ad entità quantificabili, il principio di proporzionalità costituisce uno di quei momenti normativi di tal rilievo assiologico da contribuire a far recuperare coerenza, stabilità ed efficienza al sistema giuridico, nonché corretta competitività al mercato, nel giusto equilibrio tra libertà e solidarietà, tra autonomia e meritevolezza dei contenuti. A tal proposito, fondamentale è l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*. Problemi del diritto civile, ESI, Napoli, 2003, p. 459 ss.

singolo e riguardo al sistema valoriale di riferimento²²⁴. La ragionevolezza è espressione di prudenza, essendo sempre necessario tener conto di tutte quelle potenzialità presenti e future della persona, che la rendono unica rispetto agli altri individui. L'attenzione al caso e al contesto normativo di riferimento implica la doverosa ricerca della soluzione più appropriata, più adeguata.

Se si prova ad operare una trasposizione delle osservazioni generali ora svolte sul piano dell'interpretazione della legge in tema di fine vita, sembra meno complicata la ricerca del significato della norma di cui al comma 2 dell'art. 2.

Appare irragionevole ed anche sproporzionata la prescrizione di cure che non tenga conto delle specifiche condizioni del malato, titolare del meritevole interesse al prolungamento della vita, ma anche e soprattutto dell'interesse a preservare il valore della dignità del vivere e del morire. Si presenta come «ostinazione irragionevole» il comportamento del medico che, pur consapevole del potere debilitante di una cura farmacologica, decida di somministrarla a lungo al paziente privo di forze fisiche e di ogni possibilità di resistenza psicologica. È contraria alla dignità del malato la condotta del medico che attua il trattamento diretto a contrastare una patologia che, però, si associa ad altri gravi stati morbosi, i quali potrebbero accentuarsi a séguito dell'intervento sanitario. Allo stesso modo, non c'è ragionevolezza nell'adozione di misure terapeutiche che, richiedendo un enorme dispendio di energie per il paziente e per la famiglia, abbiano possibilità di buona riuscita vicine allo zero. Irrispettosa della dignità del malato, dunque irragionevole e sproporzionata, è la cura innovativa messa in atto dal medico che vuole con insistenza procedere all'applicazione della tecnica terapeutica, allo scopo di verificarne la fattibilità, nonostante la palese irreversibilità dello stato patologico.

Allora, può risultare irragionevole, perché contrario al principio di rispetto della dignità del malato, sia reiterare condotte terapeutiche poco efficaci e particolarmente gravose per il malato in fin di vita, sia porre in essere singoli e sporadici trattamenti estenuanti che non siano in grado di assicurare un seppur minimo vantaggio, anche in termini di speranza di prolungamento della vita.

Alla luce di quanto osservato, la valutazione del trattamento in chiave di ragionevolezza e di proporzionalità non può prescindere dalla considerazione della piena rispondenza agli interessi del singolo, considerato nella globalità della sua dimensione fisica, psichica, familiare, economica. Le istanze della persona malata e il diritto a preservare la dignità costituiscono i parametri valoriali alla stregua dei quali formulare il giudizio sull'ammissibilità e sull'efficacia dei trattamenti sanitari.

11. Come si è detto in partenza, il fine vita è tema complicato, soprattutto per la varietà delle opzioni culturali che lo investono. Queste ultime sono, essenzialmente, espressione di due differenti modi di intendere l'esperienza umana: da un lato, la vita come bene assoluto che rientra nella sfera di appartenenza dell'uomo;

²²⁴ È possibile estendere al tema in esame le riflessioni di G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, in *Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, Napoli, 2015, p. 123, il quale rileva che «il compito dell'interprete è individuare nel momento applicativo gli interessi, i principi e dunque i valori normativi che, nel caso concreto, devono prevalere o soccombere, in modo da dare maggiore soddisfazione, in esecuzione della legalità costituzionale, agli interessi non patrimoniali su quelli patrimoniali».

dall'altro, la vita come supremo dono da preservare di là da ogni impedimento. Per dirla diversamente, rilevano, in termini spesso contraddittori, le posizioni dello Stato e le scelte della Chiesa cattolica.

Cure palliative, sedazione terminale, suicidio assistito, accanimento terapeutico ed ostinazione irragionevole, rifiuto preventivo di ogni cura, rinuncia successiva all'inizio di un trattamento sono temi che interrogano giurista e uomo di fede.

Soltanto su alcune delle questioni indicate pare non esservi divergenza fra valutazione giuridica e dottrina della Chiesa.

Innanzitutto, la negazione da parte della Chiesa cattolica di qualunque espressione di eutanasia non può indurre a credere che essa sia favorevole all'accanimento terapeutico.

Il magistero ecclesiastico ha più volte affermato il concetto secondo il quale l'intimo valore dell'esistenza e la personale dignità di ogni essere umano non mutano, qualunque siano le circostanze concrete della vita. Un uomo, anche se gravemente malato o impedito nelle sue più alte funzioni, rimane sempre un uomo, senza mai tramutarsi in "vegetale" o "animale". Al messaggio salvifico della fede e della speranza non può sostituirsi una logica pragmatica o utilitaristica²²⁵. In aggiunta, in tempi recenti, si è ribadito, ancor più incisivamente, che è possibile sperimentare serenità profonda anche nell'amarrezza di dure prove fisiche e morali. L'eutanasia è una "falsa soluzione" al dramma della sofferenza, vale a dire una soluzione per nulla degna della persona umana. La vera risposta al dolore non può essere la morte, seppur "dolce", ma la testimonianza dell'amore che aiuta ad affrontare l'agonia in modo umano²²⁶.

Il recente intervento della Corte costituzionale sul c.d. aiuto al suicidio, al quale sopra si è fatto richiamo, sembrerebbe sollecitare, in contesti ispirati ai principi cattolici, riflessioni di pari natura. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. potrebbe, secondo un'impostazione orientata verso i precetti del magistero ecclesiastico, determinare derive culturali. Aprire l'ordinamento al suicidio assistito comporterebbe il venir meno delle ragioni profonde della prossimità e dell'assistenza. La sofferenza non si combatte col farmaco letale, ma con la terapia del dolore e con le cure palliative. In altre parole, potrebbe esserci chi, sulla scia delle proprie radicate convinzioni, sia indotto a ritenere che le anticipazioni della Consulta sul tema dell'aiuto al suicidio portino a considerare del tutto superata la preoccupazione di un'apertura all'eutanasia. Il timore, in realtà, è che dietro l'introduzione sociale del suicidio assistito si celi una cultura inidonea a riconoscere la dimensione valoriale della vita dei malati, dei disabili, degli anziani, giungendo a strumentalizzare il tema della libertà.

Da quest'ultima posizione, pur possibile nello scenario di un dibattito allargato alle diverse componenti della società, si ricava la consapevolezza che diritto e morale cattolica operano su piani non sempre coincidenti.

²²⁵ Il messaggio della Chiesa è ben sintetizzato da M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico nel magistero della Chiesa*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2009, p. 11. L'A. richiama uno dei più significativi testi di Papa Wojtyła. Nello specifico, il riferimento è a GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai presuli della Conferenza episcopale degli Stati Uniti d'America in visita "ad limina"*, 2 ottobre 1998, in *L'attività della Santa Sede nel 1998*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1999, p. 510.

²²⁶ BENEDETTO XVI, *Discorso in occasione della XCII Giornata mondiale del malato*, 11 febbraio 2009, in *L'Osservatore romano*, 13 febbraio 2009, p. 8.

Per i giudici delle leggi la non punibilità dell'aiuto al suicidio, in presenza di certe condizioni, è la soluzione piú equilibrata rispetto alla drammatica situazione individuale e sociale di malati e famiglie. In altri termini, per il diritto, inviolabilità della vita non vuol dire spingersi fino alla totale accettazione di stati morbosi che tolgono ogni possibilità di esistere per sé e per gli altri come espressione di valori positivi.

Nella concezione cristiana, diversamente, la vita non appartiene all'uomo ed egli non può disporne, pertanto è necessario custodirla e rispettarla fino al suo naturale compimento. Per dirla in breve, vale per la Chiesa, non anche per il diritto d'oggi, il principio per il quale tutelare la vita significa preservarla anche in condizioni di prolungato patimento. La rivoluzione del cristianesimo sta, infatti, nella scelta di porre al centro l'essere umano non come strumento di potere ed autorità, bensí come espressione di una dignità che gli viene dal Creatore²²⁷.

Le scelte dei giudici costituzionali, i quali continuano a sollecitare l'intervento del legislatore in materia, sintetizzano la posizione di molti che, pur accomunati dal senso di appartenenza alla comunità ecclesiale, sono indotti a porre su piani diversi il valore vita e l'esperienza della vita nel martirio.

Orbene, per quanto riguarda il rapporto tra aiuto a morire ed opzioni culturali possibili, sembra a chi scrive che le valutazioni della Consulta rispettino in pieno l'autodeterminazione del paziente, non aprendo il varco ad alcuna forma di abuso o di arbitrio. Se cosí è, il divario fra dottrina della Chiesa ed interpretazione giudiziale delle questioni del fine vita risulta essere meno profondo, nell'ottica del rispetto di una dimensione esistenziale che va, caso per caso, rimessa alla coscienza di chi soffre.

Per quanto concerne, invece, l'ostinazione nelle cure, la Chiesa consente esplicitamente la rinuncia all'accanimento terapeutico²²⁸, volendo cosí, non procurare la morte, ma «accettare di non poterla impedire». In effetti, il par. 2278 del Catechismo del 1992 considera legittima l'interruzione delle procedure mediche «onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate» rispetto ai risultati attesi.

La disposizione appena indicata introduce il criterio della straordinarietà come limite alla accettabilità del trattamento. Non onerosità, assenza di pericolosità, ordinarietà e proporzione rappresentano i requisiti che il trattamento sanitario deve possedere perché sia funzionale alla protezione del malato. La straordinarietà, secondo il documento emanato dal Pontificio Consiglio per la promozione umana e cristiana, può essere valutata da due angoli prospettici: da quello oggettivo, rispetto al quale rilevano la natura e il costo dei mezzi terapeutici; da quello soggettivo, che lascia emergere la necessità di evitare al paziente, considerato nella sua

²²⁷ Vale la pena di ricordare le parole di chi ravvisa nel cristianesimo l'opportunità per la persona di vivere ed attuare la propria dignità, quale valore che acquista significato nel rapporto dell'uomo col trascendente: C. CARDIA, *Dignità e diritti umani nella prospettiva delle religioni*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, Pellegrini editore, Cosenza, 2017, p. 418: «Il cristianesimo cambia la storia universale, l'individuo diviene "persona" a tutti gli effetti, con alcuni diritti, con tante aspirazioni da realizzare nel futuro. È finita l'età antica, è iniziata la modernità. Si può cominciare a parlare di dignità umana, di diritti della persona, di nascita dell'Europa e dell'Occidente come li conosciamo oggi. In questo senso è giusto affermare che le radici spirituali e culturali dell'Europa e dell'Occidente affondano nel cristianesimo che ha aperto il cuore dell'uomo, l'ha riempito di ideali, di aspirazioni, l'ha proiettato verso la conoscenza del pianeta e dell'universo, gli ha prospettato la grande utopia della vita ultraterrena in un rapporto unico e irreversibile con la trascendenza. Si apre la dimensione spirituale dell'uomo, con il cristianesimo la fede diviene oggetto di un anelito senza fine, di una sete che non scompare mai perché inestinguibile».

²²⁸ Per PAPA BERGOGLIO, *Discorso* tenuto il 16 novembre 2017, la rinuncia all'accanimento terapeutico è un «supplemento di saggezza». Secondo Papa Francesco, non c'è bisogno di impiegare sempre tutti i mezzi terapeutici potenzialmente disponibili, anzi, in determinati casi, è lecito astenersi dal loro utilizzo.

precisa individualità, situazioni di disagio profondo e angoscia. Sproporzione, invece, vuol dire inidoneità del mezzo a perseguire il fine stabilito.

In sostanza, per la Chiesa i parametri alla stregua dei quali valutare l'ammissibilità e tollerabilità del trattamento sanitario sono pressoché corrispondenti a quelli indicati dalla legge.

Quanto finora detto dimostra che è possibile trovare, pur nella diversità delle posizioni di partenza, soluzioni condivise e rispettose dei bisogni più profondi della persona. Non può destare preoccupazione l'assumere consapevolezza del fatto che è sempre più necessario rivolgere attenzione alle richieste drammaticamente urgenti dell'essere umano, lasciando al margine criteri di giudizio ispirati ad un'astratta valutazione dei problemi.

Ciò significa mettere in moto un processo di umanizzazione del diritto, il quale è in grado di svolgere una funzione promozionale ogniqualvolta si conformi ai bisogni dei soggetti più deboli e indifesi. Su questo piano di azione può accadere che diritto e morale si incrocino, pur nella consapevolezza del diverso ruolo al quale sono chiamati come strutture portanti della società.

C'è ancora tanto da riflettere sui temi qui sintetizzati. Vita, malattia, morte, dignità umana, libertà della persona e limiti all'arbitrio del singolo costituiscono le linee direttrici lungo le quali serve, senza invocare primati, continuare a confrontarsi e dibattere, nello sforzo combinato di tutti e nell'interesse superiore di chi invoca tutela, rispetto e talvolta anche pietà.

Brevi considerazioni a margine della Sentenza n. 242/2019. La “Leale collaborazione istituzionale tra i poteri” ha ultimato la sua parabola.

Di Maria Elena Ruggiano

1. Premessa 2. Il Principio di leale collaborazione tra i poteri in Italia e nella Unione Europea 3. I significati del principio di leale collaborazione all'interno di un ordinamento 4. Considerazioni conclusive

1. Nella Sentenza n. 242 del 2019 della Corte Costituzionale, depositata nel novembre scorso, l'attenzione di tutti, come era logico prevedere, è stata attratta dalle novità che essa conteneva in materia eutanassica. La Consulta, nel suo pronunciarsi, ha però compiuto un passo avanti sensibile non solamente sul piano sostanziale ma anche su quello formale che sembra non essere stato considerato nella giusta misura; essa *in primis* ha provveduto a delineare in quale modo l'art. 580 c. p. sia conforme alla nostra Costituzione ma poi ha preteso di riscriverlo fissando modi e condizioni e arrivando ad indicare una procedura.

Come si ricorderà la questione trasse origine dalla nota vicenda del DJ Fabo il quale, assistito dalla Associazione in capo a M. Cappato, fu accompagnato da quest'ultimo in una clinica svizzera al fine di attuare la procedura cd. di suicidio assistito. Lo stesso M. Cappato, autodenunciandosi il giorno seguente alla procedura, fu chiamato a rispondere della violazione dell'art. 580 del codice penale da parte del GIP del Tribunale di Milano che formulò l'imputazione. M. Cappato fu tratto in giudizio innanzi la Corte d'Assise di Milano per aver rafforzato il proposito di suicidio di Fabo DJ e per averne agevolato l'esecuzione. Al termine della istruttoria dibattimentale il Collegio milanese, con ordinanza del 14 febbraio 2018, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c. p.: a) “*nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio*”, per ritenuto contrasto con gli artt. 2,13§1, 117 della Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU (Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848; b) “*nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 12 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione*”²²⁹ per ritenuto contrasto con gli artt. 3,13,25 secondo comma, 27 terzo comma Cost..

La Corte Costituzionale argomentò che l'art. 580 c. p. “*mantiene una rilevanza oggettiva nell'impianto costituzionale potendo essere tutelante per i soggetti più fragili come le persone malate, depresse o psicologicamente vulnerabili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero facilmente essere indotte a porre fine alla loro vita in maniera precoce e per fini personali ed egoistici dei congiunti. Ciò detto però grazie ai progressi della scienza e della medicina si profilano casi e situazioni che all'epoca della emanazione del Codice non erano nemmeno*

²²⁹ Cfr. Ordinanza della Corte Cost. n. 207 del 2018 consultabile online sul sito

www.cortecostituzionale.it

pensabili visto che un malato può essere strappato alla morte ma rimanere fortemente compromesso nelle sue funzioni vitali e tali ipotesi devono essere trattate in maniera diversa dall'ordinamento"²³⁰. Secondo la Corte quindi qualora ricorrano queste ultime evenienze l'art.580 c. p. concretizza una violazione del diritto costituzionale a rinunciare alle cure ex art. 32 della costituzione; sottolinea ancora che il divieto per il medico di farsi carico di richieste come quella di Fabo impone al malato di subire un processo *"più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care"*. La Corte censura quindi l'assolutezza del divieto dell'art. 580 c. p. affermando che *"se il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari.. non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale"*²³¹.

Accertata la violazione di tali parametri la Corte ritenne però necessario, anziché dichiarare immediatamente l'incostituzionalità dell'art. 580 c. p., di rinviare la questione al 24 settembre 2019, termine entro il quale il Parlamento avrebbe dovuto introdurre una disciplina ad hoc che, oltre ad escludere la rilevanza penale delle condotte di agevolazione del suicidio, regolasse la materia, individuando tutti i casi in cui sarà possibile garantire e tutelare il diritto del malato di liberarsi delle proprie sofferenze.

La Corte, con un atteggiamento *sui generis*, dava al Parlamento delle indicazioni chiare per licenziare una legge che regolasse le ipotesi delineate. Nella Ordinanza suddetta, prendendo spunto da una Sentenza della Corte Suprema inglese²³² in materia di assistenza al suicidio che non aveva ritenuto opportuno deliberare su siffatta materia, assegnava quindi un compito preciso al Parlamento, entro un tempo determinato, allo scopo anche di mantenere un rapporto *"collaborativo e dialogico"* tra le parti.

Una volta trascorso il termine del settembre 2019 e dopo aver preso atto della inerzia del Parlamento italiano con la Sentenza n. 242 la Corte si è voluta spingere ancora oltre, ritenendo la collaborazione istituzionale conclusa poiché il Parlamento non aveva adempiuto nel termine previsto al compito assegnatogli, ed ha di fatto riscritto la norma impugnata rivendicando i *"propri poteri di gestione del processo costituzionale"*²³³; in tale maniera non risponde in maniera affermativa o negativa alla richiesta fattale ma riformula la previsione codiciale affermando che *"L' art.508 deve essere dichiarato, dunque, costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2,13,32, secondo comma Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 – [...]- agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile,*

²³⁰ Idem

²³¹ Cfr Ordinanza n. 207 del 14 Febbraio 2018 n. 8.

²³² Cfr. Corte Suprema del Regno Unito, Sentenza 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, 2014, UKSC 38. *"Sottolinearono in quell'occasione i supremi giudici inglesi che anche una solo parziale legalizzazione dell'assistenza al suicidio medicalmente assistito rappresenta una questione difficile, controversa ed eticamente sensibile, che richiede un approccio prudente delle corti; aggiunsero che una simile questione reclama una valutazione approfondita da parte del legislatore che ha la possibilità di intervenire – in esito a un iter procedurale nel quale possono essere coinvolti una pluralità di esperti e di portatori di interessi contrapposti – dettando una nuova complessiva regolamentazione della materia di carattere non penale, comprensiva di uno schema non procedurale che consenta una corretta applicazione ai casi concreti delle regole così stabilite. Il tutto in un contesto espressamente definito collaborativo e dialogico fra Corte e Parlamento"*. Si veda Ordinanza n. 207 del 2018 consultabile online sul sito www.cortecostituzionale.it

²³³ Cfr. Sentenza della Corte cost. n. 242 del 2019 n.2.5

*fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente*²³⁴. Statuisce quindi che *“Non è punibile ai sensi dell'art. 580 c.p., a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli”*²³⁵.

Un tale atteggiamento dovrebbe destare preoccupazione poiché non dovrebbe esistere la possibilità di svuotare di senso il Parlamento legiferando al suo posto e arrogandosi veri e propri poteri legislativi²³⁶ e ancor di più non dovrebbero essere dimenticati i principi democratici che devolvono agli eletti dal popolo la capacità di legiferare in nome di tutti senza il pericolo di essere scavalcati dai tecnocrati del diritto.

Il Principio di collaborazione dovrebbe essere considerato molto più di un semplice galateo costituzionale ma troppo spesso ormai risulta essere una aspirazione, una speranza o una bandiera contro le sfrontatezze e contro i centralismi statali e regionali.

2. Il Principio di leale collaborazione tra i poteri in Italia e nella Unione Europea.

Il principio di leale collaborazione²³⁷ tra i poteri viene percepito e sussiste in ogni sistema costituzionale poiché non sarebbe ipotizzabile la sua assenza al fine del buon funzionamento dell'intero apparato statale. Alla Corte rimane il merito di averlo tradotto in *“correttezza”* e *“rispetto reciproco”*²³⁸ che molto bene esprimono il concetto sotteso.

La leale collaborazione consta di due accezioni differenti: la prima quella detta *“leale collaborazione intersoggettiva”*²³⁹ utilizzata con riferimento ai rapporti intercorrenti tra lo Stato e le Regioni o gli altri enti territoriali e che detta il paradigma dell'operato dello Stato e degli enti nelle materie in cui i rispettivi interessi e competenze si intersecano sino a sovrapporsi. La seconda detta di *“leale collaborazione interorganica”*²⁴⁰ concernente le relazioni e le reciproche interferenze tra i poteri dello Stato.

Attualmente in tutti i sistemi statali compresi quelli di stampo dualista, imperniati quindi su di una netta

²³⁴ Cfr. Sentenza della Corte cost. n. 242 del 2019 n.8.

²³⁵ Idem

²³⁶ Sul punto si veda M. CANONICO, *Giuramento dei testimoni e Corte Costituzionale: l'ultima tappa di un cammino con epilogo a sorpresa*, in Dir. famiglia, 1995, pagg. 1322-1335. Lo stesso afferma che in tali ipotesi *“non è facile fugare i dubbi sulla correttezza formale di una decisione che, con buona pace del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, fa assumere al giudicante il ruolo di legislatore”*.

²³⁷ La formulazione originaria del principio di leale cooperazione si suole far risalire al pensiero di Smend R. che, in due successivi saggi del 1916 e del 1918 dedicati rispettivamente al diritto costituzionale non scritto dello Stato federale ed alla Costituzione e al diritto costituzionale, individuò, come regola generale, quella di ricercare e praticare relazioni amichevoli fra Bund e Lander in un quadro di reciproca coesione. Si veda sul punto A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 193; G. DE VERGOTTINI, voce *Stato federale*, in Enc.Dir, Vol. XLIII, 1990, p. 851; A. ANZON, *Il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 19.

²³⁸ Cfr. tra le altre sent. 168/1963, in Giur. cost. 1963, p. 1644 ss., 1678; sent.679/1992, in Giur. cost. 1992, p. 2996 ss., 3015 nella quale si insiste sul concerto tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli affermando che *“sotto il profilo della leale collaborazione e, in particolare, sotto quello della correttezza nei rapporti reciproci, l'attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori... le parti, inoltre, non possono dar luogo ad atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di correttezza e di apertura alle altrui posizioni”*.

²³⁹ L. VESPIGNANI, *Leale collaborazione intersoggettiva*, in Dir. e soc., 2012, Vol. II, pp. 291-314.

²⁴⁰ R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in Riv. Dir.cost., 2001, pp. 3-13.

separazione dei poteri, i rapporti istituzionali sono temperati dal principio di leale collaborazione²⁴¹.

Tale principio fu originariamente assente nella nostra Carta fondamentale emergendo in seguito dapprima grazie alle numerose Sentenze della Corte Costituzionale che lo richiamarono e successivamente venne codificato nel titolo V della Carta fondamentale in seguito alla sua riforma e alla modifica dell'art. 120²⁴² rimanendo ad operare per ciò che concerne i poteri dello Stato “*negli strati più profondi del diritto costituzionale*”²⁴³.

Certamente la previsione ex art. 120 della Costituzione riguarda solamente il rapporto Stato – Regioni ma la mancata previsione esplicita del principio non decreta la sua inesistenza in altri ambiti. Nella nostra Costituzione d'altronde rimangono orfani di un preciso riferimento testuale anche altri principi come ad esempio quello di legalità ma ciò non potrà far dubitare che questi non sussistano all'interno del nostro ordinamento. Senza dubbio alcuno esistono principi espressi e inespressi e il principio in sé si caratterizza per la sua portata ampia e generale lasciando lo sviluppo attraverso le norme particolari delle quali andrà a costituire il fondamento e influenzerà i contenuti²⁴⁴.

Nel nostro ordinamento molte previsioni costituzionali e leggi ordinarie possono essere ricondotte al principio di leale collaborazione: ad esempio il rapporto di fiducia che intercorre tra Governo e Parlamento; i rapporti che legano le due camere del Parlamento tra loro od ancora l'iter di promulgazione di una legge che necessita della collaborazione tra Presidente della repubblica, le Camere ed il Governo chiamato alla controfirma così come l'istituto della Grazia che necessita di un rapporto tra il Presidente della Repubblica e il Ministro della giustizia.

Da quanto detto deduciamo che i momenti in cui gli organi dello Stato si intersecano tra loro nel compimento delle loro funzioni sono molteplici e le norme che li disciplinano sono norme particolari basate sul principio di leale collaborazione.

La prima volta che la Corte si espresse in questa direzione fu nella Sentenza n. 168 del 1963 nella quale parlò esplicitamente di rapporto di collaborazione tra i poteri dello Stato²⁴⁵.

Successivamente²⁴⁶ nella pronuncia n. 379 del 1992 si iniziò a delineare il contenuto del principio sostenendo che “*sotto il profilo della leale cooperazione e, in particolare, sotto quello della correttezza nei rapporti reciproci, l'attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori*”²⁴⁷, ed ancora nella sentenza n. 110 del 1998 si affermò con chiarezza che i rapporti tra gli organi devono ispirarsi a “*correttezza e lealtà,*

²⁴¹ R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in Riv. Dir. cost., 2001, pp. 3-13.

²⁴² La dottrina non è unanime sul punto dal momento che una parte ritiene che il principio non è stato inventato dalla Corte Cost. ma lo ha soltanto fatto emergere mentre altri ripetono che stante il principio di separazione dei poteri non è costituzionalizzato quello della leale collaborazione. Si veda A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione nel quadro costituzionale*, in *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario di Pavia, 6-7 giugno 2003, Giappichelli ed., Torino, 2003.

²⁴³ R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in Riv. Dir. cost., 2001, p. 10.

²⁴⁴ A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 42. Egli afferma che i principi “*sono norme autoreferenziali di ampia portata che rappresentano gli elementi fondamentali e generali del nostro sistema giuridico – democratico; regole giuridiche poste a fondamento di altre norme, tradotte esplicitamente od implicitamente in strutture prescrittive*”.

²⁴⁵ Si veda la Sentenza n. 168 del 1963, in Giur. Cost. 1963, p. 1644 ss.. Nella Sentenza il caso di specie riguardava i rapporti tra C.S.M. e il Guardasigilli e i giudici avevano sostenuto che il punto di equilibrio tra le due distinte attribuzioni costituzionali era da “*individuarsi un dovere di collaborazione reciproca*”. Al punto 8 del considerato in diritto si legge che “*dall'autonomia riconosciuta al Consiglio superiore, nelle materie indicate nell'art. 105 della Costituzione, non deriva, secondo che si sostiene, una netta separazione di compiti fra il Ministro guardasigilli e l'Organo preposto al governo della magistratura.. se quindi tale autonomia esclude) come pure si desume dai lavori preparatori) ogni intervento del potere esecutivo nelle deliberazioni concernenti lo status dei magistrati, non esclude peraltro, che, fra i due organi, nel rispetto delle competenze a ciascuno attribuite, possa sussistere un rapporto di collaborazione: il quale importa che i servizi, affidati al guardasigilli dall'art. 110 della Costituzione, non sono limitati a quelli sopra accennati, ma, visi comprendono altresì, sia l'organizzazione degli uffici nella loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, sia il funzionamento dei medesimi in relazione alla attività e al comportamento dei magistrati che vi sono addetti*”.

²⁴⁶ Si vedano anche la Corte cost., sent. n. 219 del 1984; sent. n. 294 del 1986; sent. n. 177 del 1988; sent. n. 470 del 1988 e non ultima la sent. n. 139 del 1990 consultabili on line sul sito www.cortecostituzionale.it

²⁴⁷ F. SORRENTINO, *Un conflitto deciso ma non risolto*, in Giur. cost., 1992, p. 3343 segg. a proposito della sentenza n. 349 del 1992.

nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti"²⁴⁸.

Parte della dottrina, sulla base di tali pronunce, ha avanzato l'ipotesi che il principio di leale collaborazione possa non essere altro che una estensione del principio di separazione dei poteri poiché esprimerebbe *“l'ovvia esigenza che i meccanismi della forma di governo funzionino con accettabile efficienza, esigenza che, sia o meno contemplata dalla teoria si impone con tutta evidenza nella pratica”*R. R. ²⁴⁹.

Il fatto che il principio della leale collaborazione possa essere collegato con il principio di separazione dei poteri non può far dimenticare comunque che il primo trova le sue basi negli strati più profondi della Costituzione poiché risponde ad esigenze che si posizionano tra le fondamenta dell'impianto costituzionale e le dinamiche dei rapporti all'interno della forma di governo.

La necessità della leale collaborazione tra i poteri è stata ribadita anche a livello comunitario sia nell'art. 13, comma II, del Trattato sull'Unione Europea che stabilisce infatti che *“le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione”* e lo si richiama principalmente per quanto attiene ai rapporti tra Parlamento Europeo e Consiglio²⁵⁰ ed anche nell'art.4, comma III, del Trattato dove si afferma che *“in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati”*; ciò vuol significare che gli organi nazionali devono facilitare le istituzioni comunitarie nell'assolvimento dei loro compiti²⁵¹.

In particolare l'art. 4 nel porre un obbligo di collaborazione tra gli Stati membri e l'Unione Europea vuole realizzare due prescrizioni precise: 1. nessuno Stato membro deve porre in essere atti che vadano a compromettere la realizzazione di obiettivi comunitari quindi non dovrà produrre leggi o provvedimenti amministrativi che non siano coerenti con gli obiettivi suddetti e qualora questo accadesse il giudice nazionale dovrà prontamente disapplicarli; 2. ogni Stato membro dovrà adottare tutti gli strumenti giuridici che siano necessari al conseguimento degli obiettivi comunitari²⁵².

3. I significati del principio di leale collaborazione all'interno di un ordinamento.

La leale collaborazione tra poteri all'interno di un ordinamento assume varie forme. È un principio non scritto che informa l'ordinamento stesso e si desume dalla connessione sistematica e dal coordinamento delle disposizioni costituzionali diventando necessario - quanto alla collaborazione - per l'integrazione e per una armonica composizione dei vari soggetti che compongono l'ordinamento e per ciò che concerne la lealtà è funzionale per dare

²⁴⁸ È quanto affermato dalla Corte costituzionale nella Sent. n. 110 del 1998, in Giur. cost, 1998, p. 929 segg. e ribadito dalle sentenze n. 410 del 1998 e n. 48 del 2000 e dall' ord. n. 344 del 2000.

²⁴⁹ R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in Riv. dir. Cost., 2001, p. 7; l'Autore aveva avanzato anche la possibilità di ricondurre il principio di leale collaborazione alle disposizioni della Carta fondamentale che prevedono una sovrapposizione tra le competenze attribuite agli organi dell'apparato statale. Come però ha affermato L. VESPIGNANI, *Leale collaborazione tra poteri dello Stato: regola o principio?*, in Liber amicorum per Massimo Bione, Giuffrè, Milano, 2011, p. 673: *“l'interferenza non rende di per sé necessaria la collaborazione tra le autorità coinvolte, ben potendo – per converso – dar luogo ad una situazione di conflitto tra i rispettivi titolari”*.

²⁵⁰ Un esempio di questa leale collaborazione lo troviamo nella procedura legislativa ordinaria disciplinata all'art. 294 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea la quale richiede la necessaria convergenza tra le Istituzioni. Si veda sul punto www.politicheeuropee.gov.it

²⁵¹ In particolare tale articolo pone un obbligo di collaborazione tra Stati membri e Unione Europea che si realizza in due prescrizioni precise: 1. Nessuno Stato membro deve porre in essere atti che vadano a compromettere la realizzazione di obiettivi comunitari. Ciò vuol dire che lo Stato membro non deve produrre leggi che non siano coerenti con gli obiettivi comunitari e se lo fa il giudice nazionale deve prontamente disapplicarli; 2. Ogni Stato membro deve adottare tutti gli atti giuridici che siano necessari al conseguimento degli obiettivi comunitari. È per questo che lo Stato membro deve ratificare le direttive e tutti gli altri atti giuridici della Comunità e se non lo fa può essere sanzionato attraverso la cd. Procedura d'infrazione.

²⁵² L. DANIELE, *Diritto alla Unione Europea*, 5°ed., Giuffrè, 2014, Milano; J.P. JACQUE', *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8°ed., Dalloz ed., Paris, 2015; G. STROZZI – R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea, Parte istituzionale*, 7° ed., Giappichelli, Torino, 2016.

una sostanza alla collaborazione stessa.

Si tratterebbe di un principio quindi funzionale, teleologico e strumentale all'ordinamento perché indica la strada da seguire per una corretta decisione e il criterio idoneo a cui conformare l'esercizio delle competenze.

La leale collaborazione è anche un principio politico, che caratterizza cioè i rapporti tra istituzioni politiche di diversi ordinamenti o tra differenti livelli di governo; in questa accezione si avrà la necessità di conseguire “*una volontà politica unitaria, congiunta e partecipata*”²⁵³ ovvero occorrerà che tutti i soggetti coinvolti intervengano nel momento decisionale co-determinando il contenuto degli atti da adottare. L'oggetto stesso della decisione presuppone una leale collaborazione e l'apporto di tutte le parti in gioco.

La leale collaborazione infine può assumere oltremodo il connotato di principio finalistico cioè una “*codeterminazione e condivisione degli obiettivi e dei risultati che ciascun soggetto dovrà poi perseguire separatamente nell'esercizio delle rispettive competenze*”²⁵⁴. L'accezione finalistica del principio implica il rispetto delle competenze altrui per il raggiungimento dell'obiettivo comune che sarà inteso come il funzionamento del sistema stesso; presupposto della collaborazione in tal senso sarà invece una giusta differenziazione delle sfere di competenza dei soggetti coinvolti e un reciproco rispetto delle attribuzioni spettanti a ciascuno²⁵⁵.

Certamente il principio in commento così delineato non sarà mai fonte di nuove competenze ma concretizzerà un modo di attuazione del criterio di separazione delle competenze che induca i soggetti a perseguire il corretto funzionamento del sistema nel rispetto degli interessi coinvolti e delle attribuzioni di tutti gli attori interessati.

Nel caso della Sentenza n. 242 appare evidente che il rispetto dovuto delle attribuzioni e delle competenze non è stato attuato; la Corte giudica, come è noto, con sentenze che possono essere di accoglimento con le quali essa, dopo aver compiuto una valutazione sulla questione di costituzionalità, la accoglie, dichiarando incostituzionale la legge in esame; di rigetto con le quali la Corte ritiene il problema non fondato e riconosce che la legge rispetta il dettato costituzionale; interpretative di accoglimento quando la Corte dichiara l'incostituzionalità di una determinata interpretazione della legge e ne impone una conforme alla costituzione o di rigetto quando dichiara la legge legittima purché interpretata in un certo modo; additive che sono quelle con cui la Corte dichiara l'illegittimità di un testo nella parte in cui prevede certe conseguenze piuttosto che altre; monitorie, decisioni anomale con cui la corte cercadi scuotere il legislatore dalla sua inerzia invitandolo alla riforma di un complesso normativo²⁵⁶

4. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni che precedono potremmo trarre alcune conclusioni.

Il principio di leale collaborazione costituisce uno dei fondamenti della nostra Carta Costituzionale e sussiste al fine della perfetta efficienza della macchina istituzionale. I paradigmi linguistici, quali ad esempio “correttezza”, “rispetto reciproco”, “bilanciamento tra le opposte esigenze”, che la dottrina ha reso servono solamente a rendere chiaro il concetto che costituisce la sostanza del principio stesso.

²⁵³ C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 56.

²⁵⁴ R. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 57.

²⁵⁵ In questo senso cfr. R. BIN, *Il principio di leale collaborazione tra i poteri*, in Riv. dir. Cost., 2001, p. 7 ed ancora R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto: le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica Federale di Germania e Spagna nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 1995, p. 80 segg.

²⁵⁶ R. BIN, G. PETRUZZELLI, *Diritto pubblico – costituzionale*, 2008, Cedam Padova, p. 95.

Il principio di leale collaborazione aggiunge un corollario alla tesi che regola l'esercizio di una pubblica funzione e il soggetto agente dovrà applicarla tenendo sempre presenti le esigenze e le prerogative degli altri soggetti con i quali si trovi ad interferire.

La Corte è chiamata a risolvere conflitti caratterizzati da una particolare delicatezza e ciò le imporrà di adottare una condotta particolarmente prudente e ragionevole rispetto ai normali giudizi; il suo compito consisterà, tra gli altri, nell'imporre la legalità costituzionale anche ai comportamenti degli organi politici e qualora ella imponesse regole senza un fondamento positivo ci troveremmo di fronte ad un difensore che diventa anche produttore delle stesse perdendo credibilità innanzi all'organo politico.

“Purtroppo l'analisi capillare delle pronunce della Corte ha di solito un esito mortificante, perché sembra ardua la ricostruzione unitaria di giudizio, di strutture argomentative comuni munite di sufficiente solidità. Da cui la deprimente conclusione che la giurisprudenza della Corte costituzionale procede caso per caso, tra scarse continuità e vistose discontinuità, che le valutazioni di opportunità prevalgono sulla applicazione di standard di giudizio consolidati. Perciò, quasi inevitabile, riaffiora la questione della legittimazione della Corte”²⁵⁷.

Esercizio quanto mai opportuno sarà dunque quello di interrogarsi sulla valenza e l'utilità di un principio come quello della leale collaborazione e se è vero che principi come questo aiutano a concretizzare esigenze che risiedono sulle fondamenta della Costituzione e dello Stato etico bisognerà capire e fare proprio il perché di una Costituzione rigida, quale sia il vero impiego della Corte Costituzionale e a cosa servano gli strumenti con i quali opera.

Con la sentenza n. 242 la Corte ha rivendicato *“i propri poteri di gestione del controllo costituzionale”²⁵⁸* intimando al Parlamento un termine entro il quale legiferare *ad hoc*; essendo tale termine scaduto la Corte *“posta di fronte ad un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio. Occorre infatti evitare che l'Ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore”²⁵⁹.*

Con la conseguenza che la stessa non risponde in maniera affermativa o negativa al quesito sottopostole ma riscrive il dettato dell'art. 580 c.p.

Tale modalità di procedere non deve meravigliarci visto che nel lontano 1992 il Prof. Zagrebelsky preferiva la via giudiziaria alla via parlamentare per la risoluzione degli accadimenti quando affermava che *“molte domande nuove poste al diritto dal progresso tecnologico (si pensi alla tecnologia genetica) forse più opportunamente possono trovare una prima risposta in una procedura giudiziaria in cui si mettano a confronto prudentemente i principi coinvolti, piuttosto che in assemblee politiche dove il richiamo ai principi è spesso uno strumento di militanza di parte”²⁶⁰.*

Se questa modalità quindi non può meravigliarci dovrà però farci preoccupare poiché *“la garanzia dei diritti non sta più nell'unità e nella partecipazione alle istituzioni rappresentative; sta nelle giurisdizioni e nella loro assoluta indipendenza dal potere politico. La rappresentanza democratica lascia il campo ai tecnocrati del diritto:*

²⁵⁷ R. BIN, *I principi e la loro costituzionalizzazione*, Riv. Dir. Cost., 2001, p. 3-13.

²⁵⁸ Cfr. Sentenza n. 242/2019 punto 2.5.

²⁵⁹ Cfr. Sentenza n. 242/2019 punto 4.

²⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 36.

*giuristocrazia invece della democrazia. Il nuovo costituzionalismo sottrae alla politica e attribuisce al giudice anche il potere di riconoscere nuovi diritti*²⁶¹.

Ciò che è accaduto con la sentenza n. 242 rappresenta una sorta di resa delle armi del Parlamento che di fatto si è fatto scavalcare dalla Corte rinunciando al suo ruolo di legislatore e di rappresentante dell'intero popolo italiano.

²⁶¹ C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario*, Carocci ed., Torino, 2016, p. 24.

Recensioni

Giorgio Feliciani, *Papato, episcopati e società civili – Nuove pagine di diritto canonico ed ecclesiastico*, a cura di Michele Madonna, Venezia, Marcianum Press 2020

Di Roberto Carlo Delconte

La raccolta di saggi di Giorgio Feliciani contenuta in questo volume – curato da Michele Madonna, dal titolo *Papato, episcopati e società civili – Nuove pagine di diritto canonico ed ecclesiastico* (con prefazione di Benedict Ndubueze Ejeh, preside della Facoltà di diritto canonico San Pio X di Venezia, ove insegna adesso Feliciani) – rappresenta una privilegiata occasione di riflessione su alcune importanti tematiche, proprio per la competenza scientifica e la lunga esperienza dell’Autore (del resto lo stesso volume vuole “celebrare meritatamente i suoi 80 anni di età spesi per la maggior parte a promuovere la scienza del diritto canonico”).

Felice la scelta di suddividere i saggi (pubblicati in riviste ed opere collettanee tra il 2012 e il 2019) in tre sezioni (“percorsi storici”, “diritto canonico” e “diritto ecclesiastico”), perché consente non soltanto una più ordinata presentazione dei contributi, ma perché riesce subito, a prima vista, a rendere l’idea della ricchezza e varietà dei temi scientifici oggetto di indagine. Soffermandoci sui principali titoli, nella prima parte, si spazia dalla codificazione canonica del 1917, ad alcune proposte di regolamentazione delle conferenze episcopali da parte dei Cardinali Gasparri e Cerretti, fino al ruolo della CEI nella revisione del Concordato lateranense, per terminare con un appassionato ricordo del Maestro Orio Giacchi. Nella seconda, si passa dalla nuova codificazione per la Chiesa latina, alla partecipazione dei laici al *munus docendi*, dal sinodo minore della diocesi di Milano, alla libertà religiosa per Papa Francesco, dal ruolo dei Santuari per la missione, all’insegnamento del diritto canonico nelle università italiane. Nella terza, infine, troviamo trattati la questione del crocifisso e il tema della libertà religiosa nell’attuale prassi ecclesiale italiana, la libertà religiosa nel contesto stabilito dal Trattato di Lisbona, il regime giuridico dei luoghi di culto nel diritto internazionale e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Merita in particolare segnalare il contributo dal suggestivo titolo “*La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle Decretali?*”. Qui, dopo avere sinteticamente analizzato la “novità” del nuovo codice del 1983 (anche nel confronto con quello del 1917) – che è riuscito in qualche modo a “tradurre in linguaggio canonistico l’ecclesiologia conciliare” del Vaticano II – viene richiamata anche la sua “autonomia”, partendo dal presupposto che il CIC (come “ultimo documento conciliare”) affonda le proprie radici non soltanto nella dottrina conciliare, ma anche nell’“esperienza che ne è seguita”, riuscendo talvolta a meglio chiarire e approfondire quanto affermato dal Vaticano II. Tuttavia, l’Autore non trascura di considerare la meno positiva valutazione prospettata “da una parte significativa della canonistica”, secondo cui il CIC non sarebbe stato in grado di recepire il “dato conciliare” della ecclesiologia di comunione, “con tutta la sua forza espansiva” (restando in una certa misura legato alla concezione

della Chiesa come “società perfetta”). Per altri, darebbe l'impressione di restare un “percorso incompiuto” o un “codice di transizione”. Interessante, poi, il fatto che pur non prevedendo il CIC vigente alcuna procedura per inserire future modifiche, questo non ha impedito numerose e significative innovazioni (in effetti sono quasi una quarantina i canoni modificati, integrati o sostituiti, senza contare un progetto di riforma del “diritto penale” che porterebbe complessivamente a innovare oltre il 7 per cento dell'intero CIC). Da qui il dubbio se la scelta del legislatore postconciliare per la codificazione sia stata opportuna, “o se, invece, non sarebbe stato preferibile procedere con leggi riguardanti le materie che più necessitavano di riforma”. Del resto fu lo stesso Cardinale Pericle Felici – al Sinodo dei Vescovi sulla evangelizzazione nel 1974 – ad approvare “l'ipotesi che, in attesa della promulgazione del CIC, considerata tutt'altro che prossima, si tornasse temporaneamente all'epoca delle Decretali”, non per delineare un'alternativa alla codificazione, ma solo per suggerire di provvedere “a colmare le lacune esistenti con leggi di carattere per così dire provvisorio, emanate come *ad experimentum*”. In ogni caso, valutando criticamente tutte le luci e tutte le ombre del CIC postconciliare, non si può negare che esso abbia profondamente recepito gli aspetti salienti della ecclesiologia conciliare, apportandovi un significativo contributo di approfondimento e di sapiente traduzione giuridica dei suoi insegnamenti. Per questo, come rilevato da Feliciani, anche i più severi critici del nuovo CIC riconoscono – come “punto di non ritorno” – che esso rappresenti “una tappa di transizione di grande importanza per la vita della Chiesa”, sia per la sua stessa immagine istituzionale, sia per la metodologia della scienza canonistica.

**Dimensioni del diritto, a cura di Alberto Andronico, Tommaso Greco e Fabio Macioce,
Giappichelli, 2019**

Di Matteo Pompei

Il volume collettaneo in esame, edito da Giappichelli, è strutturato secondo un interessante paradigma sia di metodo sia di merito. Quanto al primo profilo, i curatori hanno l'ambizioso obiettivo di andare oltre alcune dicotomie che sembrano irriducibili nel panorama filosofico giuridico, come quella tra "analitici" e "continentali" o tra "giusnaturalisti" e "giuspositivisti". Dalla lettura del libro si percepisce, infatti, l'alacre sforzo che è stato compiuto per sintetizzare – nel senso etimologico del termine – la realtà giuridica alla luce delle diverse prospettive teoretiche, analitiche o storiche. Con riferimento al merito, invece, il lavoro è volto a ricostruire il fenomeno giuridico in tutta la ricchezza e la complessità delle sue molteplici dimensioni costitutive. Più precisamente, il filo conduttore che sembra unire tutti i contributi dei diversi autori è la convinzione che il diritto non sia un ente autonomo e irrelato, ma che si compenetri di tutte le varie dimensioni costitutive che gravitano intorno ad esso, come il potere, il linguaggio, finanche la religione.

L'opera è composta da tre sezioni: nella prima vi sono i "Fondamenti", ossia le condizioni su cui si fonda l'esistenza del diritto, come la *giustizia, il potere, la morale, la società, la libertà, l'uguaglianza*; la seconda sezione analizza le "Strutture", vale a dire gli elementi intrinseci del diritto, come *l'istituzione, la norma, il fatto, il giudizio, il linguaggio, la retorica*; nella terza sezione, infine, sono presentati gli "Ambiti", ovverosia i contesti ove il diritto tende a manifestarsi e svilupparsi, come *l'identità, lo spazio, la tecnica, l'economia, la religione, le humanities*. Ogni capitolo del libro – ancorché realizzato da giuristi con formazioni, visioni teoriche e sensibilità filosofico-giuridiche differenti – muove da una ricostruzione storica, un'analisi dogmatica e concettuale, uno studio delle principali teorie che animano ogni singola questione e, infine, una tematizzazione delle criticità contingenti che caratterizzano ciascuna *dimensione* del diritto.

Per ragioni di spazio editoriale, non è possibile analizzare compiutamente nella presente scheda i diciotto contributi che compongono il libro in commento. Al fine di non rischiare di compiere una disamina semplicistica di lavori che, invece, meritano un'analisi più approfondita, ci si limiterà a proporre i tratti salienti dei contributi dei tre curatori del volume.

La prima questione, che è anche la prima in ordine cronologico trattata nel testo, riguarda il tema della giustizia, nella convinzione che il bisogno di giustizia sia un fatto storico e sociale imperituro e incontestabile, ma soprattutto che non si possa comprendere lo sviluppo dei sistemi giuridici obliterando il tema della giustizia. Al riguardo, l'autore sottolinea acutamente come non solo non debba essere accantonato il tema della giustizia, ma anche – anzi soprattutto – come non debba essere espunto dal pensiero giuridico il rapporto tra diritto e giustizia.

In una prospettiva storica, vengono esaminate le tre macro-epoche in cui si è forgiato il tema della giustizia. La prima è l'epoca classica, ove la giustizia viene considerata come un principio oggettivo, tanto morale quanto cosmico, in opposizione al caos, all'irrazionalità e quindi, giustappunto, all'ingiustizia. Proprio l'idea di giustizia come armonia tra ordine naturale, ordine sociale e ordine morale dà impulso alla tematizzazione della giustizia nel panorama occidentale, che trae scaturigine dal pensiero di Platone e di Aristotele. E proprio grazie allo Stagirita la traduzione della giustizia in armonia, ragione e ordine compie un'importante evoluzione riuscendo ad essere considerata come *virtù*: la giustizia perde, quindi, il suo carattere di principio, di Lògos astratto e vira risolutamente verso la concretezza della vita reale e dell'individuo. Da ciò discende il ragionamento di Aristotele circa le diverse tipologie di giustizia, da quella commutativa a quella distributiva. La seconda epoca storica che viene esaminata è quella medievale, nella quale si mantiene l'idea di un ordine oggettivo, esterno all'individuo, ma viene completata con la presenza di un Dio creatore a cui l'uomo è subordinato. In tale cornice si sviluppa la dicotomia tra volontaristi e razionalisti, con il prezioso contributo filosofico-giuridico di illustri studiosi del calibro di Sant'Agostino e San Tommaso. Merita un cenno, infine, un importante disallineamento che nasce proprio in epoca medievale e avrà grandi ripercussioni teoretiche nell'alveo filosofico: lo iato tra il concetto di giustizia e il concetto di bene morale. In altri termini, mentre nell'epoca classica la giustizia e il bene sostanzialmente coincidevano, nell'epoca cristiana- medievale (ancorché vi siano fecondi semi nel pensiero aristotelico) il concetto di bene supera quello di giustizia ed è proprio per questo che è possibile considerare giusto l'inferno, ma non il paradiso che è invece integrato dal bene della misericordia divina. La terza epoca relativa al mondo moderno si differenzia nettamente dalle due

succitate, giacché si incammina decisamente in un sentiero individualistico, razionalistico e secolarista, anche sulla scorta della nascita di molteplici entità politiche autonome. In buona sostanza, viene obliterato il concetto di giustizia come principio sovraordinato all'uomo, ad appannaggio dell'individuo stesso che diviene il perno a partire dal quale viene riconosciuto l'ordinamento sociale e giuridico. In tale paradigma, l'idea stessa di giustizia è costruita a partire dal soggetto, in quanto essere razionale e capace di compiere delle scelte: la ragione e la volontà divina vengono dunque disarcionate dalla ragione e dalla volontà dei singoli individui.

Nel novero delle caratteristiche della giustizia, tra le più ricorrenti e significative va sicuramente segnalata quella della relazionalità. La giustizia, infatti, a differenza del bene morale, è valutata in rapporto all'azione (o all'omissione) umana, sicché sottende quasi sempre la coercibilità delle azioni ad essa conformi. Tra le varie prospettive della giustizia, inoltre, è possibile proporre una tematizzazione in tre macro-aree: (i) quelle formali, che investono solo le precondizioni – giammai le conseguenze – affinché i rapporti sociali possano essere giusti; (ii) quelle sostanziali, che hanno come obiettivo quello di garantire la fruibilità effettiva e concreta dei diritti in capo ai soggetti ai quali sono attribuiti; (iii) quelle procedurali, ove la procedura che venga considerata giusta possa trasferire il suo valore all'esito della sua applicazione concreta.

Il tema che forse ha un più alto valore filosofico-giuridico è nondimeno il rapporto tra giustizia e diritto, allorché intendiamo inquadrare la giustizia come stretta legalità oppure come conformità ad un ordine di valori meta-positivi che si stagliano come criterio di giustificazione o fondamento del diritto stesso. Da ciò ne discende la classica dicotomia tra i giuspositivisti, incentrati sulla validità ed efficacia del diritto secondo criteri intra- giuridici, e i giusnaturalisti, secondo cui la giustizia vada valutata secondo canoni metagiuridici, quindi esterni al perimetro del diritto stesso. Nel volume in commento, tuttavia, è stato felicemente notato come accanto ai due modelli “classici” succitati stia crescendo un modello “intermedio” che scaturisce dal processo di costituzionalizzazione di quasi tutte le nazioni. Nella gran parte degli ordinamenti, infatti, vi sono dei principi che operano come vincoli e criteri sostanziali alla produzione legislativa, sicché una legge, oltre ad essere valida perché posta conformemente ai criteri formali stabiliti, è altresì valida in quanto coerente con i parametri sostanziali imposti dalle costituzioni al potere legislativo. A questo punto l'autore pone un interrogativo fondamentale: se il criterio della giustizia e quello della validità di una norma siano solo distinti o anche indipendenti tra loro. Il quesito offre risposte originali anche alla luce dell'orientamento neo-costituzionalista di filosofi del diritto come Dworkin o Alexy. Quest'ultimo, in particolare, offre

interessanti spunti considerando le costituzioni nazionali come contenitori tanto di validità quanto di giustizia dell'ordinamento, dal momento che nessun ordinamento potrebbe sbandierare la giuridicità e la validità delle proprie norme qualora non postulasse la giustizia dei propri principi fondamentali. In verità questa autorevole affermazione spesso viene contestata sulla base della considerazione che l'incorporazione dei valori nel diritto non implichi automaticamente che le leggi si fondino su valori morali, giacché i principi costituzionali, una volta positivizzati, divengono essi stessi norme giuridiche. Il tema è assai vasto e denso di spunti di riflessioni, come suggerisce il rapporto tra giustizia ed equità, finalizzato alla capacità del diritto di risolvere una questione concreta. E' possibile, infatti, che una norma valida sia percepita come ingiusta, o comunque inidonea a risolvere un caso concreto, sicché si pone anche il problema dell'obbedienza a una legge ingiusta, che tormenta la sensibilità dei giuristi sin dai tempi di Antigone. Il rischio di scongiurare il c.d. abuso del diritto, inteso come iato tra il valore della giustizia e quello della certezza del diritto, può essere temperato dalla facoltà di disobbedire ad una legge ingiusta "oltre un certo grado", bilanciando l'effettiva giustizia del caso concreto con la conservazione dell'ordine della coesistenza civile.

Le ultime due riflessioni protese sul futuro della giustizia investono (i) la "giustizia di transizione", allorché l'esigenza di punire secondo le leggi i colpevoli di crimini efferati debba essere temperata con la necessità di pacificazione della società e di rafforzamento della coesione sociale; (ii) la "giustizia globale", che invece muove dalla presa di coscienza di non poter limitare le questioni legate alla giustizia nei soli contesti locali o nazionali, ponendo l'accento sul carattere necessariamente universale delle istanze di giustizia.

Un'altra dimensione che è correlata al diritto è sicuramente quella del potere, tanto da indurre due grandi teorici del diritto come Bobbio e Ross a ritenere che "diritto e potere sono due facce della stessa medaglia". Medaglia che può oscillare verso la tendenza del potere ad assorbire il diritto o verso il tentativo del diritto di controllare il potere. Se consideriamo, invero, il potere come la capacità di condizionare il comportamento altrui e di ottenere obbedienza, possiamo affermare che solo grazie all'azione regolatrice del diritto il potere si spoglia della mera forza – o addirittura violenza – per essere incanalato verso una regola. Tale assunto muove dalla tradizione giuridica occidentale, ove già nella civiltà ellenica il diritto determina il superamento del principio della forza, tracciando il sentiero per la civilizzazione del potere. Per dirla con Aristotele, il diritto permette che il potere governativo possa essere esercitato mediante "ragione senza passione", costituendo inoltre il *discrimen* tra le forme di governo virtuose e quelle corrotte. Anche durante l'epoca romana il diritto caratterizza l'esercizio

del potere, addirittura con una interazione ancora più fitta rispetto al periodo greco, sebbene anche i Romani ritengano che il diritto (*ius*) sia irriducibile a mera forza, possedendo autonoma dignità e determinazione.

Quanto alla fondazione del potere, alcune riflessioni si intrecciano inevitabilmente con quanto summenzionato in tema di giustizia soprattutto con riferimento al diritto naturale. Sia consentito precisare, al riguardo, che il diritto naturale nel corso della storia sarà spesso utilizzato come argine verso ogni deriva che postuli una superiorità del potere sul diritto. Il diritto naturale, infatti, essendo fondato- almeno in linea di principio – sulla ragione, è sempre indipendente da qualsiasi volontà umana, sicché quanto più le caratteristiche del diritto si identifichino nella volontà di un soggetto tanto più esso verrà fagocitato nella sfera del potere. Diverso, invece, l’approdo cui giunge il giusnaturalismo moderno secondo cui il potere debba fondarsi e trovare la sua giustificazione nei diritti dei singoli individui, uniche dighe che permettono al potere di non sfociare nell’arbitrio. Con l’inizio del diciannovesimo secolo, tuttavia, parallelamente al superamento del diritto naturale – ancorché declinato in chiave moderna – si fa largo un’idea imperativistica secondo la quale il diritto è un atto d’imperio, un comando, che in taluni casi si riduce a strumento della volontà sovrana o addirittura a mera tecnica sociale. Nel volume, invero, viene ampiamente colta la complessità della questione, perché se è corretto ritenere che con l’incalzare del positivismo il diritto è spesso subordinato al potere politico, è altrettanto vero che il medesimo potere spesso venga intrecciato in una serie di vincoli giuridici che ne impediscono una deriva totalitaria. Sempre con riguardo all’interrelazione tra diritto e potere, particolare menzione merita la nomodinamica di Kelsen che evidenzia come nessuna norma possa ritenersi valida senza un potere che la postuli, come nessun potere possa considerarsi tale senza una norma che lo legittimi alla produzione legislativa. In questo quadro vi è un continuo e reciproco intreccio tra diritto e potere fino alla famigerata Norma Fondamentale di Kelsen, che arriva a ritenere il diritto come un’organizzazione della forza. Ma se nella prospettiva kelseniana il diritto scaturisce sempre da altro diritto, nel paradigma dell’altro massimo filosofo del diritto del Novecento – Carl Schmitt – il diritto scaturisce da un atto con cui il potere afferma se stesso, spostando così l’accento dalla legalità alla legittimità. In questo panorama, dunque, il diritto viene ridotto a mero strumento per il raggiungimento dei fini del potere che sovente – nei regimi totalitari novecenteschi – si identifica nello Stato. Siffatta concezione strumentale del diritto è stata superata solo grazie alle costituzioni del secondo dopoguerra, tese ad obliterare il “potere costituente” ad appannaggio di un sistema di principi e valori di cui la medesima costituzione si fa garante o, addirittura, promotrice.

Il paragrafo getta le basi per ulteriori riflessioni circa la proiezione nel futuro del rapporto tra diritto e potere, che trovano riscontro pratico proprio nell'epoca – anzi oserei dire nell'anno solare – attuale. Tra le varie considerazioni, sono evidenziate le criticità di una eccessiva giuridicizzazione della vita sociale, che rischia di concentrare troppo potere negli organi giudiziari o la gestione dello stato di eccezione. In questo quadro emergono con sempre maggiore irruenza (i) poteri di soggetti sovranazionali che non sembrano essere più mitigabili dagli stati moderni, (ii) nonché una crescente evoluzione degli studi scientifico-tecnologici, spesso difficilmente controllabili dalle disposizioni legislative, tanto da paventare il rischio di scenari distopici.

L'ultimo tema che affrontiamo riguarda il rapporto tra diritto e libertà e, al riguardo, è opportuno sgombrare subito il campo da ogni possibile equivoco: la libertà non coincide con l'indipendenza, nella misura in cui ciascuno possa fare ciò che vuole, ma deve sempre legarsi al concetto di misura, di regola o di legge. Ciò è stato mirabilmente colto già dai Greci quando ritengono che la libertà non si traduca nel fare arbitrariamente ciò che si vuole, bensì nell'agire coerentemente alle proprie virtù e alle proprie capacità. In buona sostanza, la libertà dipende dalla conoscenza di se stessi e non dal proprio arbitrio. Il concetto classico di libertà, dunque, è sempre coordinato con l'appartenenza a una famiglia o a una stirpe, perché solo nella comunità o nell'essere insieme ad altri si può essere davvero liberi. Al netto, però, di quanto sostengono i Romani riguardo alla soggezione al dominio di un altro uomo, giacché nessuno può ritenersi libero in presenza di un rapporto di dipendenza personale come nel caso della schiavitù.

Il contributo più significativo in ordine alla libertà è però quello fornito dal Cristianesimo, allorché afferma che tutti gli uomini nascono liberi. Tale assunto, invero, deve essere declinato in chiave teologica, perché solo davanti a Dio gli uomini possono considerarsi liberi e uguali cosicché possano vivere non secondo il proprio arbitrio ma secondo la volontà di Dio. L'autore del paragrafo in esame riesce poi ad evidenziare le importanti differenze – ancora più significative per quanto riguarderà le ripercussioni religiose e culturali sulle popolazioni occidentali ancora oggi – tra (i) l'impostazione pelagiana, incentrata sul compimento delle buone opere, (ii) quella cattolica perlopiù di stampo agostiniano, secondo cui la salvezza è garantita dalla fede e non dalle opere, (iii) sino alla deriva luterana che dipinge l'uomo come irrimediabilmente corrotto, attribuendo alla sola fede la possibilità di accedere alla grazia divina per salvarsi. Proprio dalla riforma protestante nasce probabilmente il concetto negativo di libertà, che viene confinata nella sfera interiore dell'uomo, permettendo così all'ordine politico – inteso comunque come *longa manus* della volontà divina – di

sottomettere l'uomo alla legge. Da tale prospettiva muove la visione pessimistica moderna di Hobbes, che considera l'indole dell'uomo come incessantemente assetata di potere. In tale cornice il concetto di libertà è traducibile come assenza di impedimenti esterni, così da consentire all'uomo di fare ciò che desidera. Ne consegue che la condizione originaria dell'uomo sia di disordine, sicché la libertà debba essere ceduta allo Stato al fine di ottenere la pace sociale: in buona sostanza, la libertà diventa l'antitesi della legge (tant'è che ancora oggi troviamo retaggi di tale mentalità in molte popolazioni che se non hanno una regola che stabilisca un divieto, si ritiene di avere la libertà di agire a propria discrezione). Tale paradigma è parzialmente mitigato dal contributo di Locke, il quale introduce il rispetto dei diritti soggettivi – finanche diritti umani – accanto al rispetto acritico delle leggi dello Stato, sul presupposto che ogni uomo sarebbe titolare di alcuni diritti già nello “stato di natura” in cui nasce.

Nel prosieguo del capitolo vengono offerti interessanti spunti di riflessione con riguardo al rapporto tra libertà e legge, dalla prospettiva liberale a quella repubblicana, sottolineando anche alcune contraddizioni di taluni paradigmi. Particolare attenzione viene dedicata al contratto sociale, che si sostanzia nella cessione della propria libertà ad appannaggio della sicurezza sociale, secondo la prospettiva hobbesiana, mentre secondo Rousseau la libertà personale viene ceduta a vantaggio della comunità e, dunque, della libertà civile. Da ciò ne conseguirebbe che libertà e legge non costituirebbero un ossimoro ma un'endiadi, poiché la libertà non si configurerebbe come una mera indipendenza ma avrebbe i crismi dell'autonomia. Sul punto, nel testo vengono ben sottolineate alcune incongruenze nel rapporto tra le diverse concezioni di libertà, autonomia e volontà generale. Un cenno merita anche il libero arbitrio kantiano che è tale se determinato dalla ragione anziché dall'impulso. Secondo Kant la libertà non può essere dimostrata empiricamente perché è la condizione della legge morale che ogni uomo conosce, tanto da manifestarsi nella facoltà della ragion pura di determinare l'arbitrio. Da qui la dicotomia tra leggi etiche e leggi giuridiche, che può essere finanche ricondotta alla distinzione secondo cui l'etica guarda all'agente mentre il diritto guarda all'azione, ma non può scalfire la convinzione che tanto le leggi etiche quanto le leggi giuridiche appartengano alle leggi della libertà. Il capitolo termina con la considerazione che, ad oggi, la libertà non sia considerata più una questione pubblica ma sia relegata alla sfera privata. In un'epoca come quella del neo-liberismo in cui il paradigma economico sembra diventato l'unica narrazione possibile, viene cancellato lo scarto tra volere e dovere, svuotando così il concetto di legge dall'interno. L'auspicio è che sia proprio il diritto a riuscire a risemantizzare il concetto di libertà.

In una sintetica conclusione, si ritiene opportuno sottolineare la felice intuizione dei curatori del volume, che son riusciti a porre l'accento sul fatto che il diritto non vada soltanto affiancato grammaticalmente da una congiunzione agli altri fenomeni (diritto *e* giustizia, diritto *e* libertà), ma, essendo una scienza umana, possa essere considerato consustanziale ad altri aspetti che caratterizzano l'*humanum*: si può affermare, dunque, che il diritto è giustizia, tanto quanto esso è norma o è potere. Merito va attribuito a tutti gli autori che hanno offerto una cornice logica entro cui son riusciti a far convivere in modo organico le diverse sensibilità giuridiche dei diversi studiosi.