

SOCIETÀ

Appunti sul tema “diritto e misericordia” ai tempi del Covid-19

Giuseppe Acocella

Quando si chiede cosa l'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia – che ha sconvolto la vita sociale delle nazioni e del mondo intero, e provocato morti che si contano a milioni, peraltro travolgendo l'organizzazione sanitaria tanto dei paesi dotati di efficienti strutture quanto (e dunque più) dei paesi di radicato disagio economico e più vulnerabili specie sotto il profilo sanitario – abbia significato per l'assetto giuridico dei diritti fondamentali dei cittadini ma anche delle libertà personali, è facile rispondere che gli scossoni registrabili con evidenza nella vita associata sono di ordine economico, sociale-relazionale, giuridico-politico, sanitario e dunque toccano le corde più profonde della convivenza organizzata.

Il tema «diritto e misericordia» – che qui si propone – costituisce una delle prospettive che può assumere il più generale e assai frequentato rapporto tra diritto e morale, che resta uno dei nodi più intriganti ed intricati nella storia della cultura giuridica occidentale, spesso presentatosi come contrasto irriducibile tra diritto naturale e diritto positivo. Tornando a questi nostri giorni travagliati, il vulnus che la pandemia ha inferto in profondità sulle vite e sulla quotidianità delle persone è stato percepito con maggiore preoccupazione proprio perché è stato accompagnato da laceranti contrasti, acuitisi con la propagazione incontrollata delle morti che hanno colpito i più anziani, lacerando rapporti familiari essenziali ed affetti profondissimi, e creando sentimenti contrastanti sulla vita e sulla morte.

Mi limito a ricordare come al dolore diffuso per la scomparsa di padri, di madri, di spose e di sposi, legati spesso da legami di lunga affezione, si è talvolta contrapposto il cinismo della liquidazione (tanto

erano anziani, e infatti muoiono i vecchi, e non i giovani), fino a gioire per il risparmio registrato dalle casse dell'Inps, dimenticando tragicamente che il diritto alla previdenza sociale ha costituito non solo la più grande vittoria sull'abbandono sociale dei più deboli e poveri, ma ha registrato il transito epocale dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale di diritto. Il welfare infatti non è un orpello o un optional dello Stato democratico, ma la sua essenza stessa, storicamente conquistata, in un contesto in cui la riduzione in povertà di tanti operatori economici costretti all'inazione rischia di compromettere un cammino di civiltà consolidato.

Il diritto, per essere strumento di giustizia e di democrazia, deve sempre essere certo. Alla inquietudine per i ritardi e la contraddittorietà delle misure approvate (le spese imposte ai ristoratori e poi vanificate dalle chiusure prolungate, l'apertura di certe attività e di altre no; o, se volete, l'oscena ostentazione di folle assembrata a Napoli o a Buenos Aires per la morte di Maradona, e all'opposto i rigidi divieti di solitarie passeggiate o la celebrazione di matrimoni e di funerali senza partecipazione) si sono aggiunte le perplessità sulla limitazione delle libertà personali sacrificate al diritto alla salute, richiamato per giustificare tutto ed il suo contrario. La certezza del diritto è apparsa così a rischio, e forse anzi compromessa nei suoi criteri fondativi.

L'Organizzazione mondiale della sanità è oggi nel mirino per presunte sottovalutazioni e manipolazioni di piani pandemici di prevenzione, o per la redazione di documenti da parte di operatori sanitari tenuti segreti per fini inconfessati. Ma qualche anno fa l'organizzazione internazionale di tutela della sanità affrontò questioni ancora più compromettenti. È tornata infatti alla memoria una fase incresciosa dell'azione dell'Oms, quando i suoi vertici proposero l'adozione – con ottime intenzioni ma pessimi effetti sui sentimenti di misericordia che il diritto è chiamato a rivolgere sempre verso i più deboli – proprio della controversa categoria della *vita utile*, cioè di quel criterio enunciato (e per fortuna respinto da più parti con sdegno) secondo il quale nel regolamentare giuridicamente e nell'organizzare la tutela sanitaria occorresse prioritariamente garantire e destinare ai soggetti in grado di produrre (e in rapporto agli anni prevedibili di produttività, privilegiando i più forti rispetto ai più compromessi dalla malattia), sfornan-

do raccomandazioni ai sistemi sanitari nazionali che di fatto – come fu rilevato – liquidavano tutto il patrimonio di civiltà rappresentato dai principi della dignità umana, dell'eguaglianza, dell'inalienabilità dei diritti fondamentali alla vita e alla salute, introducendo una valutazione utilitaristica nella scelta di curare una persona piuttosto che un'altra, con effetti che ognuno può comprendere in particolare sui paesi più poveri. È dunque evidente che una concezione piuttosto che un'altra determina le ragioni della spesa e dunque della stessa legislazione sanitaria (come degli aiuti internazionali), ponendo il principio dell'utilità – dal quale la misericordia è del tutto bandita – in contrapposizione a quello della intangibilità della vita umana *ad ogni costo*. Qui diritto e misericordia si fronteggiano nell'incertezza di una battaglia senza riserve, tra il bene ed il male, che Max Weber riteneva fosse la lotta irriducibile tra Dio ed il demonio.

Ma la idea della vita come principio fondativo del diritto non è limitata alla dimensione materiale e corporea della vita, bensì riguarda la vita come esistenza storica, come espressione della libertà e dunque della dignità umana, la sua realizzazione, la sua attività nel mondo. Le reazioni che costrinsero l'Oms alla marcia indietro (sul tema che la vita sia utile in ragione della sua produttività) sembrano oggi meno sostenibili di fronte alla pandemia da Covid-19, che sembra essersi impadronita anche delle convinzioni profonde e dei sentimenti che hanno reso l'umanità più umana, fino a legittimare aberranti valutazioni di priorità da applicare anche attraverso la norma giuridica e gli atti del diritto pubblico alla vita delle persone, considerate più o meno meritevoli di assistenza e di diritto alla vita, fino al punto di rendere i malati cronici o esseri invisibili e non degni di tutela. Questa mi sembra la più radicale delle modificazioni che hanno investito l'etica sociale come si era sviluppata nella civiltà umana negli ultimi venti secoli, con tutte le conseguenze immaginabili sull'ordinamento giuridico, le quali inevitabilmente ripropongono gli interrogativi che da sempre intrigano la scienza giuridica sul rapporto che intercorre tra diritto e morale, sul diritto positivo, sui suoi criteri fondativi.

Nell'applicazione della norma generale (perché sia imparziale) al caso particolare la misericordia è stata chiamata a cooperare nella definizione degli atti giuridici. Il principio di eguaglianza – posto a fon-

damento dell'età contemporanea nella politica e nel diritto al di là del suo senso formale, ma come sostanziale ripristino di sostegno ed occasioni per quelli che ne risultano privi (i disabili, le vedove e gli orfani evocati già dal profeta Isaia) – assicura condizioni eguali per tutti ed invece viene scardinato utilizzando, di fatto, criteri discutibili che vanno dalla selezione genetica a quella sanitaria (affidata alla potestà pubblica o affidata all'arbitraria scelta sancita dalla potestà pubblica, impedendo ogni assistenza o previdenza sociale per chi ne abbia bisogno per non restare diseguale), fino alla limitazione delle libertà vitali, alla alterazione del percorso della vita. Alla tirannide della maggioranza politica – che Tocqueville già indicava, con preoccupazione, all'attenzione delle società democratiche come la più insidiosa minaccia al fondamento legittimo degli Stati – si sostituirebbe la tirannide di un corpo speciale (i gestori della tecnica scientifica e sanitaria, i gestori dei bilanci pubblici) arbitrariamente in grado di guidare le scelte dei cittadini o di assecondarne gli egoismi antisociali in base al possesso arbitrario di una sovranità nuova.

L'idea della vita deve dunque costituire un orientamento necessario, in una società non più omogenea culturalmente, per guidare la legislazione su materie che coinvolgono i diritti fondamentali nelle moderne società. Rischia infatti l'inconcludenza ogni soluzione che comporti alla fine il rifiuto della legge etica rassodata dall'esperienza storica, portatrice proprio di una *idea della vita* che la civiltà giuridica ha progressivamente e lentamente consolidato, custodendone i principi e traducendoli in norme. Si può così tentare di circoscrivere l'arbitrio derivante tanto da un astratto "naturalismo", falsamente universalistico, quanto dall'accettazione dei "particolarismi" culturali che contrastino con i diritti umani fondamentali. Proprio questa prospettiva, dunque, richiede necessariamente che "si facciano i conti" con il significato che nella modernità assume il giusnaturalismo, tanto più nell'epoca oggi definita «era della globalizzazione», segnata dalla crisi degli stessi ordinamenti giuridici positivi e della loro fonte contrattualistica o statutale, in nome e a vantaggio di una nuova *lex mercatoria* in grado di sostituire le volontà (e le prassi commerciali e finanziarie) dei grandi centri economici ai poteri pubblici e alla dialettica democratica e sociale.

La misericordia dunque non può essere antitetica, ma piuttosto correttiva del diritto e della legge, nel rispetto del principio di eguaglianza. È stato Hans Jonas a riprendere con autorevolezza il tema del rapporto tra norma positiva e diritto "giusto": «possiamo sicuramente, di fronte a ogni diritto vigente, porre in generale la questione se esso sia anche "giusto"; e ogni singolo soggetto giuridico può eventualmente opporre a esso i suoi diritti, in quanto trascurati dal diritto generale. (Questo diritto a ciò – almeno interiore – è una sorta di metadiritto rispetto a tutto il diritto posto). In entrambi i casi viene evidentemente evocato un diritto al di là di quello vigente, di fronte al quale quello vigente si deve giustificare e sul quale può fondarsi la contestazione di diritti trascurati», e pertanto, «benché non vogliamo erigere lo stato a censore e nemmeno a guardiano dei costumi non vogliamo neppure farlo diventare d'altro lato complice protettore di ciò che è immorale. Poiché non può ricorrere ad alcun diritto passato per i nuovi conflitti di desideri e valori qui emergenti, allo stato non resta dunque questa volta altro che ricorrere all'istanza della morale per essere creatore di diritto in questa materia se non vuole seguire semplicemente la tendenza dei momentanei desideri della maggioranza»¹. Il diritto è chiamato a regolare la convivenza secondo diritti e doveri, su un piano di eguaglianza che esso assicura.

La sfida che la modernità ha ingaggiato con il giusnaturalismo ha liquidato ogni riferimento ad una *natura* dai tratti immutabili, e, come si diceva, il positivismo giuridico ha potuto così contrassegnare il diritto moderno; eppure l'istanza giusnaturalistica è continuamente rifiorita (fino alle rivendicazioni di un "diritto naturale vigente" nelle epoche di crisi seguite alle esperienze drammatiche che imponevano una concezione del diritto come espressione della pura forza, come nel periodo successivo alla caduta dei totalitarismi e al processo di Norimberga) nel senso di una rivendicazione *morale* della legge quale

¹ H. JONAS, *Rechte, Recht un Ethik*, in DÄUBLER-GMELIN e ADLERSTEIN (a cura di), *Menschenrecht. Arbeitswelt-Genforschung-Neue Technik-Lebensformen-Staatsgewalt*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986; tr. it. *Diritti, diritto ed etica: come rispondono all'offerta delle più recenti tecniche di riproduzione*, Sesto Congresso giuspolitico della SPD, Essen, 20-22 giugno 1986, ora in *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, Einaudi, 1997, p. 223.

sentinella della giustizia, come nella argomentazione di Jonas prima ricordata. La discussione si è così spostata sul cosiddetto relativismo, che rappresenta la premessa per la diffusione di un atteggiamento che, specie in certi ambiti culturali e sociali, comporta soprattutto una sottovalutazione degli atteggiamenti relazionali rispetto a quelli individualistico-utilitaristici. Ciò comporta una crisi di autorità (intesa nel senso capograssiano di realizzazione della libertà che si autocircoscrive), la quale viene sostituita dalla legittimazione della “opinione dei più numerosi” o dalla convinzione che acquistino validità i comportamenti più diffusi per il solo fatto che lo siano, elidendo ogni considerazione valoriale (e dunque universalistica), e optando per un politeismo dei valori in grado di legittimare una produzione individuale o di gruppo degli ordinamenti giuridici.

La nostalgia per l'unità del diritto – che sembra attraversare il pensiero giuridico proprio quando esso sconsolatamente è impegnato a constatare la fine degli ordinamenti giuridici nazionali e a celebrare la inattuabilità del diritto universale – riemerge impreveduta quando, paradossalmente, viene affermata l'esigenza imperiosa di riconoscere la vitalità del diritto reale attraverso l'esaltazione del nuovo diritto enucleato nell'azione dei banchieri, dei giudici ed arbitri privati, dai capitani di ventura della nuova impresa globale. Occorre peraltro ricordare come la definizione degli stessi diritti umani sia il frutto di un lungo processo di acquisizione storica che ha selezionato i diritti ritenuti inderogabili e fondamentali per la persona, e che costantemente si rinnova e si ridefinisce. In questo risiede quella esigenza di misericordia verso cui manifestiamo profonda nostalgia quando l'applicazione del diritto positivo ci sembra incompleto o insoddisfacente per il senso stesso della giustizia come la sentiamo, individualmente o partecipando di opinioni collettive. Per questa ragione vanno distinte le richieste di gruppi o culture che siano valutate solo tollerabili, da quelle che invece concorrono ad una progressiva e costante integrazione fino a che siano condivise dall'intera comunità per assumere valore formale di regola o norma comune. Ma non scambiamo mai i due piani: Giuseppe Capograssi ammoniva che l'imperativo giuridico «salva l'azione», mentre l'imperativo morale «salva l'agente».

«Non trovo in quest'uomo nessuna colpa». Pronunciandosi secondo diritto Ponzio Pilato sentenza che nessuna pena può essere applicata a Gesù, l'innocente; aggirando il diritto ed appellandosi alla coscienza misericordiosa della piazza chiede invece alla folla di scegliere tra Gesù e Barabba, sicuro che nessuno possa negare la salvezza a quell'uomo giusto secondo coscienza e misericordia. Gesù viene invece condannato da un giudizio irrazionale, istintivo, non controllato dall'esercizio delle forme legali, e la folla lo condanna senza appello in nome di una coscienza che è arbitrio. Quante volte la piazza insoddisfatta dell'esercizio della legalità invoca – in nome dei più alti principi corrispondenti al criterio che in quel momento appare più idoneo a fare giustizia e ad esercitare la misericordia – un criterio extragiuridico (che superi l'eguaglianza formale), appellandosi sempre alla individualia coscienza, il cui contenuto è affidato all'arbitrio individuale, che valuta imperfetta la norma giuridica, ed ingiusta la sua applicazione (che però spesso arriva proprio quando l'interprete si discosta dalla legge stessa), rivendicando il dominio della propria opinione, preferita all'oggettività della legge e alla certezza del diritto. Hobbes, del resto, ha richiamato la necessità del diritto proprio perché intravedeva il lato dell'ombra nel cuore dell'uomo, lupo per i suoi simili, e la malvagità delle sue azioni segnate dall'oscurità originale. L'illusione della giuridificazione – spesso, troppo spesso invasiva in materia che dovrebbero restare dominio della morale e della misericordia – non può far dimenticare che le misure giuridiche intervengono a disciplinare gli atti formali (il *foro esterno* descritto dagli antichi giuristi), ma non il *foro interno* della coscienza e della solidarietà (e della responsabilità).

Nei giorni attuali si pensi a come la chiusura delle scuole abbia fatto emergere diseguaglianze profonde, accentuando il solco che separa i giovani in relazioni alle occasioni di vita e alle speranze di futuro, condannati alcuni invece a seguire precarietà e disperazione delle loro famiglie. L'etica sociale come fondamento del diritto comune aveva propugnato eguaglianza e solidarietà, nelle epoche della crescita delle società democratiche, che aveva favorito fenomeni come l'*ascensore sociale*, capace di favorire la crescita umana e professionale di intere classi, sottraendole alla povertà dei padri e contribuendo all'eguaglianza delle occasioni e delle competenze. Cosa ne resterà dopo questo blocco forzato (e spesso insensato, contraddittorio, frutto di

convenienze della comunicazione politica)? A questo si aggiunge la profonda ferita inferta al principio della dignità del lavoro (al quale *deve sempre* corrispondere un reddito per sé e per la famiglia), sostituito invece – dalle lusinghe e dalla costrizione – dall’assistenza elargita ad intere categorie impedito di lavorare e costrette ad accettare sussidi e benevolenza di Stato. La grande torsione che ciò provocherà rischia di separare con un solco incolmabile la società in *cittadini attivi* e *cittadini passivi*, protagonisti irrimediabilmente *diseguali* della vita democratica. Cosa resterà del diritto eguale dopo questo esercizio di finta misericordia sociale?

I valori dell’eguaglianza rischiano di essere compromessi in modo lacerante, interrompendo così la faticosa marcia che ha segnato la difficile conquista della democrazia. L’utilizzazione continuata di provvedimenti amministrativi di natura governativa – in luogo di atti chiamati a rispondere al giudizio della sovranità popolare – incide su profili essenziali di libertà, di movimento, di relazione familiare e sociale di azione economica, di manifestazione del pensiero, e non porta certo mattoni alla costruzione di una società che intenda restare democratica anche nelle situazioni difficili.